

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Raquel Preciosa Tomás Cardoso

*AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL EUROPEU E O
DISCURSO DA CRIMINALIZAÇÃO*
ENTRE O HARM PRINCIPLE E A PROTECÇÃO DE BENS
JURÍDICOS

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2021

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



FDUC

As Funções do Direito Penal Europeu e o discurso da
criminalização

Entre o *harm principle* e a protecção de bens jurídicos

Raquel Preciosa Tomás Cardoso

Tese realizada no âmbito do
Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais

Orientador: Prof. Doutor Pedro Caeiro

(Julho, 2021)

À minha família, alguma de sangue, outra escolhida;
à minha família de quatro patas também.
A todos por me manterem ancorada na certeza destas fundações.
Um profundo “obrigada”.

Agradecimentos

Para vencer - material ou imaterialmente - três coisas definíveis são precisas: saber trabalhar, aproveitar oportunidades, e criar relações. O resto pertence ao elemento indefinível, mas real, a que, à falta de melhor nome, se chama sorte.

Fernando Pessoa, *Teoria e prática do comércio*

Através dos meus agradecimentos gostaria de honrar, e assim tornar perpetuamente indelével, quem, tanto quanto eu, deu vida ao presente escrito.

Quis, com efeito, a sorte – “à falta de melhor nome” – que fosse desde cedo em Coimbra orientada por quem mais admiro, e por cujos exemplos sempre me procurei pautar.

Assim, em primeiro, como não poderia deixar de ser, desejo agradecer, com a devida humildade, ao Doutor Figueiredo Dias, norte constante do meu percurso nesta Faculdade. A sua mão guiou, com característica subtileza, a ideia incipiente desta tese, e a vastidão do seu conhecimento, equiparada apenas pela sua amabilidade para com uma jovem estudante, depositou em mim a confiança para a escrever. A influência que os seus inestimáveis ensinamentos exerceram nas minhas escolhas é algo por que só dificilmente conseguirei expressar a justa gratidão.

Mas essa ideia, ainda vaga, não teria ganho qualquer corporização senão com o interesse e direcção que lhe foram dispensados por quem com inigualável mestria a orientou. Ao Doutor Pedro Caeiro, em quem prontamente encontrei inesperado espírito homólogo, desejo agradecer sobretudo a segurança que me conferiu a certeza do seu rigoroso julgamento. A sua exigência, que não se limita à solidez dos conhecimentos que requer, curou de assegurar que esta dissertação é mais do que teria sido; e foi assim forjando, pelo caminho, a compreensão específica que se demanda de uma penalista. No labirinto de dúvidas e hesitações que habitualmente assolam todos quanto escrevem uma tese, é verdadeiramente imprescindível – e rara – a inabalável convicção de que neste percurso nos acompanha alguém não só capaz, mas também sempre disponível para corrigir e aclarar o nosso rumo.

Espero não restar, destas palavras, dúvida da profundidade do meu reconhecimento, e conseguir espelhar a excelência de quanto me transmitiram.

Declaração antiplágio

Eu, Raquel Preciosa Tomás Cardoso, declaro por minha honra que o trabalho anexo é resultado da investigação que realizei, o texto apresentado da minha exclusiva autoria, e que toda a menção ou utilização de ideias ou palavras de outrem se encontra devidamente referenciada.

Citações e outras informações gerais

Na Bibliografia apresentada no final do presente estudo mencionam-se apenas as obras referenciadas ao longo do mesmo, contendo aquela a identificação completa dos autores e respectivos textos; ao longo da dissertação, as referências citadas encontrar-se-ão sempre nas respectivas notas de rodapé, sendo que a primeira referência de uma dada obra se encontrará completa (conforme apresentada na bibliografia), e todas as posteriores referências à mesma serão efectuadas de modo abreviado, sendo para tal apresentado apenas o nome do autor e as primeiras palavras do título.

As referências a outros documentos que não obras científicas serão feitas igualmente de modo abreviado, permitindo contudo sempre a sua correcta identificação; a listagem desses documentos, sejam estes jurisprudenciais, legais ou outros textos oficiais (como p. ex. documentos relativos à União Europeia), pode ser encontrada no fim da dissertação, antes da bibliografia.

De forma a perturbar o mínimo possível a leitura do texto, optou-se por utilizar a língua portuguesa no corpo do mesmo (em notas de rodapé em princípio utilizar-se-á a língua original do texto citado), recorrendo-se para tal, quando necessário, à tradução livre de passagens citadas – a devida referência à obra em causa e ao facto de se estar em presença de uma tradução livre encontrar-se-á em nota de rodapé. O mesmo se repita em relação à acentuação de certas expressões no âmbito de citações: serão sempre identificadas as acentuações que se encontravam no texto original (através do emprego da expressão “sublinhados do autor”), e aqueles que possam ter sido acrescentadas por nós (através do emprego da expressão “sublinhados acrescentados”).

Como em qualquer estudo, tornou-se necessário definir um momento para o fim da pesquisa que será integrada – esse momento, no âmbito da presente dissertação, foi Outubro de 2020, pelo que não serão encontradas referências a documentos ou textos posteriores.

Finalmente, refere-se ainda que o texto se encontra redigido de acordo com as regras ortográficas anteriores ao Novo Acordo Ortográfico, optando-se por isso pela não utilização deste último.

Índice

Resumo	xxi
Abstract	xxiii
Introdução	xxv

Parte I: Da Função do Direito Penal

Introdução	3
1. Fins das penas e função do Direito Penal.....	5
1.1. A relação dos fins das sanções com a função do Direito Penal	5
a) Princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos	6
b) <i>Harm principle</i>	7
c) Reforço da vigência da norma	8
1.2. Outras funções atribuídas ao Direito Penal.....	10
2. O princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos	11
2.1. Bem, bem jurídico, e bem jurídico-penal.....	12
2.2. A evolução do conceito de bem jurídico	15
2.3. Elementos do conceito de bem jurídico	30
2.3.1 O “bem”.....	31
a) Definição de bem.....	31
b) A titularidade do bem	37
α) Algumas questões em torno dos bens jurídicos colectivos	39
2.3.2 O referente jurídico.....	44
a) Os limites externos do bem jurídico – princípios mediadores.....	45
b) Os limites “internos” do bem jurídico – o referente de “bem”	46
c) O referente constitucional do bem jurídico-penal	47
α) Função da Constituição enquanto referente do bem jurídico	50
β) Na prática: referente constitucional e política criminal.....	52
γ) Que tipo de Constituição? – a alteração e mutação constitucionais	57
δ) Normas penais sem bem jurídico	58
d) Quem decide, afinal, o que constitui bem jurídico-penal?.....	60

2.3.3 O aspecto valorativo.....	61
2.3.4 Conseqüências do conceito de bem jurídico assim definido	65
2.4. Classificação dos bens jurídicos	68
2.5. Funções do bem jurídico	69
2.6. Críticas ao conceito de bem jurídico	71
2.7. Alternativas ao bem jurídico.....	73
3. O “harm principle”	75
3.1. Enquadramento sistémico do <i>harm principle</i>	76
3.2. A busca anglo-americana por um princípio de criminalização.....	77
a) <i>Harm principle</i>	78
b) Princípio da ofensividade (<i>offence principle</i>).....	79
c) Paternalismo legal	82
d) Moralismo legal.....	85
3.3. A natureza do <i>harm principle</i>	87
3.4. Definição do <i>harm principle</i>	88
a) A definição de Mill.....	89
b) A definição de Feinberg.....	89
3.4.1 (Conduta) que cause ou seja provável que cause (dano).....	90
3.4.2 Dano ou prejuízo (<i>harm</i>).....	94
3.4.3 (Dano) a outrem	100
3.4.4 A intervenção do Estado	101
3.5. As funções do <i>harm principle</i>	102
3.6. Outros limites à criminalização	103
a) O filtro dos princípios	103
b) O filtro das presunções.....	103
c) O filtro pragmático.....	104
3.7. Críticas ao <i>harm principle</i>	105
3.8. Conclusão – a utilidade do <i>harm principle</i>	107
4. Bem jurídico e <i>harm principle</i> : pontos de convergência e potencial liberal conjunto.....	109
4.1 Multiplicidade de ordenamentos integrados – uma tentativa de solução	110

Parte II: Da Função do Direito Penal Europeu

Introdução	117
1. Fins das penas e função do Direito Penal para além do Estado	119
1.1 O problema do fim das penas e a função do Direito Internacional Penal	122
1.2 Fins das penas e função do Direito Penal Europeu	127
a) A finalidade da sanção no Direito Penal Europeu	129
b) A função do Direito Penal Europeu – uma primeira aproximação	134
2. A natureza da União Europeia	138
2.1 As propostas actuais	139
2.2 A UE e o seu possível enquadramento no federalismo	142
2.2.1 Divergências e semelhanças	144
3. A dimensão constitucional da União Europeia	150
3.1 Constitucionalismo e forma de Estado	150
3.1.1 Território europeu	151
3.1.2 Povo europeu	153
a) O défice democrático	155
b) Cidadania europeia	159
3.1.3 Aparelho judicial europeu	165
a) Tribunal Constitucional Europeu?	168
3.1.4 Constituição europeia	169
3.2 (Alguns) Princípios constitucionais europeus	173
a) Unidade do ordenamento jurídico da União Europeia	174
b) Princípio do primado	175
c) Princípio da cooperação leal	183
d) Princípio do efeito directo	191
e) Princípio da interpretação conforme	193
3.3 Identidade constitucional europeia	199
3.3.1 A identidade constitucional da UE e a condição de Estado-Membro	202
3.4 O Constitucionalismo da União Europeia	206
3.5 Dimensão constitucional europeia e função do Direito Penal	211
4. Evolução histórica da competência penal da UE	214
4.1 Competência penal pré-Lisboa	221

4.1.1 Comunidade <i>versus</i> União e o problema das competências implícitas.....	228
5. A competência penal actual da União Europeia	232
5.1 Atribuição da competência penal	233
5.2 O processo legislativo.....	237
5.3 Análise normativa da competência penal da União Europeia.....	241
5.3.1 A competência penal explícita da UE.....	242
a) Direito processual penal – art. 82º TFUE	242
b) Direito penal substantivo – art. 83º TFUE	247
α) Art. 83º, nº 1 TFUE.....	247
β) Art. 83º, nº 2 TFUE	251
γ) Regras mínimas	261
δ) Competência penal e movimento de descriminalização	269
ε) Competência penal relativa à “Parte Geral”	270
c) Aspectos comuns aos arts. 82º e 83º TFUE.....	280
α) Travão de emergência	280
β) A cooperação reforçada.....	283
5.3.2 A questão da competência penal implícita.....	285
a) Art. 325º, nº 4 TFUE.....	289
b) Art. 33º TFUE	296
c) Art. 86º, nº 2 TFUE.....	296
d) Art. 79º, nº 2, als. c) e d) TFUE	300
e) Art. 352º TFUE	300
f) Art. 114º TFUE	302
5.3.3 Outras normas de relevo em matéria penal	303
5.4 A jurisdição do TJUE.....	305
5.5 Tratado de Lisboa e competência penal – um breve balanço	307
6. A função do Direito Penal Europeu	309
6.1 Necessidade de uma política criminal europeia.....	310
6.2 A função do Direito Penal nas diferentes tradições jurídicas europeias.....	315
6.2.1 Tradições jurídicas europeias.....	315
a) Tradição germânica	315
b) Common law	317

c) Tradição napoleónica	318
6.2.2 Multiculturalismo e função do Direito Penal	322
6.3 Princípios de Direito Penal Europeu.....	325
a) Princípio da legalidade.....	326
b) Princípio da subsidiariedade.....	327
c) Princípio da proporcionalidade	331
d) Princípio da <i>ultima ratio</i>	332
e) Princípio da eficácia	333
f) Princípio da não discriminação	335
g) Princípio de respeito pelos direitos fundamentais.....	336
6.3.1 (In)suficiência dos princípios existentes?	337
6.4 Os diferentes tipos de interesses coexistentes na União Europeia	338
6.4.1 Interesses nacionais.....	339
6.4.2 Interesses comuns.....	340
6.4.3 Interesses próprios.....	342
6.4.4 Distinção dos interesses: o critério da responsabilidade pela tutela penal e a sua relação com a função do Direito Penal Europeu ('Primeira Fase')	346
6.5 Legitimidade material e função do Direito Penal Europeu.....	348
6.5.1 O princípio da protecção de bens jurídicos no contexto da UE.....	349
6.5.2 O <i>harm principle</i> na UE.....	352
6.5.3 A função diferenciada do Direito Penal Europeu ('Segunda Fase')	353
a) Breve consideração prática – bens jurídicos próprios.....	355
b) Breve consideração prática – interesses comuns harmonizados	356
c) Breve consideração prática – interesses comuns não harmonizados	358
6.5.4 Responsabilidade pela determinação do interesse subjacente à incriminação	359
6.6 Consideração de outros princípios fundamentais ("Terceira Fase")	361
6.7 Outras funções do Direito Penal Europeu.....	362
6.8 Normas penais europeias a que não subjaz um interesse fundamental discernível .	363

Parte III: Aplicação do quadro teórico - a função do Direito Penal Europeu e o contrabando de migrantes

Introdução	371
------------------	-----

1. Contrabando de migrantes – um estudo a partir da função do Direito Penal Europeu ...	373
1.1 O fenómeno da migração e alguns conceitos associados	374
2. O processo do contrabando e as várias perspectivas nele existentes	379
2.1 O mercado do contrabando de migrantes	383
2.2 O negócio do contrabando de migrantes.....	383
2.3 A dimensão social do contrabando de migrantes.....	384
3. O quadro legislativo relativo ao contrabando de migrantes	384
3.1 Os Protocolos de Palermo	385
a) A criminalização do contrabando de migrantes	387
3.2 O cenário europeu	389
a) Agendas e planos de acção	389
b) Operações conjuntas	391
c) Os organismos envolvidos.....	392
d) A cooperação com países terceiros	392
e) A criminalização do contrabando de migrantes na UE	394
α) Apreciação crítica	397
β) A eficácia das medidas	404
γ) Os direitos dos migrantes.....	406
δ) A adequação da criminalização do contrabando de migrantes.....	409
4. A avaliação do crime de contrabando de migrantes à luz da função do DPE	410
4.1 Primeira Fase – a tipologia do (verdadeiro) interesse em causa.....	414
a) Território da União Europeia.....	414
b) Mercado comum.....	414
c) Política de imigração.....	415
d) Segurança.....	417
e) Os direitos dos migrantes.....	423
Conclusão intercalar.....	423
4.2 Segunda Fase – A avaliação do crime de contrabando de migrantes à luz do postulado do <i>harm principle</i>	424
a) Conduta que cause ou seja provável que cause dano (<i>harm</i>)	424
b) (Dano) a outrem	427
c) A intervenção do Estado	430

4.3 Terceira Fase – a averiguação dos restantes princípios relevantes.....	431
5. Verificação da adequação da criminalização assim delimitada.....	432
5.1 As alterações legislativas sugeridas.....	434
6. Medidas sugeridas para resposta ao problema do contrabando de migrantes <i>lato sensu</i> .	435
Conclusões.....	438
Lista de casos e legislação.....	443
Lista de abreviaturas.....	456
Bibliografia	458

Resumo

Qual é a função do Direito Penal Europeu? O que se pretende alcançar com a adopção de medidas penais europeias? Será que os paradigmas da protecção de bens jurídicos e do *harm principle* se podem aplicar também às normas provenientes de uma entidade supranacional? E se sim, em que medida?

Estas foram algumas das questões fundamentais que originaram este estudo, e às quais ele pretende responder. Para isso foi este dividido em três partes, ordenadas de forma progressivamente mais específica.

Na primeira parte abordam-se as questões que se colocam de modo geral em relação ao Direito Penal, de acordo com uma perspectiva essencialmente estatal – ou seja, quais são os princípios que informam, do ponto de vista da legitimidade material, a adopção das normas com carácter penal nos Estados. Aqui, e após uma breve menção à questão das finalidades da pena e sua relação com a função do Direito Penal, são analisados essencialmente dois princípios, provenientes de duas tradições jurídicas distintas: o princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos e o *harm principle*. No fim desta parte é ainda avaliada a possibilidade da utilização conjunta de ambos os princípios.

De seguida, na segunda parte, verifica-se se, e como, esses princípios se poderiam aplicar também à realidade da União Europeia. Isso inclui saber, traçando um paralelo com as conclusões da primeira parte: se já existem preocupações com a finalidade da pena no plano europeu; o que é a União (já que não é um Estado); se existe uma dimensão constitucional autónoma na UE, e quais as suas características; quais os limites da sua competência penal (necessariamente diferentes daqueles existentes nos Estados), explícitos e implícitos; e de que forma isso influencia a função que se deve adscriver ao “seu” Direito Penal. Esta parte terminará com uma proposta concreta de resolução dessa questão, propugnando-se uma solução diferenciada, composta por três momentos de avaliação consecutivos, em função dos interesses (também distintos) concretamente em causa.

Por fim, na terceira parte, teoriza-se o funcionamento prático da solução proposta – será que consegue de modo adequado responder aos problemas que foram identificados? É apropriada para conferir sentido e verdadeiros limites (de conteúdo) ao Direito Penal Europeu? Para responder a estas questões será utilizado o exemplo do contrabando de migrantes, devido às variadas problemáticas que este levanta – tanto ao nível dos interesses em causa como das várias soluções legislativas que encontra na cena internacional, europeia, e nacional.

Palavras-chave: função do Direito Penal; bem jurídico; harm principle; natureza da UE; constitucionalismo na UE; competência penal da UE; função do Direito Penal Europeu; contrabando de migrantes.

Abstract

What is the function of European Criminal Law? What do we aim to achieve with the adoption of European criminal law measures? Can the paradigms of the protection of legal goods and of the harm principle be applied also to norms hailing from a supranational entity? And if so, in what measure?

These were some of the fundamental questions that prompted this study, and to which we seek the answer in. In order to do so, it was divided into three parts, in a progressively more specific order.

In the first part we look at the questions that are posed in relation to Criminal Law in a more general way, and according to an essentially stately perspective – that is, which are the principles that inform, from the point of view of material legitimacy, the adoption of criminal norms in States. Here, and after a brief mentioning of the aims of the penalty and their relationship with the function of the Criminal Law, we analyze mainly two principles originating from two different legal traditions: the principle of the exclusive protection of legal goods and the harm principle. At the end of this first part, we evaluate the possibility of the joint application of both principles.

In the second part, we verify if, and how, those principles could be applied also to the reality of the European Union. That includes knowing, and in parallel to the conclusions of the first part: if there already are concerns about the aims of the penalty in the European scene; what the Union is (since it is not a State); if it exists an autonomous constitutional dimension in the EU, and what its characteristics are; which are the limits of its criminal competence (necessarily different from the ones existing in States); and in what way that influences the function to ascribe to “its” Criminal Law. This second part will end with a specific proposal to solve that question, arguing for a differentiated approach composed of three moments of consecutive evaluation according to the (also distinct) interests involved.

Lastly, in the third part, we theorize the practical functioning of the proposed solution – can it adequately respond to the identified problems? Is it appropriate to lend meaning and true limitations (of content) to European Criminal Law? To answer these questions we will use the example of migrant smuggling because of the varied problematics it raises – be it with the interests connected with it as well as with the multiple legal solutions found in the international, European and national scene.

Keywords: function of the criminal law; legal good; harm principle; nature of the EU; constitutionalism in the EU; criminal competence of the EU; function of the European Criminal Law; migrant smuggling.

Introdução

A assunção de tarefas penais por parte de entidades que não são Estados não é algo evidente ou com longa tradição: enquanto expressão máxima do poder de uma entidade política sobre os indivíduos, o Direito Penal partilha uma ligação inelidível com a soberania estadual e representa um reduto último e intocável da mesma. Esta visão tradicional tem vindo a ser posta em causa pela necessidade de se atribuírem pelo menos certas competências penais a entidades supranacionais ou internacionais – façam essas competências parte do poder de legislar, de julgar ou de fazer cumprir as sentenças em matéria penal.

No espaço europeu, um dos intervenientes na definição do que gera a responsabilidade criminal dos indivíduos é agora a União Europeia; mas dada a relativa novidade dessas competências e o difícil consenso transnacional nestas matérias, à sua legislação tem sido apontado o carácter reactivo, focado em aspectos eminentemente práticos do Direito Penal, ao invés da ponderação normativa que este ramo do Direito exige. Em especial, tem sido criticado o facto de a União não apresentar uma política criminal coerente ou sequer discernível.

De facto, a necessidade de definição de uma política criminal europeia é algo cada vez mais evidente, à medida que a UE assume mais competências nessa área – e portanto, a questão impõe-se: o que se pretende afinal alcançar com a adopção de normas penais europeias? É, ou deve ser, algo igual ou diferente da função dessas normas de âmbito nacional? Será que tem sequer de existir essa orientação fundamental para o legislador, ou deve antes constatar-se apenas uma total liberdade do mesmo em relação ao conteúdo da norma penal?

Os desafios que se colocam ao legislador penal europeu são ainda maiores do que aqueles enfrentados pelo homólogo nacional, uma vez que as normas adoptadas aplicar-se-ão a uma multiplicidade de Estados e povos, e não apenas a um – daí resulta igualmente uma acrescida responsabilidade em relação à legitimidade das mesmas, não só formal mas também material. É por isso que ao longo do estudo que se segue será explorada a questão da função do Direito Penal Europeu, iniciando-se então por uma primeira parte onde se analisam princípios gerais através dos quais se aferir a legitimidade material do Direito Penal; passando por uma segunda parte onde se aplicam esses conceitos e requisitos ao ambiente jurídico próprio da União Europeia, e onde ultimamente se opta por uma solução para a problemática em questão; e terminando, enfim, na terceira parte por uma aplicação prática do funcionamento do critério proposto no final da anterior.

Parte I

Da Função do Direito Penal

Introdução

A primeira parte desta dissertação dirige-se ao estudo da função do Direito Penal enquanto expressão do poder sancionatório do Estado. Neste sentido, começa-se por referir superficialmente no primeiro capítulo, e por uma questão de completude temática, a finalidade atribuída às sanções próprias deste ramo do Direito e a sua relação com a função que o Direito Penal deverá desempenhar no seio de uma sociedade.

Apesar de o Direito Penal desempenhar várias funções secundárias, que derivam quase que naturalmente da própria natureza das suas normas, aquilo que se pretende apurar mais concretamente é qual a função capaz de lhe conceder a legitimidade material de que necessita; a função capaz de justificar a sua utilização e conseqüente restrição de direitos resultante da imposição das suas sanções. Assim, no segundo e terceiro capítulos desta parte serão abordados no essencial o *princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos* e o *harm principle* (respectivamente), com o intuito de delimitar os seus contornos teóricos e determinar a sua utilidade enquanto princípios orientadores da actividade legislativa penal estatal.

A escolha destes dois princípios também não foi fortuita: pese embora o enfoque desta parte seja primariamente dirigido ao Direito estatal, o objectivo último será avaliar a sua potencial aplicação ao ambiente supranacional da União Europeia, para que se determine(m) o(s) critério(s) responsável(is) por conferir legitimidade ao Direito Penal emanado por esta entidade. Assim, e porque não existe uma só tradição jurídica na UE, optou-se por fazer uma exegese do que é referido como sendo a função do Direito Penal em duas dessas tradições – outras alternativas e opiniões serão referidas ao longo do texto, mas não com o pormenor concedido àqueles dois princípios primários.

O quarto capítulo, por último, fará uma aproximação inicial à potencial articulação dos dois princípios para aplicação em ambiente transnacional.

1. Fins das penas e função do Direito Penal

Falar da função do Direito Penal (DP) não é o mesmo que nos questionarmos sobre qual a finalidade e o sentido das sanções, mas a primeira questão não pode ser convenientemente abordada sem um exame prévio da segunda, já que “são determinações indispensáveis para decidir de que forma deve [a pena] actuar para cumprir a função do direito penal: elas reagem por conseguinte sobre o próprio conceito material de crime [...] e codeterminam, por aí, a resposta à função do direito penal”¹. Por este motivo, e dado que nos centraremos depois mais intensivamente na questão de qual deverá ser a função do DP, teremos que iniciar com uma menção aos fins das reacções penais².

As teorias acerca dos fins das sanções podem ser reconduzidas a um de três grupos: *teorias absolutas*, que consideram que a pena é uma retribuição do mal do crime, é necessária e existente por si mesma e corresponde a uma exigência de justiça³; *teorias relativas*, que não se bastam com o reconhecimento de que a pena constitui um mal, mas antes procuram atribuir-lhe um sentido, uma finalidade a cumprir ou um objectivo último a alcançar com a cominação desse mal ao autor do crime⁴; (c) *teorias mistas*, que procuram conciliar elementos de ambas as teorias acima descritas⁵.

1.1. A relação dos fins das sanções com a função do Direito Penal

A determinação das finalidades das penas não pode ser, no entanto, realizada num vácuo doutrinário: a opinião defendida sobre esse tema terá influência na própria função que se atribui ao Direito Penal, assim como se deve verificar, à luz deste conteúdo material, o

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 44.

² Não iremos aqui analisar as várias finalidades atribuídas às sanções penais, uma vez que esse não constitui o tema principal da presente dissertação; aquelas serão apenas liminarmente referidas para que se averigüe a sua relação com a função do Direito Penal e eventual coincidência (de finalidades e funções) quando transpostas para um ambiente jurídico não nacional. Uma outra questão interessante relacionada com o tema prende-se, naturalmente, com a própria existência e fonte do *ius puniendi*. Para o que este tema releva, iremos apenas referir que o direito de punir certas condutas se centrou no poder público após uma longa evolução histórica, que se iniciou naturalmente com a autotutela de quem havia sido prejudicado pelo crime (vítima ou círculo familiar da mesma) e se foi gradualmente transferindo para quem exercia a autoridade numa determinada comunidade, até se ver totalmente separada da esfera de actuação individual para se afirmar enquanto poder unicamente pertencente ao Estado – AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº12, 2003, pág. 196.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 45; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007, pág. 40.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 49.

⁵ São inúmeras as obras que expõem com detalhe as finalidades das sanções – v. em geral, exemplificativamente, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*; AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”; RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995; ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015; MOCCIA, Sergio, “De la tutela de Bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Ed.), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1997.

cumprimento dessas finalidades. Com esse intuito iremos, e no que ao interesse deste estudo se restringe, avaliar finalidade e função em relação a dois princípios: o princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos e o *harm principle*⁶.

a) Princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos

Ao afirmarmos que a função do Direito Penal corresponde à protecção de bens jurídicos fundamentais que se dirijam a “proporcionar as condições de existência comunitária, assegurando a cada pessoa o espaço possível de realização livre da sua personalidade”⁷, estaremos desde logo a concluir pela inadequação da atribuição de finalidades retributivas à pena, uma vez que nesta acepção a pena constitui um fim em si mesma, e não pretende surtir qualquer outro efeito positivo na sociedade. Analisando as finalidades preventivas, por outro lado, vemos que se pune *porque* se pretende evitar a destruição ou colocação em perigo de bens jurídicos: previne-se o crime, através da aplicação da pena, para que se protejam esses bens (a escolha do tipo de prevenção deverá depois levar em consideração outros argumentos para além da exclusiva função do DP). De acordo com as teorias de prevenção consideradas legítimas no âmbito de um Estado de Direito democrático, a finalidade de prevenção geral positiva destina-se a assegurar a vigência das normas que protegem o bem jurídico colocado em causa pelo crime cometido – e ainda que índices de criminalidade demonstrem taxas crescentes, daí não se pode concluir a inefectividade da atribuição desta finalidade à sanção penal, porque tal efeito se verifica efectivamente em relação à maioria da população⁸. Em relação à prevenção especial, o que se pretende é que a pessoa que cometeu o crime, e com isso afectou um determinado bem jurídico, não volte a fazê-lo (prevenção da reincidência), podendo, se necessário, ser reinserida na sociedade de forma a respeitar a ordenação de valores defendida pelo sistema de normas jurídico-penal (finalidade de ressocialização), ou, não o sendo, contribuindo o DP de todo o modo, de acordo com os meios legítimos de que dispõe, para a segurança daquela comunidade em relação àquela pessoa (prevenção especial negativa), advertindo-a dos efeitos nefastos, para a sua própria liberdade, do cometimento de um crime.

Vemos assim que os argumentos que pretendem afastar a protecção de bens jurídicos enquanto função da lei penal devido à inadequação da mesma para tal efeito, pois chegaria sempre “demasiado tarde” ao actuar apenas quando já foi afectado um bem jurídico, não podem proceder, uma vez que ao Direito Penal pode apenas ser atribuída uma pretensão de protecção *prospectiva*, ao cominar sanções que se pretende que surtam um efeito *preventivo futuro*⁹.

⁶ Já que ambos serão analisados em detalhe posteriormente, o que se pretende aqui é unicamente avaliar a adequação de cada um destes princípios de criminalização em relação às finalidades perseguidas pelas sanções penais.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 48.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 52.

⁹ De facto, a atribuição de uma função de protecção de todos os bens jurídicos, de forma actual e prospectiva, seria demasiado para qualquer meio à disposição do Estado: “In der Tat kommt das Strafrecht aus *naturalistischer* Perspektive *zu spät*, um dem Toten sein Leben oder dem Verwundeten seine körperliche Unversehrtheit zurückzugeben. Dies ist aber nicht die Aufgabe des Strafrechts. Es wäre utopisch und unreal, vom Strafrecht – oder von jeden sonstigen staatlichen Mittel – die Vermeidung der

Nesta acepção, o Direito Penal actua precisamente quando deve actuar, reforçando a confiança comunitária “na validade do seu sistema normativo de protecção”¹⁰, através da aplicação da sanção ao delinquent: já afectado um bem jurídico, o DP intervém para sancionar quem o cometeu, e simultaneamente prevenir aquele agente (e outros) de cometer outros crimes ao observar as consequências negativas associadas ao crime também para si próprio¹¹. Entre a função do Direito Penal e as finalidades das suas sanções estabelece-se deste modo uma relação de meio e fim: através da protecção concedida a determinados bens jurídicos previnem-se crimes futuros, sendo a reafirmação da vigência da norma um *efeito* desta função do DP¹².

b) Harm principle

Se se optar, por outro lado, por compreender a função do Direito Penal através do *harm principle*, somos de novo confrontados com a atribuição de uma finalidade preventiva às sanções penais: dita este princípio que o DP deverá prevenir danos ou prejuízos (*to prevent harm*, no original¹³). Também aqui poderemos afastar então a adequação de finalidades retributivas, por não se enquadrarem de forma satisfatória na execução deste paradigma, pois como se poderia pretender prevenir um dano ao sancionar apenas e exclusivamente para punir alguém e retribuir o dano que causou?

Apesar de na doutrina anglo-americana não se distinguir uma discussão tão exacerbada acerca das finalidades da pena, o *harm principle*, destinando-se a limitar a legítima criminalização apenas às condutas que demonstram um potencial de lesão ou perigo de lesão para terceiros¹⁴, poderá sem grande esforço ser igualmente reconduzido a finalidades de prevenção geral positiva¹⁵ (porque se pune, de igual modo, após a violação de uma norma penal já existente, e por isso o propósito de reforço da validade dessa norma continua a existir com

Verletzung aller Güter individueller oder kollektiver Art zu verlangen” – NAVARRETE, Miguel, “Rechtsgüterschutz versus Bestätigung der Normgeltung?”, in HEINRICH, Manfred (etc.) (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Berlin, De Gruyter, 2011, pág. 176.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 80.

¹¹ NAVARRETE, Miguel, “Rechtsgüterschutz versus Bestätigung...”, pág. 176.

¹² NAVARRETE, Miguel, “Rechtsgüterschutz versus Bestätigung...”, pág. 177.

¹³ AMBOS, Kai, “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles”, in *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, 2015, pág. 309.

¹⁴ Veja-se o exemplo de um caso canadiano, em que o poder legislativo pretendia proibir, através de normas penais, a comercialização de margarina (no que ficou conhecido como *Margarine Reference* – caso *The Canadian Federation of Agriculture v The Attorney-General of Quebec and others*, de 16 de Outubro de 1950), conteúdo que foi julgado inválido para o DP, uma vez que não colocava em causa, como se alegava, a saúde humana – v. HUGHES, Julia, “Restraint and proliferation in Criminal Law”, in *Review of Constitutional Studies*, Vol. 15, Issue 1, 2010, pág. 143.

¹⁵ Como se denota, por exemplo, nesta afirmação: “These laws may be justified on the basis that they improve safety for, or prevent harm to, citizens” – ALLEN, Michael, *Textbook on Criminal Law*, Seventh Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 9; ou ainda “[...] the vast majority of criminal offences, which are based on the need to protect society from harm” – HUGHES, Julia, “Restraint and proliferation...”, pág. 147.

o propósito de se prevenir o crime futuro) e de prevenção especial (no sentido de se procurar evitar a reincidência e também enquanto advertência ao autor do crime). As finalidades preventivas são, por isso, aquelas que hodiernamente mais se adequam às funções atribuídas ao Direito Penal.

c) Reforço da vigência da norma

No âmbito de uma visão funcionalista do Direito Penal, encontramos em particular a posição de Jakobs, para quem a pena cumpre exclusivamente uma finalidade de prevenção geral positiva, que se esgota na reafirmação da vigência da norma violada pelo crime; coincidentemente, a função do Direito Penal será proteger as próprias normas e garantir o respeito daquelas “cuja observância seria irrenunciável para a manutenção da configuração básica da sociedade”¹⁶ – acaba assim por ser a mesma a resposta às duas questões colocadas ao DP: “o que protege o Direito Penal?” e “para que protege o Direito Penal?”. De uma opinião muito semelhante partilha Müssig, para quem a lesão resultante de um crime é relativa à vigência da norma, devendo o Direito Penal “proteger a sociedade contra infracções de deveres normativos”¹⁷. A norma é aqui em si mesma considerada o valor merecedor de protecção penal, através de um fenómeno de transcendência que transforma o sistema normativo no seu próprio objecto de autoprotecção¹⁸.

A vantagem que os defensores desta posição conseguem discernir¹⁹ é a mesma desvantagem, parece-nos, que os penalistas defensores da existência de um qualquer conteúdo material ínsito ao sistema das normas penais lhe apontam: a deslocação da decisão sobre o que deve ser objecto de criminalização exclusivamente para a esfera política, sem que essa escolha esteja subordinada a qualquer critério para averiguar da sua legitimidade²⁰. Uma tal posição poderia, de todo o modo, ir de encontro à posição (pelo menos na prática) dos Tribunais Constitucionais, que hesitam em imiscuir-se em demasia na liberdade legislativa penal, e procuram não avaliar, pelo menos directamente, a validade do conteúdo dessas normas em

¹⁶ LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo*, São Paulo, IBCCRIM, 2013, pág. 160.

¹⁷ LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 161.

¹⁸ NAVARRETE, Miguel, “Naturaleza del Deber Jurídico y Función Ético-Social en el Derecho Penal”, in RIPOLLÉS, José; CAABONA, Carlos; MARTÍN, Luis e GUIMERÁ, Juan (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 111.

¹⁹ “[...] o modelo de delito como lesão de deveres normativos parece guardar, ainda, uma *vantagem fundamental* sobre a teoria do bem jurídico: o fato de deixar *evidente* que a opção por uma maior ou menor intervenção penal é, no limite, uma decisão *política*, determinada contingencialmente, e não aferida em um processo dedutivo pelos teóricos penalistas” – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 174 (sublinhados do autor).

²⁰ “[...] a teoria penal não deveria interferir na escolha dos conteúdos dos deveres normativos de uma sociedade. [...] o conteúdo material do delito não teria uma relevância primária, pois a questão a respeito de quais os deveres que o Estado pode proteger sob ameaça de sanção seria deslocada para fora das margens da teoria penal” – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 172 e 173.

relação a um princípio limitador da criminalização²¹. É verdade que encontrar um princípio que limite e legitime o conteúdo material da lei penal não é fácil²², não poderá nunca ser demasiado rígido, e será difícil obter aprovação científica unânime – isso não significa, porém, que se deva simplesmente abandonar esse ensejo e sucumbir a argumentos puramente formalistas que se negam a avaliar as escolhas efectuadas pelo legislador, optando por confiar na sua bondade²³, racionalidade, e negando qualquer responsabilidade da parte da ciência do Direito Penal no fornecimento de algum critério crítico da legislação.

Por nossa parte, discordamos de tal posição, não só porque confunde a finalidade e a função a atribuir ao Direito Penal, como também nega a necessidade de a lei penal demonstrar algum conteúdo material que suficientemente justifique, quando aplicada, a restrição de liberdade e direitos que efectua na esfera da pessoa. Para além disso, a desconsideração de um conteúdo material ínsito à norma penal coloca ainda outros problemas conceptuais, como por exemplo não conseguir explicar a diferença de desvalor e de censura observável entre a consumação e a tentativa²⁴, que leva à limitação da punibilidade da tentativa e a uma significativa diferença na moldura penal aplicável – se o que se pretende proteger através do Direito Penal é a vigência das próprias normas, o dever jurídico que elas impõem e o desrespeito demonstrado pelo autor do crime em relação à norma de conduta é exactamente igual quer no caso de este consumir o crime ou se ficar por uma forma tentada do mesmo.

²¹ Tema analisado subsequentemente, em local apropriado deste estudo (mais detalhadamente em relação ao bem jurídico); no entanto, fica aqui uma breve referência também em relação ao *harm principle*, no caso referente ao cenário canadiano: “The Supreme Court had fairly consistently taken the view that the criminal law power [...] was plenary in nature and not restrained by a substantive review in the courts” – HUGHES, Julia, “Restraint and proliferation...”, pág. 146. Quando avaliam alguma incriminação procuram fazê-lo à luz de outros princípios consagrados na Constituição, nomeadamente os princípios da legalidade e da proporcionalidade: “The Court was clearly prepared to impose two limits on the exercise of the criminal law power [...]: criminal prohibitions can be neither arbitrary nor grossly disproportionate” – *ibid.*, pág. 146.

²² [...] many criminal law theorists in the English-speaking world have found themselves on the horns of an intellectual and political dilemma: caught between the sense that there is little of philosophical coherence to be said about the actual shape of criminalisation, yet feeling the need of some robust critical tools to analyse recent developments” – LACEY, Nicola, “Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues”, *in* The Modern Law Review, Vol. 72, Issue 6, 2009, pág. 940.

²³ “[...] a proibição penal, enquanto mais aguda manifestação estatal restritiva de direitos, carece de especial justificação, de uma justificação que não pode ser simplesmente pressuposta pela legitimidade democrática do legislador, ou pelo ‘boa vontade’ estatal na persecução dos seus fins[...], ou, ainda, sequer encontrada na circularidade e no vazio de argumentos meramente formalistas. [...] Ao menos aqui, [nos quadros de um Estado democrático e constitucional de Direito] por uma questão de princípio, não pode o Estado restringir liberdades constitucionais por ele mesmo reconhecidas, sem uma razão suficiente, materialmente estabelecida” – D’AVILA, Fabio Roberto, “Aproximações à Teoria da Exclusiva Protecção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo”, *in* ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 188 e 189.

²⁴ NAVARRETE, Miguel, “Rechtsgüterschutz versus Bestätigung...”, pág. 181 – “Das Unrecht des versuchten Delikts besteht aus einem „perfekten Normbruch“ plus einer „Rechtsgutsgefährdung“, das Unrecht des vollendeten Delikts aus einem „perfekten Normbruch“ plus einer „Rechtsgutsverletzung“. In beiden Fällen ist die Bezugnahme auf das Rechtsgut unverzichtbar”. O mesmo se poderia afirmar em relação ao *harm principle*, uma vez que também apresenta um conteúdo material que pretende limitar a lei penal e permitiria distinguir entre estas duas situações mencionadas (na tentativa não existiria dano, só perigo, e na consumação é realizado o dano na esfera de um terceiro).

1.2. Outras funções atribuídas ao Direito Penal

Ao Direito Penal são ainda atribuídas outras funções, a que faremos breve referência. Desde logo é muitas vezes mencionada a sua função *simbólica*, que pretende, através da elaboração de normas penais²⁵, conferir um falso sentimento de segurança à sociedade, como se a simples existência de uma norma penal pudesse de imediato diminuir a realização de um qualquer comportamento indesejado (mesmo que esse efeito de diminuição não se possa verificar, não dependa da existência de uma proibição penal, ou cuja resposta ao problema não seja tão eficaz através deste).

Intimamente relacionada com aquela função encontra-se também a função *securitária*, que pretende utilizar o Direito Penal para aumentar a “segurança” de uma dada sociedade²⁶, com isso restringindo desnecessariamente a liberdade das pessoas²⁷.

A sua função de *controlo social* pretende garantir a submissão dos cidadãos à ordenação de valores que protege; refere-se ainda uma função *promocional*, que corresponde no essencial à promoção, através da utilização do Direito Penal, de determinados valores não necessariamente presentes ou revestidos de importância para uma comunidade, mas cuja aceitação pretende ser imposta precisamente pela aplicação de penas a comportamentos que os coloquem em causa. Por último, é-lhe atribuída ainda uma função *ético-social*, que consiste na defesa de determinados valores éticos da sociedade, pretendendo assegurar um mínimo ético que permita a pacífica convivência e desenvolvimento social²⁸.

Todas estas pretensas funções devem ser, naturalmente, consideradas ilegítimas enquanto objectivo perseguido pelo Direito Penal.

Como vimos, então, as respostas quanto à finalidade e à função do Direito Penal encontram-se intimamente relacionadas, e a atribuição de uma verdadeira função a desempenhar pelo sistema de normas penais só é possível através da consideração de um princípio que confira um conteúdo material a ser defendido por essas normas; um princípio que justifique a utilização do Direito Penal e que seja capaz de contrabalançar e tornar legítima a diminuição de liberdade de acção que a proibição de um determinado comportamento representa para os cidadãos pertencentes a uma sociedade – é por isso que nos ocuparemos, de seguida, com a exegese de dois desses princípios capazes de conferir sentido ao Direito Penal: o princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos e o anglo-americano *harm principle*.

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos”, in Lusíada, Série II, nº 3, 2005, pág. 18.

²⁶ Com razão, a seguinte afirmação de Fiolka: “Strafgesetzgebung aus Verbrechensfurcht ist letztlich Kampf. [...] Das Strafrecht ist aber auf die Lösung gesellschaftlicher Grossprobleme nicht eingerichtet” – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut. Strafgesetz versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des allgemeinen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG)*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2006, pág. 125.

²⁷ “Este retrocesso vem embebido de [...] uma ‘cultura de segurança’ [...]. Aos ‘novos riscos’ e para a protecção dos ‘novos direitos’, o Estado [...] responde com o que imediatisticamente satisfaz a ‘nova segurança’ exigida: o direito penal” – RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 18.

²⁸ Com grande detalhe em relação a esta função e a posição de Welzel, v. NAVARRETE, Miguel, “Naturaleza del Deber Jurídico...”, pág. 112 ss.

2. O princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos

As questões sobre a função do Direito Penal, o objectivo perseguido com a cominação de uma pena a um determinado comportamento e, enfim, o conteúdo material do conceito de crime (a questão de saber *o que é*, afinal, o crime) encontraram sempre uma resposta distinta ao longo da História. Essa historicidade (também) do Direito Penal revela não só a necessária adequação social do mesmo, mas também a sua inevitável relação com a política²⁹, caracterizando-se esta relação, hoje, pela constante procura de um equilíbrio entre a restrição da liberdade do legislador e a maximização da liberdade dos cidadãos³⁰, optimamente resultando num Direito Penal de cunho liberal. Na nossa cultura jurídica, o critério utilizado – pelo menos doutrinariamente³¹ – para tentar conjugar essas duas finalidades é o bem jurídico³².

Antes de se proceder a uma análise mais detalhada das várias questões relacionadas com o conceito de bem jurídico, cabe aqui fazer referência ao papel assumido pela política criminal. A política criminal não deve ser confundida com o facto de a lei (qualquer lei) ser uma decisão política – ou seja, determinada pelos órgãos estatais para essa lei competentes; antes, a política criminal pretende definir estratégias legislativas e/ou normas penais que se encontrem em harmonia, estando por isso primariamente orientada para a “reforma do Direito”³³. A política criminal consiste assim no “conjunto de princípios extraídos da investigação empírica do delito e da pena, que orientam a atividade do Estado na luta contra a criminalidade”³⁴. Apesar de muitas funções lhe serem atribuídas³⁵, podemos dizer que esta

²⁹ “Proibir, por meio da imposição de pena, constitui, assim, um fato político...” – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 32. Segue-se, nesta obra, uma interessante análise sobre a relação entre o Direito Penal e os vários modelos de Estado de Direito, de forma a demonstrar esta íntima relação entre ambas as disciplinas (pág. 33 ss.).

³⁰ Eloquentemente descrito por Naucke: “Das Strafgesetz ist ein kunstvolles Kulturgut. Die Kunst besteht darin, durch das Gesetz die Freiheit der strömenden Politik zu entziehen, die Freiheit des Bürgers durch das Gesetz zu einem absoluten Gut zu bestimmen und die Einigung zu stiften, dieses Gut trotz aller politischen Dynamik unangetastet zu lassen.” – NAUCKE, Wolfgang, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, pág. 259.

³¹ Conforme afirmado em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 157, “Função do direito penal é, *exclusivamente*, a *protecção subsidiária de bens jurídicos*”; o que nem sempre resulta de forma clara da *praxis* jurídica, como menciona igualmente DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 126: “Não pode afirmar-se que, até hoje, o nosso TC tenha assumido uma posição clara e terminante sobre as questões de saber se são, como aqui defendemos e nos parece resultar com segurança do disposto no art. 18º-2 da CRP, inconstitucionais todas as incriminações das quais não possa com razoável segurança afirmar-se que elas se destinam à protecção de um bem jurídico-penal.”

³² “Bei der Verwirklichung des Postulats der Freiheitssicherung durch das Strafrecht kommt dem Rechtsgut nach einem kritischen Rechtsgutverständnis eine zentrale Rolle zu.” – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 57.

³³ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 60. V. também, sobre a política criminal, o seu papel e relação com o DP, GIMENO, Íñigo Ortiz, “La referencia politico-criminal en el Derecho Penal contemporáneo. (Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, in UBIETO, Emilio; SIERRA, Manuel y BECHIARELLI, Emilio (Coord.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

³⁴ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 369.

³⁵ Para a nomeação de algumas das funções que lhe são atribuídas, v. FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 60.

disciplina define, em suma, “o *se* e o *como* da punibilidade”³⁶, pese embora ainda não tenha conseguido estabelecer-se, até hoje, como parte indispensável do processo legislativo penal³⁷.

A relação entre a política criminal e o Direito Penal não assumiu em termos históricos um sentido único, sendo possível identificar três fases distintas³⁸: a primeira, delimitada entre a obra de von Liszt e a II Guerra Mundial, caracterizou-se em geral por uma larga indiferença, em relação ao Direito Penal, do carácter político do seu conteúdo, limitando-se aquele ao estudo das suas próprias categorias; a segunda fase, que decorreu entre a II Guerra Mundial e a década de 70, mostra uma preferência pela dimensão política do Direito Penal, sendo este já um instrumento de consolidação do poder; a terceira e última fase, que ainda se vive, caracteriza-se pela valoração oposta, ou seja, a política privilegia agora o uso do Direito (Penal) para regulação da sociedade, e para validação das escolhas políticas.

A simples existência de uma política criminal não asseguraria, contudo, o carácter liberal do conjunto das normais penais, já que aquela pode ser uma política voltada à limitação do poder punitivo do Estado, e consequentemente protectora dos Direitos, Liberdades e Garantias das pessoas, ou pode, ao invés, ser uma política mais repressiva destes últimos e por isso mais dirigida à expansão do DP³⁹. A formulação da teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos no âmbito do Direito Penal apresenta, assim, uma distinta faceta político-criminal, na medida em que pretende *limitar* o poder legislativo através da legitimação do conteúdo das normas penais, afastando deste modo incriminações que se baseiem noutro tipo de considerações para além da ofensa (actual ou potencial) a um bem jurídico-penal⁴⁰.

2.1. Bem, bem jurídico, e bem jurídico-penal

O conceito de bem jurídico-penal sempre se revelou (e permanece) de difícil definição, e parte do problema resulta primeiramente da circunstância de se utilizarem por vezes vocábulos distintos com um sentido pretensamente unívoco. Assim, é necessário que se

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pág. 156. Para uma análise mais aprofundada sobre a questão, assim como do modelo da ciência global do Direito Penal, v. DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pág. 93 ss.

³⁷ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 61. De facto, a legitimidade das leis penais continua a ser largamente determinada pela sua perfeição formal (em relação ao processo legislativo), e não tanto pelo seu conteúdo, o que significa que mesmo quando a opinião da ciência do Direito Penal (incluindo aqui a política criminal, de acordo com o entendimento hoje corrente de *gesamte Strafrechtswissenschaft*, primeiramente sugerido por von Liszt) é requerida, o legislador não é obrigado a respeitar os seus pareceres – *ibid*, pág. 75 ss.

³⁸ Com BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 369 ss.

³⁹ ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objecto de protección de la norma penal”, *in* Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, nº 5, pág. 475 ss. Até porque, tal como o DP, a política criminal não pode encontrar-se fora de um tempo e espaço determinados, divergindo normalmente entre Estados devido às características apresentadas pela sociedade (características antes de mais políticas, culturais, sociais e económicas) – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 373.

⁴⁰ DOLCINI, Emilio, “Il Reato come offesa a un Bene Giuridico: un dogma al servizio della Politica Criminale”, *in* CANESTRARI, Stefano (Ed.), *Il Diritto Penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1998, pág. 211.

distinga desde logo o “bem”, do “interesse” e do “valor”, noções que se encontram neste tema intimamente relacionadas, mas que não são, de forma alguma, sobreponíveis ou de indistinta utilização.

Um *bem* será, por isso, uma *realidade* – “entidade, objecto ou processo”⁴¹ – capaz de satisfazer uma determinada necessidade da pessoa, fazendo assim com que este seja passível de identificação individualizável. Alguns exemplos de bens são a vida, a água, um edifício, bem como um ideal como a justiça ou ainda um sentimento⁴². Um bem será então aquela realidade objecto de valoração (por parte da pessoa e do Direito), o objecto conteúdo da acção humana inserida numa sociedade “em relação ao qual são colocados os impulsos legais, [...] aquelas necessidades que tendem a dar estrutura à realidade social”⁴³.

Já o *interesse* faz apelo a uma estrutura *relacional*, colocando em evidência a relação estabelecida entre o objecto e o seu respectivo titular, demonstrando a “posição, a atitude [...] de um sujeito em relação a um bem da vida”⁴⁴; como se pode facilmente depreender, essa relação não é estática, pois está sujeita à potencial alteração de valoração por parte dos diversos titulares, fazendo com que o Direito se possa neste sentido definir como uma “vasta contemplação dos interesses humanos”⁴⁵.

Por último, o *valor* é algo *transcendente*⁴⁶, que pretende demonstrar que um certo bem adquire uma certa relevância para um determinado sujeito valorativo⁴⁷. É apenas em relação a esta valoração que podemos falar da especificidade da norma penal, que não se destina, como noutras áreas do Direito, a regular conflitos de interesses, mas sim a regular o conflito que se

⁴¹ IBARRA, Juan y RANGEL, Emilio, “Bien, Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal”, in Revista de la Facultad de Derecho de México, Número 225-226, 1999, pág. 76 (tradução livre).

⁴² Alguns dos exemplos mencionados em IBARRA, Juan y RANGEL, Emilio, “Bien, Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal”, pág. 76. A acepção relevante para este estudo não engloba o sentido mais axiológico que lhe é também atribuído, identificando o bem com a bondade ou com a verificação de que algo se encontra como deve ser – *ibid.* pág. 76, nota 9. Os autores identificam ainda três níveis de cognição de um bem enquanto tal: o *óntico* (identificação), o *ontológico* (explicação) e o *epistémico* (reflexão).

⁴³ MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, Cacucci Editore, 2005, pág. 192 (tradução livre). Este conceito do autor refere-se indistintamente a “bem” e “valor”, daí, parece-nos, a referência ao contexto social e à valoração pelo Direito.

⁴⁴ MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni...*, pág. 195 (tradução livre).

⁴⁵ MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni...*, pág. 195 (tradução livre). Continua o autor, providenciando uma imagem que nos parece bastante expressiva do que se pretende transmitir: “...il diritto [...] è come una *vasta contemplazione di volontà potenziali* di questo tendere frenato del soggetto, come se il diritto fermasse la vita per un momento e dicesse: ‘vediamo bene verso che cosa voi soggetti tendete com la vostra volontà’ ”.

⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 139. Conforme sublinhado por MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni...*, pág. 194, com “valor” não se quer significar o conteúdo económico normalmente associado a este vocábulo.

⁴⁷ Alguns sujeitos valorativos em geral (e não especificamente para o que ao Direito importa) são, p. ex., “Deus, a comunidade cultural, a sociedade, a comunidade política representada pelo legislador e o indivíduo” (tradução livre) – AMELUNG, Knut, “El concepto «Bien Jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, in HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pág. 228.

poderá verificar entre várias vontades livres “*em relação a um conteúdo específico*”⁴⁸ – conteúdo esse valorado pelo legislador como positivo (dando origem a direitos) ou negativo (dando origem, no caso penal, a uma verdadeira limitação da vontade livre do sujeito).

Tendo esta distinção em conta, os *bens jurídicos* passam a poder ser identificados com aqueles interesses que são positivamente valorados pelo legislador⁴⁹, indicando à sociedade que os bens subjacentes a esses interesses são valiosos⁵⁰, e que as condutas tendentes a perturbar a conservação dos mesmos devem ser refreadas; dessa mesma valoração resulta o carácter ilícito das condutas que atentam contra um bem jurídico, em virtude da negação, por parte da vontade do autor, da valoração atribuída pelo legislador⁵¹.

Por último, a especificidade dos *bens jurídico-penais* encontra-se no facto de os interesses subjacentes às normas serem de tal forma “fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa”⁵² que adquirem uma natureza própria: o Estado / legislador penal assume, ao lado do interesse de cada um dos sujeitos valorativos individualmente considerados, um outro interesse, que se exprime precisamente na fruição “imperturbada [do bem] por parte de cada um que [o] possui”⁵³. Assim sendo, a consequência penal não se basta com o ressarcimento do interesse primeiro, individual (mesmo quando fosse possível), mas necessita antes de aplicar uma sanção específica correspondente à negação de ambas as ordens de interesses colocadas em causa⁵⁴.

⁴⁸ MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni...*, pág. 198 (tradução livre) (sublinhados acrescentados).

⁴⁹ AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 228. É, por isso, um *bem* que obtém a sua *relação com o Direito* (interesse) através da *valoração* operada pelo legislador – estes elementos específicos do conceito são mencionados em FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 155. V. também ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal. (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pág. 95 ss para uma análise e exposição detalhadas sobre o pensamento de Amelung.

⁵⁰ Os bens jurídicos, categoria também comum a outros ramos do universo jurídico, devem possuir determinados “requisitos de existência”, como sejam aqueles respeitantes à sua natureza, essência, forma, estrutura, função, espaço e tempo – IBARRA, Juan y RANGEL, Emilio, “Bien, Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal”, pág. 79.

⁵¹ “E quando andassimo ad esaminare [...] non il reato in astratto, [...] se andassimo a vedere i singoli reati, le singole infrazioni, le singole violazioni della legge, ebbene: como le definiremmo se non in rapporto a quello che viene rotto da questa volontà illecita, a quello che viene turbato, disordinato, nel sistema della vita, in forza dell'emergere della volontà delittuosa del soggetto?” – MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni...*, pág. 199.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pág. 157.

⁵³ MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni...*, pág. 203 (tradução livre). Como refere este mesmo autor, este é um interesse sobre um interesse.

⁵⁴ Para que se esclareça de modo mais prático, vejamos o exemplo do bem “vida”: será inegável que a maioria das pessoas terá um interesse na manutenção da sua vida, assim como será inegável que a vida é fundamental para a vida em sociedade (perdoe-se-nos a redundância) e para o livre desenvolvimento da pessoa – deste modo, o bem jurídico-penal não é um somatório de todas as vidas individualmente consideradas (numa determinada comunidade, num determinado território, etc.), mas sim o interesse na fruição imperturbada do interesse *vida* (daí a expressão “interesse sobre um interesse”). Num certo sentido equivalente, BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 141, observando que “o conceito essencial de interesse que o direito leva em conta não é subjetivo-individualista, e sim externo-objetivo, relacionado à valoração operada a partir de critérios jurídicos. Tal juízo não integra a média resultante de uma série de valorações individuais subjetivas, representando, na verdade, um conceito de carácter normativo que deriva de um ato de vontade dispositiva”.

Estaremos, por fim, aptos a compreender (e de seguida analisar de forma mais detalhada) aquela que nos parece ser uma das definições mais acertadas de bem jurídico (penalmente relevante): este será a “expressão de um interesse⁵⁵, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁵⁶.

2.2. A evolução do conceito de bem jurídico

Para que realmente se alcance a utilidade e a totalidade das questões associadas a este conceito é necessário iniciar por um breve estudo da sua evolução ao longo da História.

Após o fim do Estado absolutista, e imbuída dos postulados do pensamento iluminista⁵⁷ e da teoria kantiana⁵⁸, surge a posição de Feuerbach, que via no delito a violação de direitos subjectivos; esta concepção deriva da necessidade de conceber limites ao *ius puniendi* do Estado, ao mesmo tempo que se reconhece, de acordo com o contrato social, que o Estado é simultaneamente o garante das condições da vida em comum dos cidadãos⁵⁹. A teoria de Feuerbach concretiza-se, então, em dois grandes princípios: aquele da exclusiva protecção de direitos subjectivos, e o princípio *nullum crimen sine iuria*⁶⁰. Apesar de ter o mérito de

⁵⁵ Apesar de alguns autores não concordarem com a identificação de bem jurídico com o conceito de interesse – com mais desenvolvimento, BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 139 ss. Por nossa parte, consideramos que se trata de uma distinção que tem a acrescida vantagem de simplificar a compreensão da diferença entre bem jurídico e objecto da acção (sobre esta, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 308 ss.).

⁵⁶ Definição de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 114.

⁵⁷ Sobretudo, neste tema, o contrato social de Rousseau e os princípios de Beccaria (e Hommel), que consideravam que a punição de comportamentos se devia dirigir apenas àqueles que ocasionassem danos sociais, sendo ilegítima a sua utilização para assim se imporem formas de vida ou ideologias – BECCARIA, Cesare, *Tratado de los Delitos e de las Penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, em especial capítulos 2, 3 e 8; v. ainda BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 91.

⁵⁸ Kant entendia enquanto ilícitas aquelas acções que limitassem a esfera de liberdade da pessoa moral, na qual se deviam poder desenvolver: “sind als unrechtmäßig Handlungen zu verhindern, die den Handlungsspielraum beeinträchtigen, der für die freie Entfaltung einer sittlichen Persönlichkeit unabdingbar ist, wobei – unter Berücksichtigung des Unterschieds zwischen sittlichen und rechtlichen Geboten – als Verbrechen »diejenige Übertretung des öffentlichen Gesetzes (verstanden wird), die den, welcher sie begeht, unfähig macht, Staatsbürger zu sein«” – ESER, Albin, “Rechtsgut und Opfer: Zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen”, in IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wemhard und REUTER, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pág. 1008; v. também, na obra original, KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Berlin, Band VI, 1914/1968, pág. 230 ss, 315 ss, e 331 relativamente à citação efectuada (*in fine*).

⁵⁹ O que faz através da atribuição de direitos subjectivos, daí que o delito seja na verdade uma violação do pacto social, concretizado na violação de um desses direitos subjectivos – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Faculté de Droit, Université Montpellier I, Dissertação de Doutoramento, 2008-2009, pág. 35; ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, pág. 42 ss. V. ainda, quanto ao fundamento da pena e suas consequências para a finalidade da mesma, as considerações de FEUERBACH, P. J. Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Auflage, Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847, § 15 e 16 (pág. 39 ss).

⁶⁰ A limitação ao *ius puniendi* estatal resultante destes princípios fez com que os até então delitos de ordem religiosa ou moral fossem retirados do campo de actuação do Direito Penal – ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 440. No entanto, Feuerbach colocou essas infracções, juntamente com as simples “violações ao dever de obediência” em relação ao Estado, no que denominou de direito de polícia, onde as sanções seriam menos rigorosas – com detalhe sobre os tipos de infracção

procurar limitar o poder punitivo estatal ao conferir ao delito um conteúdo material fundamento da criminalização da conduta⁶¹, a esta teoria foram tecidas algumas críticas, nomeadamente no sentido de ser muito restritiva (não tendo em conta que alguns delitos, como aqueles contra a ordem pública, p. ex., não terem por base nenhum direito subjectivo), de não conseguir verdadeiramente limitar o poder punitivo do Estado (porque uma vez reconhecido um direito subjectivo, qualquer que ele fosse, poderia ser penalmente defendido), e ainda a impossibilidade de lesão a um direito subjectivo (o direito em si permaneceria incólume, sendo na verdade o substrato material que esse direito garante aquilo que seria afectado com a acção ilícita)⁶².

A referência ao conteúdo material do crime enquanto ofensa a um *bem* ligado a um titular surge, assim, com Birnbaum, que objecta precisamente ao facto de se poderem lesar direitos⁶³. Encontramo-nos agora inseridos no contexto da Restauração⁶⁴, do positivismo⁶⁵ e da Escola histórica do Direito⁶⁶, que vê neste um produto da História, pelo que lhe é atribuído um carácter imanente e absoluto. Birnbaum distingue duas tipologias distintas de delito, consoante as equivalentes tipologias de bens jurídicos que identifica: os delitos *naturais*, que afectariam bens concedidos ao homem pela ordem natural, e neste sentido fariam parte da “esfera pré-jurídica da Razão”⁶⁷; e os delitos *sociais*, cujo bem subjacente seria produto de uma decisão política resultante da evolução social⁶⁸. Os bens podem ainda ser individuais ou

nesta categoria, FEUERBACH, P. J. Anselm, *Lehrbuch des gemeinen...*, § 432 ss (pág. 703 ss); v. também LCAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 36, nota 15.

⁶¹ LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 40.

⁶² Todas as críticas em LCAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 38.

⁶³ “Dadurch, dass wir etwas verlieren oder einer Sache beraubt werden, die Gegenstand unseres Rechtes ist, dass uns ein Gut, welches uns rechtlich zusteht, entzogen oder vermindert wird, wird uns das Recht selbst weder vermindert noch entzogen” – BIRNBAUM, Johann, “Über das Erforderniß einer Rechtsgutverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *in* Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834, pág. 172.

⁶⁴ A prioridade encontrava-se neste momento na reconstrução dos países europeus após a derrota napoleónica – LCAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 40.

⁶⁵ Ao contrário do postulado pelo jusnaturalismo, os positivistas afirmam que o Direito é legítimo independentemente do seu conteúdo: as normas, desde que legais (respeitando os requisitos formais estabelecidos), serão automaticamente legítimas – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 6.

⁶⁶ Que se insurge contra as considerações filosóficas no âmbito do Direito – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 14. Neste contexto, as teorias hegelianas declaram que “a violência”, o delito, lesa o Direito enquanto tal (o conteúdo material do crime passa assim a ser, segundo esta perspectiva, a pura desobediência normativa) – ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 441.

⁶⁷ LCAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 39; sobre os delitos naturais discorre BIRNBAUM, Johann, “Über das Erforderniß...”, pág. 150 ss.

⁶⁸ Sobre o delito enquanto comportamento que o Estado deseja classificar como tal, BIRNBAUM, Johann, “Über das Erforderniß...”, pág. 152 ss. V. ainda BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 95.

colectivos, possibilitando assim, segundo a concepção do autor, que os crimes contra a religião ou a moral sejam permitidos em nome desses bens colectivos⁶⁹.

Esta concepção permite, pela primeira vez, distinguir entre a efectiva lesão de um bem e a sua mera colocação em perigo; por sua vez, essa possibilidade leva ainda à distinção entre a consumação e a tentativa⁷⁰, pelo que, apesar das críticas que iremos de seguida liminarmente referir, foi uma idealização que apresenta de forma clara também os seus méritos. A Birnbaum critica-se, no entanto, a geração de alguma confusão devido à falta de uma noção de “bem”, uma vez que a sua teoria faz aparentemente apelo a duas concepções opostas em Direito: por um lado, a sua menção a bens naturais reenvia o leitor para uma concepção de Direito Natural; por outro, os delitos sociais colocam-no de acordo com a posição da Escola histórica do Direito⁷¹, enquanto a sua consideração de que delito será apenas aquilo contido na lei penal nos reenvia para o pensamento próprio do positivismo⁷². Para alguns autores, a esta teoria será ainda de criticar o facto de não pretender limitar o poder punitivo do Estado, nem ser para isso adequada⁷³, acabando, ao invés, por fundamentar a expansão do Direito Penal e das condutas susceptíveis de criminalização⁷⁴.

Historicamente, segue-se um período de dominante influência do positivismo⁷⁵, o que no Direito Penal dará origem a duas vertentes distintas: o conceito formal de Binding (positivismo jurídico), e o conceito material de von Liszt (positivismo naturalista)⁷⁶.

Binding considera então que bem jurídico⁷⁷ será tudo, e só, o que resulta da vontade legiferante do Estado; esta sua vontade não pode conhecer limitações para além daquelas que o legislador escolheu reconhecer em normas, estando por isso o conteúdo dessas leis

⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 95, argumenta que desta forma acaba por possibilitar igualmente a “ampliação da tutela penal”. A posição do autor pode ser encontrada primeiramente em BIRNBAUM, Johann, “Über das Erforderniß...”, pág. 179, e também no artigo que publicou dois anos após a primeira obra citada, para esclarecimento e aprofundamento dos conceitos aí mencionados: BIRNBAUM, Johann, “Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens und die römischen Begriffe von Delictum Juris Civilis. Delictum Juris Gentium und probum natura”, in *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, 1836, em especial pág. 570 ss.

⁷⁰ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 39.

⁷¹ Ambas referidas em LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 41.

⁷² FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 19.

⁷³ Referindo-se às críticas de Amelung, Mir Puig e Hormazábal, BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 96.

⁷⁴ LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 44.

⁷⁵ Reconhece-se agora o poder público como um direito, o Estado como um fim em si mesmo, não estando limitado, por isso, por factores outros que não a sua vontade – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 99.

⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, pág. 51 ss; LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 42.

⁷⁷ Embora seja a partir de Birnbaum utilizado o conceito de “bem”, iniciando-se a partir desse momento o dogma do bem jurídico, a utilização da expressão “bem jurídico” enquanto tal (*Rechtsgut*) surge apenas com Binding – ESER, Albin, “Rechtsgut und Opfer...”, pág. 1012; essa expressão é utilizada pelo autor na sua obra de 1872 – v. BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, pág. 179 ss (em especial pág. 189).

inteiramente à disposição daquele⁷⁸ – neste sentido, a ciência do Direito é reduzida ao estudo do Direito positivado, não pretendendo possuir qualquer vocação crítica do mesmo. Existem para este autor duas ordens de regras legais (*Rechtssätzen*), às quais correspondem também distintos direitos subjectivos⁷⁹: por um lado, existem as normas (correspondendo-lhes o direito a serem obedecidas); por outro, as leis penais (direito a sanção) – o desrespeito do direito subjectivo do Estado à obediência das normas que emana é precisamente a fonte do direito daquele a punir⁸⁰. No centro da concepção do delito enquanto lesão está o conceito de bem jurídico, agora concebido enquanto expressão de tudo aquilo que o legislador considere importante para a ordem jurídica e sua manutenção imperturbada⁸¹: é, deste modo, um conceito puramente imanente ao sistema jurídico⁸², cuja nomeação depende unicamente da vontade do legislador.

As críticas a esta teoria dirigem-se desde logo a ser, em primeira linha, uma teoria que tem por função a legitimação do poder punitivo do Estado, colocando o indivíduo, submisso à vontade daquele⁸³, apenas como destinatário da norma⁸⁴. Por outro lado, este conceito de bem jurídico não cumpre qualquer função na diferenciação ou hierarquização das infracções e das sanções⁸⁵: o delito é sempre a infracção ao dever de obediência ao Estado⁸⁶. Para além de não possuir uma função de limitação do *ius puniendi*, também não possui uma função de

⁷⁸ Conforme afirma Binding, “In der Schaffung von Rechtsgütern und in der Aufstellung von Schutznormen derselben ist die Rechtsquelle nur durch ihre eigene Erwägung und durch die Logik beschränkt” – BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band, 2. Aufl. Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890, pág. 340.

⁷⁹ Os titulares dos direitos em Binding não são as pessoas, os cidadãos, mas sim o Estado (“*das Reich oder die Bundesstaaten*”): são agora direitos da comunidade (*Gemeinwesen*) em relação às pessoas singulares que lhe pertencem – v. FIOKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 24. Esta consideração decorre da circunstância de o poder público ser agora considerado como um direito, e o Estado um fim em si mesmo – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 99. Binding considera que o seu valor social (e não individual) é precisamente o motivo pelo qual são protegidos pelo Direito Penal – BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl., pág. 340 ss.

⁸⁰ FIOKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 22 e 23. V. p. ex. a afirmação de Binding que o demonstra: “Kein Rechtsgut darbt des Normenschutzes; jedes wird dadurch Gegenstand einer Respektspflicht; sind auch nur manche Gegenstände subjektiver Rechte – Objekte der Gehorsams-Pflichten sind sie alle!” – BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band, 2. Aufl., pág. 353.

⁸¹ “Alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für dieses von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat und also deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist” – BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band, 2. Aufl., pág. 353 a 355.

⁸² LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 43.

⁸³ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 44.

⁸⁴ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 101.

⁸⁵ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 44. Existe no entanto quem discorde desta crítica: a função sistematizadora adquirida pelo bem jurídico em Binding, que permite agrupar as diferentes normas de acordo com o seu objecto de protecção, permitiria avaliar comparativamente “as penas cominadas a dois comportamentos distintos que, no entanto, atingem o mesmo ‘bem jurídico’” – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 49.

⁸⁶ FIOKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 27. Com o conceito de Binding perde-se também uma possível distinção entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos da comunidade, já que todos os bens jurídicos têm um valor social – *ibid.*, pág. 30.

legitimação ou justificação da punição (dado que estas resultam somente da circunstância de existir uma norma) – o conceito de bem jurídico em Binding cumpre apenas uma função de ligação “entre a norma e o mundo dos factos”, facilitando a recepção e compreensão daquelas através da identificação de bens cuja afectação pudesse ser facilmente apreensível por parte dos destinatários⁸⁷. Apesar das severas críticas, desta concepção resulta a possibilidade de distinção (até hoje vigente) entre bem jurídico e direito subjectivo, bem como a diferenciação entre crime de lesão e de perigo⁸⁸.

Já von Liszt acredita, influenciado pelo pensamento de Jhering⁸⁹, que o Direito Penal se encontra funcionalizado à protecção dos interesses das pessoas⁹⁰, não bastando por isso (opondo-se veementemente a Binding) um sistema positivo consistente fechado em si mesmo⁹¹. Para este autor, os bens jurídicos são então uma “criação da vida e como tal um interesse do indivíduo ou da comunidade” protegidos pelo Direito⁹². Von Liszt é o primeiro autor que confere à política criminal uma função específica no âmbito de actuação próprio do Direito Penal: enquanto interesse protegido pela lei, caberia à política criminal a escolha, de entre todos os interesses existentes na sociedade, daqueles que seriam merecedores da protecção do DP; esta escolha faria com que esses interesses fossem considerados bens jurídicos⁹³, transformando uma “situação da vida [n]uma situação de direito”⁹⁴.

⁸⁷ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 37. Von Liszt critica o vazio que representa o conceito de bem jurídico em Binding, afirmando que é um “Scheinbegriff, das heißt ein Wort ohne Inhalt. [...] ein Proteus, der alle Gestalten annimmt; ein Wort, das heute das und morgen wieder etwas ganz anderes bedeutet, ein Blankett, dem jeder den Inhalt geben kann, der ihm gerade passt” – LISZT, Franz von, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 6, 1886, pág. 674.

⁸⁸ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 44; FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 23, 29 e 38.

⁸⁹ Para Jhering, que adopta uma concepção sociológica do Direito, este resulta de uma luta entre interesses, variando assim conforme estes últimos (as normas, que “asseguram as condições da vida social” arbitriam deste modo os conflitos resultantes da luta de interesses, através da concessão de direitos subjectivos); o Direito Penal teria por isso como função conceder a sua protecção àqueles interesses que se revelassem mais importantes – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 45. Para mais detalhes v. JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, Erster Band, Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877, pág. 474 ss.

⁹⁰ “[Der Begriff des Rechtsgutes] sagt uns: Alles Recht ist der Menschen willen da; ihre Interessen, die der Einzelnen, wie der Gesamtheit, sollen geschützt und gefördert werden [...]. Die rechtlich geschützten Interessen nennen wir Rechtsgüter” – LISZT, Franz von, “Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 8, 1888, pág. 138 e 139.

⁹¹ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 40.

⁹² ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 444 (tradução livre); v. também LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 46. Segundo o autor, “Alle Rechtsgüter sind Lebensinteressen, Interessen des einzelnen oder der Gemeinschaft. Nicht die Rechtsordnung erzeugt das Interesse, sondern das Leben; aber der Rechtsschutz erhebt das Lebensinteresse zum Rechtsgut” – LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10. Durchgearbeitete Auflage, Berlin, J. Guttentag, 1900, pág. 53.

⁹³ Não existe, porém, uma sobreposição entre o conceito de “interesse” e de “bem”: o autor define “interesse” como o valor adquirido pela introdução ou não introdução de uma alteração na situação do visado; “bem” é aquilo para o qual essa alteração adquiere relevância – LISZT, Franz von, “Der Begriff des Rechtsgutes...”, pág. 141.

⁹⁴ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 104; LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, pág. 53.

O conceito assim formulado permite agora, para além da hierarquização das diversas incriminações⁹⁵, atribuir-lhe uma verdadeira função limitadora do *ius puniendi* estatal: é a vida, a realidade social, e não o legislador, que fornece os objectos merecedores de protecção por parte do DP⁹⁶, adquirindo deste modo o bem jurídico o seu carácter transcendente em relação ao ordenamento positivo, agora independente da vontade do legislador⁹⁷. O mérito desta concepção exprime-se ainda na distinção que permite operar entre o objecto de protecção da norma – o bem jurídico –, e o objecto da acção antijurídica (o concreto bem afectado)⁹⁸; bem como na diferenciação entre anti-juridicidade formal e material (correspondendo a primeira ao desrespeito pela norma, e a segunda à agressão a um bem jurídico⁹⁹).

As críticas à posição adoptada por von Liszt dirigem-se, por sua vez, à circularidade¹⁰⁰ da sua argumentação no que respeita ao bem jurídico: ao derivar o direito de punir da protecção a interesses vitais da comunidade, e se “o Estado expressa a síntese das condições da vida da sociedade”¹⁰¹, quem decide quais os interesses vitais da comunidade (e o que deverá ser elevado a bem jurídico) é o próprio Estado, o que resulta numa protecção dos seus próprios interesses¹⁰². Advindo a legitimação do poder punitivo do Estado dele mesmo, não se pode afirmar uma verdadeira limitação daquele¹⁰³.

Já no início do séc. XX surgem os movimentos de crítica ao positivismo, evidenciando-se neste momento a posição neokantista da Escola de Baden, que pretende reconectar o Direito Penal com a filosofia (principalmente, como o nome indica, com a filosofia de Kant) –

⁹⁵ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 47.

⁹⁶ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 102.

⁹⁷ Para o autor isso significa que as acções que não representassem qualquer perigo para a segurança da sociedade (como p. ex. comportamentos contra a moral sexual) deveriam ser eliminadas do campo de actuação do Direito Penal – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 48; sobre o conceito de bem jurídico de von Liszt e a limitação que opera neste sentido v. ainda ROXIN, Claus, “Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs”, in *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, Berlin, Verlag Walter de Gruyter, 1969, pág. 78 ss.

⁹⁸ A partir do momento em que um interesse é reconhecido pela ordem jurídica como merecedor de protecção, mesmo que a acção ilícita destrua o bem objecto desse interesse, este último continua a ser protegido de futuras agressões pela incriminação existente – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 49.

⁹⁹ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 50.

¹⁰⁰ Crítica de Gonzalo Fernández, mencionada em BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 104 e LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 48.

¹⁰¹ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 104.

¹⁰² LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 48.

¹⁰³ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 105.

necessariamente, para estes autores, uma filosofia de valores¹⁰⁴; identifica-se também com esta corrente de pensamento o início da abstracção do conceito de bem jurídico¹⁰⁵.

Um dos autores que se insere no neokantismo de Baden é Honig, para quem a função do DP se identificaria com a protecção dos valores sociais, assumindo o conceito de bem jurídico uma função meramente teleológica, de identificação do valor defendido pela norma penal¹⁰⁶. O autor renuncia deste modo a qualquer função liberal¹⁰⁷ anteriormente atribuída ao conceito, desmaterializando-o e tornando-o apto a envasar qualquer valor que o Estado escolha proteger através da sanção penal, uma vez que se torna num simples elemento metodológico de interpretação da norma¹⁰⁸.

Este modo de conceber o bem jurídico não consegue então, também limitar o poder punitivo do Estado, dado que, apesar de reconhecerem a presença, nas normas penais, de valores e sentido, a verdade é que estes eram de todo o modo imanentes: o legislador, em face desses valores pré-existentes, vertê-los-ia nas normas penais, servindo o conceito do bem jurídico para os identificar, mas nunca para os seleccionar¹⁰⁹.

Um outro autor de relevo neste período é Wolf, para quem a função do Direito, disciplina que se insere no âmbito da cultura, deverá ser a protecção de bens da cultura (ainda assim de natureza pré-jurídica)¹¹⁰; esses bens da cultura, devidamente seleccionados e hierarquizados pelo legislador, passarão a ser considerados bens jurídicos a partir do momento em que o Estado entenda conceder-lhes protecção penal¹¹¹.

Quanto à crítica a esta posição, repete-se no essencial o que se referiu em relação a Honig: ao recusar conferir ao bem jurídico qualquer conteúdo material (pois nem as suas bases teleológicas nem culturais indicam qualquer critério de selecção dos bens penalmente

¹⁰⁴ Este posicionamento teórico deriva do novo entendimento acerca da realidade: p.ex. para Radbruch “a realidade como tal é sempre um dado livre de sentido e de valor”, sendo a consciência humana o que lhe concede posteriormente essa valoração; o Direito, do mesmo modo, deve ser averiguado segundo a intenção valorativa que pretende espelhar – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 105.

¹⁰⁵ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 51.

¹⁰⁶ “Nichts anderes soll damit zum Ausdruck gebracht werden, als der vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzestern Form. Indem ein jeder strafdrohende Rechtssatz der Verletzung oder Gefährdung eines für das Rechtsleben bedeutsamen Wertes vorzubeugen bestrebt ist, ist der Begriff des Schutzobjekts nur die kategoriale Synthese, mit welcher juristisches Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist” – HONIG, Richard, *Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1: Die Geschichte des Einwilligungproblems und die Methodenfrage*, Mannheim, J. Bensheimer, 1919, pág. 94.

¹⁰⁷ Já que o bem jurídico não possuía “qualquer existência prévia, adquirindo relevância apenas no momento em que se pretendia compreender quais os valores pressupostos em cada um dos tipos penais” – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 50.

¹⁰⁸ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 52.

¹⁰⁹ FIOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 50.

¹¹⁰ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 52.

¹¹¹ Permanece ainda aqui a distinção entre o bem jurídico e o objecto da acção efectivamente afectado pelo crime: o delito é um resultado jurídico, o objecto da acção é, contudo, algo empírico – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 52.

relevantes), a escola de Baden não procedeu a qualquer limitação do poder estadual¹¹², pavimentando inclusivamente o caminho para a legitimação do poder nazi¹¹³.

O último autor que iremos aqui referir, Mezger, representou o culminar do processo de abstracção ou desmaterialização do conceito de bem jurídico, e situa-se numa fase de transição (apesar de ainda ser agrupado com as teorias neokantistas) para a fase do direito penal nacional-socialista. Mezger entendia o bem jurídico, de acordo com as bases filosóficas de então, como uma “finalidade reconhecida pelo legislador”¹¹⁴, atribuindo-lhe uma função meramente teleológica; de igual modo, não se concretiza em nenhum objecto ou realidade do mundo empírico, sendo tão-só uma figuração ideal¹¹⁵. Este autor identifica os valores morais como o objecto de protecção da norma, e aquilo que considera ser afectado com a acção delituosa – esses valores decorrem, assim, da cultura, e não de alguma espécie de Direito natural.

Com Mezger, o legislador, limitado apenas por aquilo que ele próprio julga ser a moralidade a ser defendida pelo Direito Penal, não possui qualquer limite ao seu poder punitivo, e o conceito de bem jurídico perde toda e qualquer pretensão de actuar nesse sentido¹¹⁶.

O período que se segue, de domínio do nacional-socialismo, determina também para o bem jurídico uma fase conturbada. Surge neste momento a denominada Escola de Kiel, cujos representantes, convencidos da necessidade de abandonar os princípios do liberalismo¹¹⁷, rejeitam liminarmente o “dogma do bem jurídico”, ou esvaziam-no por completo de conteúdo. O repúdio destas bases teóricas baseia-se sobretudo numa ideia de rejeição do individualismo, dada a pertença do indivíduo a uma comunidade (*Volksgemeinschaft*), no seio da qual surge o Direito como ordenador da vida colectiva¹¹⁸; erige-se assim o princípio chave desta

¹¹² O crime, para estas teorias, não afectava sequer a vida social, exprimindo apenas uma oposição aos valores culturais – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 108.

¹¹³ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 53.

¹¹⁴ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 53; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, tradução da 2ª edição alemã de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, pág. 358: “*La determinación y conocimiento del bien jurídico en referencia al tipo concreto se logra mediante la interpretación de la ley según las reglas [...] indicadas. Pero el bien jurídico así obtenido constituye a su vez el más importante medio de interpretación en referencia a dicho tipo y a sus singulares características*” (sublinhados do autor).

¹¹⁵ Reforçando essa ideia, MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Un libro de Estudio. Parte General*, tradução de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958, pág. 155: “El bien jurídico (*objeto de protección, objeto de ataque*) no es, como el ya mencionado “objeto de la acción”, un objeto concreto del mundo exterior. Es una *figura ideológica*, la *valoración objetiva* en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido” (sublinhados do autor). Sobre a relação do bem jurídico com a cultura v. ainda MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 359 ss.

¹¹⁶ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 53.

¹¹⁷ Esses princípios eram, para tais autores, nada mais do que um obstáculo à concepção de um Direito Penal em defesa do povo alemão – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 54.

¹¹⁸ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 109.

concepção, controlador tanto das forças militares como dos juristas: direito e ordem¹¹⁹. Neste contexto, o Direito era apenas o Direito positivo, não existindo lugar para qualquer consideração sobre algo que se encontrasse acima deste.

Um dos autores mais relevantes neste período é Schaffstein, que configura o crime como a violação de um dever¹²⁰; neste sentido, a certeza normalmente requerida ao Direito advém não da certeza enquanto qualidade das leis penais, mas sim da segurança do povo¹²¹, sendo agora considerado admissível o uso da analogia, de cláusulas gerais, e ainda do “são sentimento do povo alemão”¹²², categoria onde a utilização do conceito de bem jurídico serviria para interpretar ou determinar o legítimo interesse protegido pelo legislador.

Dahm, demonstrando crenças equivalentes a Schaffstein, afirma, numa clara adesão ao Direito Penal do autor, que os resultados do crime deverão relevar menos do que as intenções do sujeito¹²³, que demonstra com a sua acção delituosa o desrespeito pelos valores comunitários e pela comunidade¹²⁴.

Após a derrota do regime nacional-socialista, muitas foram as críticas à concepção de Direito dos autores desse período, que aceitavam e justificavam leis injustas através do seu positivismo exagerado¹²⁵; para o bem jurídico, isso significou ora um esvaziar de conteúdo (como com a posição de Dahm), ora um desvirtuar do mesmo, fabricando aquilo que hoje se

¹¹⁹ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 110; DAHM, Georg, “Verbrechen und Tatbestand”, in DAHM, Georg (et al.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935, pág. 85: “Deutsches Recht ist die Lebensordnung des deutschen Volkes”.

¹²⁰ SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, in DAHM, Georg (et al.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935, pág. 108 ss, em especial pág. 110: “[...] das Verbrechen nicht so sehr als Rechtsgutsverletzung, sondern als Äußerung einer verwerflichen Gesinnung oder Verletzung einer Pflicht erscheint”.

¹²¹ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 111.

¹²² BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 111 e LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 55. Demonstrando o pensamento do autor e a sua contraposição com o que era anteriormente defendido, SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, pág. 110: “Die Ausrichtung am Gemeinschaftsgedanken lässt nunmehr die Begriffe Ehre, Treue und Pflicht, in denen die gemeinschaftliche Gebundenheit des Menschen am stärksten hervortritt, in den Mittelpunkt auch der strafrechtsdogmatischen Arbeiten treten. [...] Darin, dass sie nach der Zerstörung des individualistischen Rechtssystems jetzt als Rechtsbegriffe unmittelbare und konkrete Bedeutung für die juristische Praxis gewinnen, kommt zugleich die wiedergefundene Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung zum Ausdruck”. Criticamente em relação à doutrina liberal também DAHM, Georg, “Verbrechen und Tatbestand”, pág. 78: “[...] der Satz nulla poena sine lege selbst und das Analogieverbot von der herrschenden Lehre als Dogma behauptet, aber nicht eigentlich wissenschaftlich begründet”.

¹²³ Fazendo, deste modo, coincidir o desvalor associado à tentativa e consumação, p. ex.; exemplificativamente, SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, pág. 123: “[...] aus einer solchen Verschmelzung von Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit folgt wiederum auf dem Gebiet der Schuld und des Versuchs das, was man gemeinhin mit dem Begriff „Willenstrafrecht“ zu kennzeichnen pflegt”.

¹²⁴ DAHM, Georg, “Verbrechen und Tatbestand”, pág. 85 ss, e ainda o seu discurso intitulado “Gemeinschaft und Strafrecht”, in Kieler Universitätsreden, neue Folge, Heft 5, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, 1935, pág. 5 ss.

¹²⁵ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 114.

identificaria como *Scheinrechtsgüter* (bens jurídicos falsos ou aparentes), como a pureza da raça alemã¹²⁶.

Como acima referido, o fim da II Guerra Mundial trouxe consigo, em face do que o extremado positivismo poderia justificar, uma nova visão para o Direito Penal¹²⁷: entramos assim nas teorias já mais contemporâneas do bem jurídico, que procuram de novo um fundamento transcendente para as normas penais. Esse referente externo será encontrado nos valores sociais (teorias finalistas e sociológicas) ou em textos supra-legais (teorias constitucionalistas ou de direitos humanos).

O finalismo de Mayer apoia-se numa concepção do delito enquanto expressão de um desvalor de acção, mas submete a protecção dos bens jurídicos ínsitos nas normas à tutela da “ordem moral do povo”¹²⁸.

É, no entanto, a Welzel, figura mais proeminente do finalismo e da Escola de Bonn, que se deve a distinção entre desvalor de acção e desvalor de resultado. A acção, para este autor, passa agora a ser observada e definida a partir do referente pessoal do autor, enquanto “processo consciente, dotado de sentido que lhe é atribuído pelo sujeito activo”¹²⁹, devendo o Direito Penal proteger os valores fundamentais da consciência, que se lhe afiguram ter natureza ético-social. De acordo com esta visão, o delito passa a ser considerado uma violação do dever de consciência ético-social do indivíduo¹³⁰, expresso nas normas, recebendo o bem jurídico (enquanto bem do indivíduo e da sociedade) apenas uma protecção reflexa ou mediata, na medida em que o Direito Penal – sendo quase sempre tardiamente chamado a intervir¹³¹ – não consegue prevenir o dano efectuado ao bem jurídico, e devendo por isso tutelar antes a fidelidade normativa¹³², garantindo o respeito pelos valores ético-sociais que

¹²⁶ Esta construção está associada à Escola de Marburgo, que continuou a identificar “bens jurídicos” então relevantes – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 113.

¹²⁷ Essa inversão de opinião pode inclusive ser observada em relação às concepções de um mesmo autor, Radbruch, que antes do período nazi postulava a validade ilimitada do Direito positivo, dada a impossibilidade de cognição de um Direito justo, e após 1945 afirmava já ser necessária uma ponderação sobre a existência de um Direito natural, que conferisse uma orientação acerca do que deveria ser considerado justo ou injusto, independentemente do conteúdo legal das normas (passando estas a ser inválidas quando demonstrassem o desrespeito por esses princípios ou valores superiores) – v. aqui as respectivas obras do autor, em relação à sua primeira opinião, KAUFMANN, Arthur (Hrsg.), *Gustav Radbruch: Gesamtausgabe*, Band 2, Rechtsphilosophie II, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1993 (em especial pág. 48); e relativamente à sua mudança de posição, o seu artigo intitulado “Erneuerung des Rechts”, in HASSEMER, Winfried (Hrsg.), *Gustav Radbruch: Gesamtausgabe*, Band 3, Rechtsphilosophie III, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1990, pág.

¹²⁸ ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 448. V. ainda MAYER, Hellmuth, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1962.

¹²⁹ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 57; WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, tradução de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, pág. 36 ss.

¹³⁰ WELZEL, Hans, *Derecho Penal*, pág. 1 ss.

¹³¹ E ter, por isso, que ser considerado ineficiente, se a sua função fosse exclusiva ou até primeiramente a protecção de bens – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 55.

¹³² ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 448.

lhes estão subjacentes¹³³. O bem jurídico é, deste modo, um conceito abstracto, expressão do valor, estado ou situação que o legislador procura conservar em função da sua utilidade social, conceito esse que diverge do objecto da acção e que não é configurado como indispensável para a incriminação¹³⁴.

Não obstante ter retomado a ideia de atribuir ao bem jurídico um conteúdo material¹³⁵, a teoria finalista foi alvo de variadas críticas, nomeadamente quanto ao facto de admitir a existência de crimes sem bem jurídico¹³⁶, e de pretender orientar os comportamentos sociais sem, no entanto, identificar convenientemente os valores que deveriam ser protegidos, não procedendo assim a uma limitação eficaz do poder legislativo¹³⁷; também a necessária separação entre Direito e moral no contexto de um Estado de Direito, não presente nestas teorias, foi objecto de crítica¹³⁸.

Surgiram depois alguns autores (já incluídos no pós-finalismo) que, apesar de partirem da teoria da acção final proposta por Welzel, recolocam o bem jurídico no centro do objectivo da utilização do Direito Penal: Stratenwerth considera que o bem jurídico provém da realidade social (e não exclusivamente da lei), e inclui a relação que se estabelece entre este e o indivíduo ou a colectividade, sendo efectivamente esta relação o objecto de protecção do DP¹³⁹. Outros autores que adoptam uma posição equivalente – identificando o bem jurídico com “valores da ordem social”, “valores jurídicos reconhecidos a proteger pela ordem jurídica”, “valores individuais”, ou “interesses que, de acordo com a convicção geral da sociedade, ou pelo menos [...] das classes dirigentes, são especialmente dotados de valor e necessitam particularmente de protecção”¹⁴⁰ – são, respectivamente, Kaufmann, Zielinski, von Hirsch e Maurach.

As teorias sociológicas apresentam múltiplas subdivisões¹⁴¹, pelo que iremos neste âmbito mencionar apenas, de modo a não estender demasiado este capítulo, a visão

¹³³ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 116.

¹³⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal*, pág. 5 ss; v. ainda LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 58.

¹³⁵ E de ter tido outros contributos fundamentais para a teoria geral do delito – v. LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 60 ss e LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 58 ss.

¹³⁶ Essencial à legitimidade da norma seria a presença de um valor ético-social capaz de ser reforçado pela existência de uma determinada norma – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 57; WELZEL, Hans, *Derecho Penal*, pág. 5 ss.

¹³⁷ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 117.

¹³⁸ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 58.

¹³⁹ Para uma análise da posição deste autor com maior detalhe (assim como de outros autores mencionados em geral na evolução do conceito de bem jurídico), v. SZCZARANSKI, Federico, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *in Política Criminal*, Vol. 7, Nº 14, Diciembre 2012, pág. 425 ss.

¹⁴⁰ Em LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 59.

¹⁴¹ De facto, hoje são demasiadas as posições para que se possam analisar aqui devidamente. Para mais desenvolvimento sobre estas correntes, v. LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 62 ss.; para a menção de outras posições doutrinárias, que não se identificam com as correntes sociológicas nem constitucionais, v. ainda BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 136

funcionalista (com Amelung) e interacionista (com Hassemer). Para Amelung, a questão da nocividade social do crime é indispensável, se bem que não suficiente, para a justificação das normas penais – deste modo, identifica o objecto de protecção do Direito Penal com o sistema social, do que resulta uma protecção mediata do indivíduo; no entanto, para que se reintroduzam limites liberais a esta concepção, faz uso do conceito de bem jurídico, agora entendido enquanto objecto da protecção penal, sobre o qual recai um juízo de valor efectuado pelo legislador¹⁴². Para que este juízo de valor apresente também limites (pois, de contrário, não se efectuariam limitações alguma ao *ius puniendi*), deve o legislador respeitar dois postulados externos ao funcionalismo: são eles o Direito Penal dever proteger um sistema social concreto, e a legitimação da estrutura desse sistema advir da Constituição¹⁴³.

A esta concepção foi criticado o facto de deixar, mais uma vez, ao critério do legislador a valoração determinante do que seria ou não bem jurídico¹⁴⁴.

Ainda dentro do funcionalismo (agora sistémico), mas negando a utilidade do conceito de bem jurídico temos a posição de Jakobs, que afirma ser o delito uma infracção de dever, uma negação da vigência da norma¹⁴⁵, servindo a aplicação do Direito Penal para reafirmar esta última. Para este autor, assim como para Müssig (que liga a legitimidade do DP à “função social da norma de comportamento”¹⁴⁶), o bem jurídico revela-se um conceito inútil que não desempenha qualquer papel de relevo.

As concepções interacionistas partem da visão do interacionismo simbólico, que coloca o indivíduo e a sociedade num mesmo plano; são duas entidades em inter-relação

ss, com a referência a autores como Zaffaroni, Hormazábal, Vogel, entre muitos outros; bem como, para outros variados autores, FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 161 ss.

¹⁴² Amelung distingue entre a função do Direito Penal, que seria então a protecção do sistema social, no qual o crime é visto como um “fenómeno disfuncional que contraria uma norma institucionalizada para assegurar a sobrevivência da sociedade”, da finalidade da norma, que se identificaria, esta sim, com a protecção do bem jurídico assim valorado pelo legislador – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 63 e 64; ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, pág. 95 ss. Com mais detalhe, AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

¹⁴³ No caso, o sistema social concreto seria a República alemã, cuja estrutura se encontra legitimada pela Constituição – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 64.

¹⁴⁴ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 134.

¹⁴⁵ Para Jakobs, para que a sociedade sobreviva, o contexto comunicacional em que se apoia (normas) deve ser mantido em face de comunicações divergentes (o crime) que defraudem as legítimas expectativas jurídicas criadas pela norma, daí que seja função do Direito Penal reforçar a vigência das normas de conduta que se revelem constitutivas da sociedade – v., para maior desenvolvimento e algumas críticas, VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, in *Revista Penal*, Nº 18, 2006, pág. 25 ss, e também ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, pág. 109 ss.

¹⁴⁶ Ambas em BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 134 e 135; para um maior desenvolvimento em relação à posição teórica de Müssig v. ainda MÜSSIG, Bernd, “Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, in *Revista de Derecho Penal y Crimiología*, 2ª Época, nº 9, 2002.

mútua, da qual resultam as normas, num contexto histórico concreto¹⁴⁷. Hassemer, representante da Escola de Frankfurt¹⁴⁸ que partilha desta visão da mutabilidade histórica dos bens jurídicos¹⁴⁹, é apologista de um conceito de bem jurídico crítico e censura ao funcionalismo a renúncia “às garantias tradicionais do Direito Penal com base na complexidade da sociedade”¹⁵⁰, procurando por isso de novo um conceito individualista de bem jurídico, e buscando a protecção dos interesses do indivíduo em relação ao Estado e à sociedade e a defesa de um Direito Penal nuclear¹⁵¹.

Esta teoria foi criticada, desde logo, por ter um referente demasiado individualista, uma vez que não parece razoável nem excluir à partida do âmbito de protecção penal qualquer bem colectivo, nem incluir à partida qualquer bem individual¹⁵². Foi ainda criticada por não oferecer um critério suficientemente determinado – isto porque, ao fazer depender a identificação do bem jurídico da consciência cultural da sociedade (que por sua vez se exprime nas normas), não existe nenhum critério objectivo que limite esse reconhecimento, o que faz com que possam surgir duas situações indesejáveis: ou clamores sociais por uma criminalização que não seja racional; ou, ao invés, a não concessão de protecção penal a um bem que dela necessite simplesmente por indiferença social quanto a esse problema¹⁵³.

Mir Puig, um outro autor incluído nas teses sociológicas, e que se opõe às teorias constitucionais do bem jurídico¹⁵⁴, acredita ser essencial ao DP a introdução de uma função social, correspondendo essa à reacção “contra comportamentos disfuncionais [à subsistência dos] sistemas sociais”¹⁵⁵; o bem jurídico, por seu lado, funcionaria como meio de averiguação acerca dos processos de participação na sociedade que mereceriam a protecção penal.

¹⁴⁷ Com um pouco mais de desenvolvimento e outras referências bibliográficas para o tema, LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 64.

¹⁴⁸ Para mais informações sobre a posição de Hassemer, bem como da Escola de Frankfurt mais em geral, v. RODRIGUES, Savio, *Bem jurídico-penal tributário*, Porto Alegre, Nuria Fabris, 2013, pág. 76 ss.

¹⁴⁹ O reconhecimento social de um bem jurídico depende de três factores: frequência da sua lesão, intensidade da necessidade de protecção do mesmo, e alarme social gerado pela lesão – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 131.

¹⁵⁰ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 65.

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico”, *in* *Doctrina Penal*, No. 46/47, 1989, pág. 275 ss. Para Hassemer, o potencial crítico da teoria do bem jurídico atinge-se apenas através do seu referente liberal pessoal – os bens jurídicos devem estar funcionalizados à pessoa, pelo que só seriam objecto de protecção do Direito Penal os bens jurídicos individuais ou aqueles colectivos dotados de um referente pessoal; o autor relega, por isso, a defesa de falsos bens jurídicos (colectivos) para um direito de intervenção – v. também LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 65.

¹⁵² LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 66.

¹⁵³ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 66.

¹⁵⁴ Afirmando que o Direito só deve estar limitado pelas “valorações culturais fundamentais” – BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 132; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª Edição, Buenos Aires, BdeF, 2003, pág. 116 ss.

¹⁵⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases...*, pág. 119 (tradução livre).

Às concepções sociológicas em geral dirige-se ainda a crítica de, numa sociedade plural como a democrática, conseguir obter uma concordância sobre os valores sociais a serem protegidos ser inviável¹⁵⁶.

Por último, surgem as teorias que buscam um referente supralegal para o bem jurídico. Estas surgem igualmente após a II Guerra Mundial, altura em que se sentiu a necessidade de positivar algumas garantias fundamentais da pessoa humana em Declarações Internacionais e nas Constituições dos Estados.

O referente constitucional do bem jurídico surge da relação com a realidade afectada pela sanção: se, ao aplicar sanções, se afectam direitos constitucionais, deveria também o Direito Penal proteger apenas esses valores consagrados na Constituição¹⁵⁷. Esta visão estrita de correspondência do bem jurídico aos direitos e liberdades decorrentes da Constituição conhece o seu maior expoente em Itália, nomeadamente com Bricola. Este autor, que considera a liberdade como o valor proeminente da Constituição italiana, afirma que a cominação de uma pena que a limite só poderá ser justificada quando se verifique a lesão de um bem jurídico constitucionalmente consagrado, dando-se assim cumprimento à tutela de *ultima ratio* atribuída ao Direito Penal¹⁵⁸; a Constituição é simultaneamente limite e fundamento da punição.

Outros autores italianos, como Musco e Ferrajoli, parecem já inserir-se nas denominadas teorias constitucionais eclécticas¹⁵⁹, criticando este último a posição de Bricola por ser expressão, no fundo, de um “positivismo jurídico de novos contornos”¹⁶⁰. Ferrajoli faz depender a validade das leis penais, por sua vez, à sua necessária coerência com “princípios de justiça” espelhados pela Constituição; enquanto Musco utiliza o referente constitucional (reconhecendo a implausibilidade de todos os valores constitucionais merecerem tutela penal) para diferenciar aqueles bens que deveriam ser protegidos pelo DP e aqueles que deveriam ser remetidos para um ilícito meramente administrativo¹⁶¹.

Em solo espanhol, Gomés de la Torre vê na Constituição simultaneamente o modelo social que determinada comunidade pretende alcançar, e a expressão “consensual da vontade

¹⁵⁶ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 135.

¹⁵⁷ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 122.

¹⁵⁸ BRICOLA, Franco, *Teoria General del Delito*, tradução de Diana Restrepo Rodríguez, Buenos Aires, BdeF, 2012, pág. 27 ss. Com desenvolvimento em relação à teoria italiana, v. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*». *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pág. 169 ss.

¹⁵⁹ Estas teorias apresentam uma visão mais dinâmica do bem jurídico, uma vez que a Constituição deve ser interpretada de acordo com a sociedade por ela organizada – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 68.

¹⁶⁰ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 122. V. ainda, em relação ao seu posicionamento teórico, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, tradução de Perfecto Andrés Ibáñez (etc.), Madrid, Editorial Trotta, 1995, pág. 471 ss.

¹⁶¹ Ambas em BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 123. Para mais detalhes sobre Enzo Musco, v. a sua obra *Bene Giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974, pág. 124 ss.

dos membros”¹⁶² dessa sociedade, fundamentando assim o seu recurso ao referente constitucional para determinação dos bens jurídicos merecedores de tutela penal.

Na Argentina destaca-se a opinião de Zaffaroni, para quem o bem jurídico, enquanto “relação de disponibilidade de um indivíduo em relação a um objecto, em cuja conservação está interessado o Estado”¹⁶³, encontra o seu referente de criação na Constituição, Direito Internacional e restantes normas jurídicas¹⁶⁴.

Na doutrina alemã, Rudolphi acredita que o referente prévio que confere legitimidade à legislação penal não pode ser deduzido de um Direito natural supra-positivo, mas apenas da Constituição, base da realidade social (sociedade) em função da qual devem ser protegidos os bens jurídicos¹⁶⁵; já Roxin reconhece à Constituição a “finalidade de assegurar a vida em comum de todos os cidadãos”¹⁶⁶, cabendo-lhe um papel limitador do poder punitivo, mas nunca positivo (no sentido de consagrar obrigações de punir)¹⁶⁷, e podendo os bens jurídicos ser anteriores ao legislador ou criados por este¹⁶⁸. Por último, Schünemann defende também que a Constituição representa um limite negativo quanto ao que o legislador pode legitimamente criminalizar, devido à especial necessidade de fundamentar a utilização do Direito Penal, pela restrição de liberdade que comporta¹⁶⁹.

Em Portugal, assim como no Brasil¹⁷⁰, a doutrina também pende para um referente constitucional do bem jurídico, sendo de destacar a posição de Figueiredo Dias, para quem os bens “se concretizam em *bens jurídicos dignos de tutela penal* (em *bens jurídico-penais*) através da “*ordenação axiológica jurídico-constitucional*”¹⁷¹.

¹⁶² BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 124; também GOMÉS DE LA TORRE, Berdugo, *El Delito de Lesiones*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pág. 15 ss (sobretudo pág. 23).

¹⁶³ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 137.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edição, Buenos Aires, Ediar, 2007, pág. 371 ss; v. também ARÊDES, Sirlene, “O conceito material de bem jurídico penal”, in PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD, nº 6, 2010, pág. 113.

¹⁶⁵ RUDOLPHI, Joachim, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs”, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970; dargebracht von Freunden und Kollegen*, Göttingen, Schwartz, 1970, pág. 151 ss.

¹⁶⁶ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 69.

¹⁶⁷ A exposição breve da posição deste autor, assim como de outros neste ponto, deve-se ao facto de posteriormente se analisar com maior detalhe a questão do referente constitucional do conceito de bem jurídico, em lugar próprio.

¹⁶⁸ Mais detalhadamente, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. LA Estructura de la Toria del Delito*, tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Peña (etc.), Madrid, Civitas, 1997, pág. 52 ss.

¹⁶⁹ Schünemann é no entanto crítico de uma visão estritamente pessoal do bem jurídico: v. SCHÜNEMANN, Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Fascículo 1, 1996, pág. 192 ss.

¹⁷⁰ Para um estudo mais alargado do panorama brasileiro, v. BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 126 ss.; e ainda, se bem que limitado à opinião de Greco, ARÊDES, Sirlene, “O conceito material de bem jurídico penal”, pág. 109 ss.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 119 (sublinhados do autor).

Por último, surgem as teorias cujo referente supralegal não é constitucional, mas sim humanista, no sentido de afirmar que o Direito Penal é legítimo apenas para punir condutas que atentem contra direitos humanos consagrados em instrumentos internacionais: é a minimização da utilização do Direito Penal levada ao extremo, consagração de um DP mínimo de *extrema ratio*¹⁷² (não só de *ultima ratio*). A necessidade de recorrer a textos internacionais de defesa dos direitos humanos e fundamentais do homem decorre, segundo os defensores destas teorias, do facto de as Constituições dos Estados serem imperfeitas, e conduzirem por isso a uma dupla consequência: por um lado, nem todos os direitos que consagram são merecedores de tutela penal, o que leva a que se verifique uma expansão do Direito Penal, utilizado agora apenas como “instrumento de auto-legitimação” do Estado¹⁷³; por outro, existiriam alguns direitos não mencionados na lei fundamental cuja protecção penal se considera necessária. Os autores pertencentes a este movimento¹⁷⁴, dos quais é exemplo Fernandez, alcançam deste modo um conceito de bem jurídico universal, aplicável a todos e em todo o lado¹⁷⁵, ultrapassando igualmente barreiras culturais.

A principal crítica dirigida a esta posição é, como facilmente compreensível, o seu carácter extremamente restritivo quanto à legitimação do Direito Penal¹⁷⁶.

Da análise histórica da evolução deste conceito apenas uma conclusão pode ser retirada: não existe (ou pelo menos até agora não logrou ser alcançada) uma noção unitária do que possa ser o bem jurídico; pelo contrário, demonstrou ser uma teoria apta a abarcar praticamente qualquer conteúdo que os autores julgassem apropriado¹⁷⁷. Para que tentemos ordenar um pouco este panorama, em busca de uma noção de bem jurídico útil, analisaremos de seguida os elementos deste conceito.

2.3. Elementos do conceito de bem jurídico

A utilização da expressão “bem jurídico” implica a referência simultânea a diversos elementos que, apesar da sua existência independente, deverão obrigatoriamente coexistir

¹⁷² Considerado necessário por parte dos autores que se inserem nesta corrente de pensamento devido à “avalanche legislativa” e “produção permanente de direito [penal] simbólico” que se verifica na actualidade para regular a denominada sociedade do risco – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 73.

¹⁷³ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 72.

¹⁷⁴ Cujas defesas se suscitam maioritariamente na América latina – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 71.

¹⁷⁵ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 72; FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo, BdeF, 2004.

¹⁷⁶ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 73. Para uma análise crítica desta corrente humanista, salientando a sua inadequação, v. BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 361.

¹⁷⁷ É neste sentido que a teoria é ainda descrita como sendo confusa – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 63. Apesar disso, e como o autor aponta logo de seguida, os penalistas não quiseram até agora “separar-se desta teoria” – *ibid.*, tradução livre.

naquele conceito¹⁷⁸, para que este cumpra a sua função. Desde logo, a partir da observação da expressão resta claro que deverá existir um *bem* em relação com o *Direito* (jurídico); o terceiro elemento resulta da necessidade de *valoração*¹⁷⁹ desse bem, para que de algum modo se torne relevante para o ordenamento jurídico (sendo de outra forma apenas um conceito sem qualquer conteúdo) – esta valoração terá necessariamente uma natureza política, uma vez que se dirige, na verdade, à regulação da vida em comunidade¹⁸⁰.

2.3.1 O “bem”

A definição de bem demonstrou ser sempre, ao longo da evolução do conceito, a questão mais problemática. Algumas definições já foram sendo referidas ao longo da análise histórica acima efectuada, pelo que não se repetirão aqui; no entanto, alguma sistematização é necessária, bem como a referência, enfim, ao que se deverá então considerar um “bem” penalmente relevante.

Existem três perguntas que devem encontrar uma resposta na estrutura do bem jurídico¹⁸¹: (i) *o que* se deve proteger através do Direito Penal?; (ii) *quem* se protege?; (iii) *de que* se protege? As primeiras destas questões serão respondidas no âmbito da definição de “bem”, enquanto a terceira só encontrará uma resposta posteriormente.

a) Definição de bem

Nos primórdios desta teoria, “bem” era identificado com o objecto corpóreo afectado pela conduta criminosa, sendo rejeitada a existência de bens jurídicos abstractos¹⁸², conforme a idealização de Birnbaum. Para Binding, o importante seria destacar a total separação entre o direito subjectivo e o bem efectivamente afectado pelo crime, que poderia ser material ou imaterial¹⁸³; e von Liszt define o bem jurídico como um interesse juridicamente protegido, que

¹⁷⁸ Esta divisão em diversos elementos tem por objectivo facilitar o estudo do conceito, sem com isso se querer providenciar um sistema teórico de construção artificial de bens jurídicos, continuando o “bem jurídico” a dever ser entendido como uma unidade de sentido – disso faz nota FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 155.

¹⁷⁹ Será este o elemento responsável por distinguir entre as noções de bem jurídico que desempenham uma função crítica e aquelas que são apenas sistemáticas – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 155.

¹⁸⁰ Desse modo, por ex., um fundo político liberal não terá em princípio presente nas suas normas penais uma valoração equivalente à de um panorama político mais conservador – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 146.

¹⁸¹ HEINRICH, Manfred, “Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogma”, in HEINRICH, Manfred (etc.) (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Berlin, De Gruyter, 2011, pág. 148.

¹⁸² Isto a despeito de Birnbaum admitir, paralelamente, a defesa de valores religiosos e morais do povo – BIRNBAUM, Johann, “Über das Erforderniß...”, pág. 150 e 178.

¹⁸³ BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl., pág. 342.

não se sobrepõe no entanto ao bem para o qual a alteração introduzida pelo crime adquire valor¹⁸⁴.

Voltando às concepções hodiernas, o bem jurídico é agora (ainda) identificado com um “objecto”, “estado ou condição”, “valor”, “interesse”, “unidade funcional” ou “norma (ou validade da norma)” – analisemos brevemente cada um destes conceitos, para em último optarmos por um.

Para os autores que perfilham a noção de bem jurídico enquanto *objecto*, aquele será uma *situação factual positivamente valorada*¹⁸⁵, o que inclui (ou pode incluir), dependendo dos autores, objectos, coisas, estados ou condições, relações ou circunstâncias¹⁸⁶. Neste sentido, para mencionar alguns nomes da doutrina que se atribuem a esta concepção, temos desde logo *Marx*, que define o bem jurídico como um objecto em relação com a pessoa (não utilizando, no entanto, a expressão “interesse”, da qual distingue expressamente o bem jurídico), sendo que a acção delituosa afecta esta relação entre a pessoa e o bem que de algum modo lhe pertence. *Hefendehl*, para quem o bem jurídico é também um objecto (teorizado de forma relacional com a pessoa, não sendo por isso estático, mas determinando antes um potencial de realização), considera que a realidade afectada pelo crime não afecta, no entanto, a valoração positiva concedida a esse objecto; *Amelung*, apesar de identificar o bem jurídico com um objecto, reconhece duas situações distintas, nomeadamente aquelas em que o objecto da acção coincide com o bem jurídico (como acontece com a vida) e aquelas em que não (como no caso da propriedade, em que se protegem não as coisas propriamente ditas, mas sim as oportunidades de uso pelo seu proprietário). *Loos* entende que os bens jurídicos serão potencialidades, as quais poderão ser biológicas ou juridicamente garantidas; *Koriath*, por último, entende o bem como objecto de um interesse (uma valoração por parte do sujeito, segundo um determinado critério, que incide sobre um objecto)¹⁸⁷.

Existem algumas críticas a tecer a tal conceito, nomeadamente não ficar explícito, de forma automática a partir da expressão apenas, se esse objecto deverá ser corpóreo, incorpóreo ou ambos; se esses bens incorpóreos deverão estar de alguma forma relacionados com realidades empiricamente apreensíveis, entre outras¹⁸⁸.

¹⁸⁴ LISZT, Franz von, “Der Begriff des Rechtsgutes...”, pág. 141 / 151.

¹⁸⁵ “positiv bewertete Sachverhalten” – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 161.

¹⁸⁶ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 161, referindo-se a Schwander. Uma eventual redundância resulta, em português, da dificuldade de se traduzirem diferentemente vocábulos como *Objekt e Gegenstand*: como refere Amelung, *Objekt* abarca tudo aquilo “de que o ser humano se pode distanciar para o examinar”, seja algo corpóreo ou não, como uma norma – AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 240.

¹⁸⁷ Para o pensamento dos vários autores, v. MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln, Heymanns, 1972, pág. 9 ss; HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Heymann, 2002, pág. 28 ss; AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 227 ss; LOOS, Fritz, “Zum „Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte”, in STRATENWERTH, Günter, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, de Gruyter, 1974, pág. 888 ss; KORIATH, Heinz, “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, in Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1999, pág. 563 ss.

¹⁸⁸ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 164.

O bem jurídico entendido como *estado ou situação (Zustand)* surge desde logo em *Welzel*, para quem o substrato do bem jurídico se poderia identificar com qualquer situação social que o Direito entendesse dever proteger – estas “situações” incluiriam objectos (materiais e imateriais), situações de facto, relações ou comportamentos. *Otto* precisa um pouco esta definição anterior, devendo para este autor o bem jurídico ser o estado de uma relação real da pessoa com valores concretos reconhecidos pela comunidade jurídica na qual o sujeito se desenvolve; já *Beck*, observando que em geral as definições de bem jurídico enquanto objecto são relacionais, afirma que o bem jurídico se identifica com a liberdade de actuação do sujeito em relação a um objecto. *Kindhäuser*, por sua vez, entende que bens jurídicos serão características objecto de posições jurídicas, que se dirigem à concretização pessoal de cada um; *Niggli* entende igualmente que os bens jurídicos se consubstanciam em relações das pessoas com variadas realidades que permitem a realização da sua liberdade. Finalmente, também para *Ripollés* consiste o substrato do bem jurídico numa situação ou relação da vida social¹⁸⁹.

Entre as críticas a esta percepção de bem jurídico encontra-se o facto de, no fundo, não existir uma diferença considerável entre bem “objecto” e “estado ou situação”, uma vez que após análise, esse estado só adquire maior concretização quando referido a uma relação entre uma pessoa e um bem¹⁹⁰.

De seguida temos as concepções que consideram o bem jurídico um *valor*, de entre as quais mencionaremos, em primeiro, as de *Jescheck* e *Weigend*, para quem o objecto de protecção do DP seriam valores da ordem social, o que faz com os bens jurídicos nestes autores não adquiram uma característica de corporalidade, permanecendo antes como relação estabelecida entre as pessoas e interesses da vida. *Schmidhäuser* apela também à noção de bens da vida para explicar que um bem jurídico seria aquilo que adquire valor para a pessoa ou comunidade. Ainda nesta linha teórica, *Reale Júnior* considera que o bem jurídico será na verdade um valor, cujo desprezo provoca uma danosidade social de tal ordem que determina a sua protecção pelo DP; também *Tavares* entende (manifestando-se contra o entendimento do bem jurídico enquanto função) que se deverá falar aqui de um valor da pessoa¹⁹¹.

¹⁸⁹ Para os respectivos autores, v. WELZEL, Hans, *Derecho Penal*, pág. 4 ss; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. neu bearbeitete Auflage, Berlin, De Gruyter, 2004, pág. 6 ss; BECK, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pág. 83 ss; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2015, pág. 37; NIGGLI, Marcel, “Ultima ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt "subsidiären oder sekundären Natur" des Strafrechts“, *in* Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, No. 111 (3), 1993, pág. 243 ss; Díez RIPOLLÉS, José, “El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista”, *in* Jueces para la Democracia, nº 30, 1997, pág. 17.

¹⁹⁰ Com mais detalhe, FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 167.

¹⁹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pág. 7 ss e 256 ss; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. neuarbeitete Auflage, Tübingen, Mohr, 1975, § 30 ss; JÚNIOR, Miguel Reale, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pág. 22 ss; TAVARES, Juarez, *Teoria do Injusto Penal*, 2ª Edição revista e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pág. 197 ss.

Este entendimento não determina, no entanto, o que se deve ter por valioso, nem oferece critério para tal; para além disso, ao definirem-se os valores a proteger aparentemente num ambiente livre de considerações da política ou do Direito, isso faz com que esses valores possam nem sempre ter uma verdadeira relação com a vida social (essa valoração não corresponde ao somatório das valorações individualmente consideradas de cada indivíduo, mas sim a uma valoração colectiva)¹⁹².

A definição do bem jurídico como *interesse* comporta já em si a existência de dois elementos que o compõem: um interesse será sempre o reflexo de uma valoração sobre uma realidade (seja corpórea ou incorpórea), o que implica a referência implícita a uma outra questão, que será a da titularidade desses interesses – ou seja, para quem assumem relevância esses interesses; o interesse é, por isso, um conceito relacional, que se reporta à relação entre o sujeito e o concreto bem do mundo exterior em questão. A este respeito, define *Pfenninger*, ironicamente¹⁹³, interesse como o juízo de valor efectuado por parte do interessado (ou titular do interesse / bem jurídico) acerca de um objecto do mundo exterior – este interesse não é avaliado (nem poderia ser, em verdade) em relação a uma determinada pessoa, mas sim àquilo que um colectivo normalmente lhe imputa (ao indivíduo ou sociedade) como sendo seu interesse. Já *von Hirsch* recorre ao conceito de “recursos”¹⁹⁴ para definir interesse, correspondendo este à reivindicação que alguém possui quanto à manutenção da integridade de um recurso seu. *Lenckner*, por sua vez, não faz coincidir totalmente o bem jurídico com um interesse, mas propõe uma ponderação de interesses (em vez de bens), sendo que aquele corresponde a um “algo”, que define de seguida como sendo um valor em cuja realização ou manutenção o sujeito se encontra interessado¹⁹⁵. *Hassemer*, considerando que o bem jurídico corresponde a um interesse das pessoas protegido pelo Direito Penal, restringe-o a interesses apenas individuais, excluindo todos os colectivos que não se encontrem de alguma forma funcionalizados ao indivíduo¹⁹⁶; e para *Mir Puig* o bem jurídico identifica-se com interesses sociais, consubstanciando-se estes nas condições necessárias à participação dos indivíduos na vida social¹⁹⁷.

Para *Koriath*, que discorda desta visão, identificar o bem jurídico com um interesse penalmente protegido é, na verdade, confundir o *objecto valorado* (bem) com o *critério de*

¹⁹² FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 170, em maior pormenor.

¹⁹³ A ironia encontra-se na circunstância de este autor pretender oferecer uma alternativa à teoria do bem jurídico – FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 172.

¹⁹⁴ Os recursos, para von Hirsch, podem ser “activos” (*assets*) ou “capacidades” (*capability*) – HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing in Criminalization Theory”, *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, 2014, pág. 249. Devido à ligação da posição deste autor com o *harm principle*, mais detalhes acerca desta concepção poder-se-ão encontrar também no respectivo capítulo.

¹⁹⁵ LENCKNER, Theodor, “Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung”, *in* *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1985, pág. 301.

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una Teoría...”, pág. 282.

¹⁹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases...*, pág. 135.

valoração (interesse)¹⁹⁸. Para além disso, critica-se ainda que, em termos psicológicos, apenas os indivíduos poderão ser capazes de atribuir valor a algo, e dessa forma deter um interesse, sendo por isso incorrecto incluir aqui a protecção de interesses colectivos – esta consideração faz com que o conceito de “interesse” (e logo, o de “bem jurídico”) se torne numa fórmula neutra vazia de conteúdo, funcionando apenas como um meio de comunicação de valorações¹⁹⁹, e não permitindo inclusive que se ponderem os variados interesses entre si.

O bem jurídico enquanto *unidade funcional* encontra o seu ponto de conexão na sociedade, em vez do indivíduo, e apresenta-se dividido numa parte formal e outra material. Assim, para *Welzel* o bem deveria ser identificado com um “bem da vida”, especificando depois que este deveria corresponder a uma situação ou estado social desejado (o que se retira da relação estabelecida, na sua teoria, entre o bem e o valor de acção); *Rudolphi* considera, por sua parte, que o Direito deverá proteger a ordenação social existente, retirando-se o seu carácter de unidade funcional da afectação dos bens jurídicos à Constituição (e à conformação daqueles em relação a esta). Nesta linha conceptual inserem-se ainda *Fiandaca* e *Musco*, para quem o necessário carácter dinâmico do bem jurídico é melhor reflectido pelo realce da sua função de permitir a realização de “objectivos úteis” para o sistema social; e por último, também *Otto* coloca em destaque a função do bem jurídico, o qual permite, através da relação estabelecida entre a pessoa e um valor da comunidade onde se insere, o seu livre desenvolvimento no seio (e com a aprovação) dessa sociedade, sendo por isso verdadeiras “unidades funcionais sociais”²⁰⁰.

Nestas teorias, o bem jurídico não se afigura como um conceito rígido, adaptando-se antes às especificações da sociedade em questão; para além disso, as teorias sociológicas descrevem não o que deve ser, mas antes o que efectivamente é, não sendo por isso capazes de fornecer um critério do que deveria ser considerado um bem (jurídico)²⁰¹.

Por último, existe ainda quem considere que o bem jurídico se identifica com a *norma penal* ou a sua *vigência*: a agregação do tratamento destas duas concepções reside no facto de uma norma, pela sua natureza, não ser independente da sua vigência. Assim, já *Binding* considerava que a norma seria o bem jurídico penalmente relevante, e *Köhler* afirma que será já o facto considerado valioso e a necessidade de o respeitar que dele decorre. Para *Jakobs* existem determinadas expectativas normativas, que servem o funcionamento da sociedade, que ao serem defraudadas exigem a reafirmação da sua vigência; e *Freund*, argumentando que

¹⁹⁸ KORIATH, Heinz, “Zum Streit um den Begriff...”, pág. 563 ss.

¹⁹⁹ Valorações essas que, já não se podendo dirigir a um indivíduo concreto, podem simplesmente ser atribuídas a uma “pessoa média” – críticas em FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 175 ss.

²⁰⁰ Posições doutrinárias em WELZEL, Hans, *Derecho Penal*, pág. 5 e 6; RUDOLPHI, Joachim, “Die verschiedenen Aspekte...”, pág. 151 ss; FIANDACA, Giovanni ed MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Settima Edizione, Bologna, Zanichelli, 2014, pág. 12 ss; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, pág. 6 ss.

²⁰¹ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 180 e 186.

a tutela oferecida pelo Direito Penal seria sempre ineficaz e tardia em relação aos “bens” que supostamente se pretendem defender, afirma que o único bem ainda capaz de ser protegido pelo DP é a validade da norma de comportamento infringida pelo crime. *Kindhäuser*, por último, à semelhança do anterior autor, considera que as normas sancionatórias se dirigem na verdade ao reconhecimento das normas de comportamento, essas sim com uma função direccionada à protecção de bens²⁰².

Esta concepção não apresenta, para a teoria do bem jurídico enquanto tal, qualquer vantagem, uma vez que o único resultado a que conduzem é a afirmação última de que a norma se protege a si mesma (o que acaba sempre, ainda que indirectamente, por fazer, independentemente da existência de uma teoria para o justificar); por outro lado, através destas teorias não se permite a valoração adequada e distinção entre normas que leva a que diferentes níveis de sanção sejam requeridos, por não se poder logicamente afirmar que uma determinada acção (descrita na norma) seja “mais proibida” do que outra²⁰³.

Analizadas as várias possibilidades de identificação do substrato de bem jurídico (aquela realidade onde assentará o juízo de valor), é chegado o momento de optarmos por aquela que será o ponto de referência para a expressão “bem jurídico” ao longo deste estudo²⁰⁴. Por nossa parte, consideramos que “interesse” será o que melhor espelha as características que deverão estar presentes num conceito de bem jurídico que deverá ser necessariamente *dinâmico*, de forma a acompanhar a evolução da sociedade; *relacional*, pois toda e qualquer parte do Direito é obrigatoriamente um fenómeno social, implicando desta forma a identificação obrigatória de um titular do interesse em causa – e logo, do bem jurídico; e *valioso*, incluindo já a expressão “interesse” a valoração positiva concedida ao substrato em causa, razão pela qual deverá ser, em última instância, defendido pelo Direito Penal²⁰⁵.

Neste sentido, concordamos, no que para aqui releva, com a definição dada por Figueiredo Dias, que inicia por definir bem jurídico como “expressão de um interesse [...] na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem”²⁰⁶, ao que poderíamos acrescentar, quanto à densificação do substrato desse interesse, as “condições ou finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais

²⁰² KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 1997, pág. 24 ss; JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas, 2003, pág. 47 ss; FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin, Springer, 1998, § 1; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pág. 36 ss.

²⁰³ FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 182.

²⁰⁴ Devidamente complementada pelas considerações que ainda serão tecidas em relação aos restantes elementos integrantes da noção de bem jurídico.

²⁰⁵ De certa forma concordamos com ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime. A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests”, *in* Duquesne University Law Review, no. 4, 1966, pág. 377, quando este separa, na noção de bem jurídico, o valor do substrato, correspondendo este último a qualquer objecto, relação ou facto que, depois, demonstre ser valioso para quem o valora.

²⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 114.

e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade²⁰⁷ – não são, por isso, posições incompatíveis, pese embora a totalidade da definição de Figueiredo Dias faça referência a todos os elementos do bem jurídico de forma mais explícita, conforme iremos, a seu tempo, analisar.

A realidade subjacente ao interesse corresponde, deste modo, ao “conteúdo material”²⁰⁸ do conceito, ao seu “*Sein*aspekt”, enfim, à sua dimensão existencial²⁰⁹.

b) A titularidade do bem

Como foi acima referido, para o bem jurídico releva também a questão de saber quem é o seu titular, uma vez que ao Direito Penal não deve interessar a defesa de valores abstractamente considerados²¹⁰, mas sim a defesa dos interesses (com dignidade penal) de quem possa legitimamente ser apontado como titular dos mesmos²¹¹.

A titularidade dos bens jurídicos é muitas vezes associada à *disponibilidade* sobre os mesmos – ou seja, quem pode (ou *se se* pode) consentir na sua afectação –, o que levou à divisão entre bens jurídicos individuais e bens jurídicos colectivos; também a característica da *não distributividade* dos bens jurídicos determina a separação entre aqueles que são individuais e colectivos, já que estes últimos não são susceptíveis de divisão ou atribuição individual, sendo disfrutados por todos sem que a sua utilização possa ser *fraccionada* (porção por pessoa), *exclusiva* (no sentido de não se poder excluir ninguém do seu uso), ou ainda *concorrente* com a utilização de uma outra pessoa²¹².

²⁰⁷ Definição de bem jurídico de Roxin, em ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico como padrão crítico da normal penal posto à prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, Nº 1, 2013, pág. 12.

²⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 115.

²⁰⁹ D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition: A Study of Axel Honneth’s Social Theory”, in *Droit et société*, Vol. 2, nº 78, 2011, pág. 334. Os autores, referindo-se explicitamente à opinião de Figueiredo Dias e Jescheck e Weigend, acabam por concordar com estes últimos autores, explicando, no entanto, que o valor representado pelo bem jurídico deverá assumir uma qualquer corporização, de forma a poder ser ofendido pelo crime, e sendo este “processo através do qual o bem jurídico se torna concreto [...] fundamental para o seu potencial crítico” – *ibid.* Por nossa parte, a identificação do bem jurídico com “valor” continua a demonstrar uma certa desconsideração pelos seus elementos constitutivos como um todo, exaltando apenas um deles, apesar de tentarem aqui inverter o processo que seria normal (realidade sujeita a valoração) ao conceder que o valor necessita de corporização (valoração sujeita a corporização).

²¹⁰ “[...] was am Ende bedeutet, dass von Rechtsgüterschutz nur die Rede sein kann, wenn sich in hinreichender Konkretheit nicht nur ein zu schützendes Rechtsgut, sondern auch ein entsprechender Rechtsgutsträger benennen lässt” – HEINRICH, Manfred, “Strafrecht als Rechtsgüterschutz...”, pág. 150. Este autor associa ainda a possível identificação dos bens jurídicos aparentes à inexistência de um titular a que se possa vincular os mesmos: “Eigentlicher Grund für das Nichtgegebensein strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes ist in diesen Fällen nach meinem Dafürhalten, dass sich hier nicht mit hinreichender Konkretheit ein Rechtsgutsträger als taugliches Subjekt legitimen Rechtsgüterschutzes benennen lässt” – *ibid.*, pág. 151.

²¹¹ Esta questão, ainda que pareça óbvia, para algumas concepções do bem jurídico não seria central – p. ex. para quem entenda o bem jurídico enquanto norma ou vigência da mesma, já que o titular afectado seria sempre o Estado ou a comunidade.

²¹² PAIVA, Elky, “Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal”, Editorial Astrea, 2010, pág. 7. Quanto a esta questão adverte Luís Greco que a “soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico colectivo, porque este é [...] indivisível entre diversas pessoas”, apontando, como exemplo, o ambiente ou a probidade da Administração Pública como verdadeiros bens jurídicos colectivos, mas a saúde pública como um “pseudo-bem colectivo”, já que esta é apenas a

As teorias acerca da titularidade dos bens jurídicos podem ser qualificadas como *monistas* – quando por princípio só admitem um titular, seja este o indivíduo ou a sociedade – ou *dualistas* – quando se admite a existência de mais do que uma possibilidade de titularidade, dependendo do bem jurídico em causa²¹³; as teorias monistas são ainda, por vezes, distinguidas segundo o titular que reconhecem, existindo por isso, nessa perspectiva, teorias *monista-pessoal* ou teorias *monista-estatal* ou *colectivista*²¹⁴.

Nas teorias monistas, para os autores que defendem a exclusividade pessoal da titularidade de bens jurídicos, estes deverão ser apenas individuais, só se admitindo a defesa de bens jurídicos colectivos quando estes se dirigem, de algum modo, também à defesa do indivíduo; quando correspondem a um interesse deste. Como exemplos de autores que defendem uma concepção monista pessoal temos Hassemer²¹⁵, Mir Puig²¹⁶, Rudolphi, Marx²¹⁷, e ainda em certa medida Roxin, cuja definição de bem jurídico aponta somente para o indivíduo e sua realização, apesar de a tentar adequar aos novos desafios colocados ao Direito Penal com a menção ao funcionamento do sistema estatal que deverá assegurar a livre utilização dos bens individuais pelo seu titular²¹⁸.

Já para quem defende a visão colectivista, o Direito Penal deverá ser utilizado em primeira linha para defesa da sociedade ou do Estado, beneficiando desta vez o indivíduo

soma das várias integridades físicas pertencentes às pessoas individuais – GRECO, Luís, “ ‘ Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstracto – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 12, nº 49, 2004, pág. 115.

²¹³ Este será o entendimento normal do monismo e dualismo no tema da titularidade do bem jurídico; Hassemer, no entanto, liga esta classificação não à singularidade ou pluralidade de possíveis titulares, mas sim aos requisitos para a determinação dessa titularidade – ou seja, se existe apenas um princípio utilizado para determinar a titularidade, ou se, pelo contrário, existem vários. Esta posição é criticada por dar origem a categorias desiguais – v. FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 193.

²¹⁴ GRECO, Luís, “ ‘ Princípio da ofensividade’ ”..., pág. 103.

²¹⁵ Hassemer inclui-se na chamada Escola de Frankfurt, crítica da expansão do Direito Penal e que defende um retorno ao DP clássico, o que inclui, entre outros princípios orientadores, o facto de se protegerem, através de normas penais, apenas bens jurídicos individuais – de tal forma que foi apelidada de teoria do “Big Crunch”, em analogia à correspondente teoria de astrofísica – PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna Teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, in RIPOLLÉS, José; CAABONA, Carlos; MARTÍN, Luis e GUIMERA, Juan (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 396 ss.

²¹⁶ Ambos os autores referidos em QUIRÓS, Justo, “Bien jurídico ‘penal’ contenido procedimental y nuevo contenido material”, in Revista de Investigación Jurídica, Vol. 1, 2011, pág. 24 e 25; v. ainda as já referidas obras de HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una Teoría...”, e MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases...*

²¹⁷ BECHARA, Ana Elisa, “O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal actual”, in Revista Liberdades, nº 1, Maio-Agosto 2009, pág. 23 ss; v. também as citadas obras de RUDOLPHI, Joachim, “Die verschiedenen Aspekte...”; MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs...*

²¹⁸ Apesar de voltada para o *harm principle*, e de a sua posição ser mais aprofundadamente estudada no respectivo capítulo, também Nina Persak concorda com uma linha de pensamento monista pessoal, acreditando que, se nenhum “mal” pode ser feito ao Estado enquanto tal (enquanto entidade abstracta), então nenhuma criminalização para a sua exclusiva protecção se pode considerar legítima; do mesmo modo, em relação à comunidade pergunta se existirão na verdade alguns valores, objectivos, interesses que sirvam apenas a comunidade e não também o indivíduo, pelo que também desconsidera essa possibilidade de titularidade – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, New York, Springer, 2007, pág. 51 e 52.

apenas de uma protecção lateral, de acordo com as necessidades e interesses da comunidade. Esta posição doutrinal raramente é defendida, identificando-se no entanto, p. ex., Binding enquanto autor pertencente a esta corrente²¹⁹.

A maior crítica às linhas de pensamento monistas prende-se com o facto de o Direito Penal conter normas de natureza variada que não seguem uma teoria única, sendo por isso as concepções monistas incapazes de explicar convenientemente a sua existência, e logo, tornam-se insusceptíveis de serem aplicadas consequentemente²²⁰.

Nas teorias dualistas são admitidos bens jurídicos pertencentes aos indivíduos, assim como bens jurídicos colectivos, os quais são igualmente legítimos e não se devem reduzir à sua potencial dimensão de interesse individual²²¹ – daí, na definição que temos vindo a dissecar, a menção a “interesse, da pessoa ou da comunidade”²²². Esta posição é hoje maioritariamente defendida, contando com nomes como Tiedemann²²³, Schünemann, Hefendehl, Figueiredo Dias²²⁴ e Jescheck²²⁵.

Para que se entenda melhor esta questão, faremos aqui um breve excuro de modo a explicar o surgimento e necessidade (ou não) da existência de bens jurídicos colectivos defendidos pelo Direito Penal moderno.

α) Algumas questões em torno dos bens jurídicos colectivos

As transformações sociais que se verificaram nas últimas décadas, dando origem ao que ficou conhecido como “sociedade do risco” (expressão cunhada por Ulrich Beck²²⁶), clamaram igualmente por uma transformação no Direito Penal – já não mais, dizia-se, se poderiam utilizar os postulados de um DP liberal assente na protecção dos indivíduos de riscos decorrentes de acções humanas temporal e geograficamente próximas, quando os riscos agora procediam (procedem) de fenómenos humanos inseridos numa sociedade tendencialmente

²¹⁹ BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl.; GRECO, Luís, “ ‘Princípio da ofensividade’ ”..., pág. 104. No espaço brasileiro identifica ainda este autor as opiniões de Sérgio Shecaria e Alceu Corrêa Jr. – *ibid*, nota 49.

²²⁰ FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 195.

²²¹ GRECO, Luís, “ ‘Princípio da ofensividade’ ”..., pág. 103.

²²² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 114. Quanto à relação do bem jurídico com a comunidade, extensivamente, v. FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 365 ss.

²²³ Acerca da sua teorização e também em geral sobre autores em relação às teorias dualistas, v. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de, *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (Des)criminalização, redacção típica e (in)ofensividade*, São Paulo, IBCCRIM, 2008, pág. 126 ss.

²²⁴ GRECO, Luís, “ ‘Princípio da ofensividade’ ”..., pág. 103, com mais referências.

²²⁵ ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 460; JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*.

²²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 134; v. BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

global, complexa, tecnológica e anónima²²⁷; a consideração crescente, por parte do Direito Penal, pela vítima, e a almejada unificação legislativa (num sentido cada vez mais global) seriam também processos tendentes a imprimir à lei penal um carácter menos garantista e mais expansivo, flexível, e propulsor de valores²²⁸ (ao invés de protector de bens jurídicos)²²⁹. Entre os muitos problemas teóricos que isso representou para o Direito Penal²³⁰, iremos centrar-nos apenas na crise que originou para o conceito do bem jurídico.

A nova sociedade, inserida num contexto global diametralmente distinto daquele que originou o Direito Penal liberal²³¹, fez com que a própria lei penal apresentasse características²³² diversas das tradicionais, o que levou a que a doutrina procurasse dar respostas para a conciliação do DP com essas novas exigências sociais – e essas respostas dirigiram-se em duas direcções opostas, havendo autores que resistem à modernização e outros que a acompanham²³³.

²²⁷ PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones...”, pág. 400 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 134 ss.

²²⁸ Também a política criminal se viu alterada, exibindo agora tendências como a descriminalização dos crimes anti-globalização, e a globalização da cooperação judicial, policial, e da justiça criminal – v. de forma completa GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, in RIPOLLÉS, José; CAABONA, Carlos; MARTÍN, Luis e GUIMERA, Juan (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 334 ss.

²²⁹ PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones...”, pág. 401; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 135; BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 205 ss.

²³⁰ Como por exemplo de imputação, e de tutela penal antecipada – sobre este tema e a sua relação com a tutela da segurança, com críticas e exemplos, v. HASSEMER, Winfried, “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, in MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, pág. 25 ss. Mais sobre a relação entre o Direito Penal e sociedade de risco com MACHADO, Marta, *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, IBCCRIM, 2005 (salientando também a sensação de insegurança presente nas sociedades hodiernas).

²³¹ Para uma análise desse contexto, de forma compreensiva e sucinta, v. GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, pág. 331 ss.

²³² Para além de problemáticas e novas exigências, também se observam algumas transformações no próprio DP, como: a globalização dos crimes, dos autores, dos bens jurídicos, das penas de prisão, da desformalização da justiça penal, e o agravamento do Direito Penal; quanto às suas características, apontam-se agora uma tendente criminalização, em vez de movimentos de descriminalização, frequentes alterações às leis penais, protecção institucional preferente à individual, utilização mais frequente de crimes de perigo (sobretudo abstracto), erosão do conteúdo da norma de conduta, entre outros – v. neste contexto GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, pág. 336 ss. Existe ainda uma determinada expansão do DP, expansão essa em três frentes: *expansão extensiva*, que diz respeito à intervenção penal em novos âmbitos e temas em que antes não interferia e também à antecipação da tutela penal em relação ao dano efectivo do bem jurídico; *expansão intensiva*, relacionada com o endurecimento das sanções penais, na crença que esse incremento sancionatório irá resolver os problemas sociais em causa; e *expansão selectiva*, que diz respeito ao tratamento menos garantista ou especial que se concede a determinados autores, tendo em conta elementos de perigosidade criminal (como “terroristas” ou “organizações criminosas”) – distinção em SÁNCHEZ, Bernardo, “Transformación del Derecho Penal por la Protección de la Estabilidad Financiera Internacional como bien jurídico global?”, in Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Vol. 16, 2012, pág. 116.

²³³ Mencionando também vários autores, v. DÍAZ, María, “Sociedad del Riesgo e intervención penal”, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Vol. 16, nº 8, 2014, pág. 6 ss.

As variadas tentativas de solução²³⁴ passaram, por um lado, por reforçar um posicionamento monista-pessoal, mantendo a utilização do Direito Penal para o seu núcleo clássico, e preconizando o emprego de outros ramos do Direito para regulação desses novos riscos; uma outra linha de pensamento afasta a utilidade do conceito de bem jurídico neste contexto, devendo ser o DP do bem jurídico substituído por um DP do risco, ou um DP do comportamento²³⁵. Existem depois as teorias que procuram ainda conservar o conceito de bem jurídico, advogando: a criação de uma “periferia” penal mais flexível do que o núcleo do Direito Penal, para a qual se remeteria a tutela desses novos riscos; a existência de bens jurídicos que, apesar de colectivos, apresentam ainda um referente pessoal, pelo que poderiam ser ainda integrados na protecção penal²³⁶; ou ainda bens jurídicos instrumentais, cuja tutela se dirigiria à protecção de outros valores (valores-fins), assegurando as condições necessárias à fruição destes²³⁷.

No entanto, a defesa de uma teoria dualista quanto à titularidade dos bens jurídicos parece resolver (pelo menos no que a este tema em específico diz respeito) o problema, não

²³⁴ Seguir, neste tema, em particular DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 137 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pág. 164 ss; BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 216 ss.; VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 34 ss; e ainda MACHADO, Fábio e GIACOMO, Roberta, “Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a protecção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco”, in *Revista Liberdades*, nº 2, Setembro-Dezembro 2009, pág. 39 ss.

²³⁵ Esta última proposta por Stratenwerth, passando o Direito Penal, para que consiga tutelar as gerações futuras, a penalizar relações da vida enquanto tais, perdendo deste modo o seu referente ao bem jurídico e afastando assim os problemas decorrentes da aplicação dos conceitos de perigo e dano – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 140. Para mais desenvolvimentos quanto à sua posição, v. também STRATENWERTH, Günter, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, in ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike und SCHUMANN, Heribert (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998; KRÜGER, Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, Dunker & Humblot, 2000, pág. 99 ss; e ainda, sobre o tema, DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras”, in SILVA, Luciano Nascimento (coord.), *Estudos Jurídicos de Coimbra*, Curitiba, Juruá Editora, 2007, pág. 21 ss.

²³⁶ Ao contrário daqueles que são puramente institucionais e que não possuem, por isso, qualquer relação com o indivíduo – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 142. V., em relação a Hassemer, KRÜGER, Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, pág. 62 ss – este autor critica ainda a posição monista pessoal extremada, afirmando que a progressiva abstracção do bem jurídico não se coaduna com a defesa de um conceito transcendente ao sistema derivado de uma teoria pessoal – *ibid.*, pág. 78.

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 143 e também BALCARCE, Fabián, “Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico criminal”, pág. 6. V. ainda, com mais detalhe, COSTA, António Almeida, “Comentário ao art. 372º”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 660 / 661, e COSTA, António Almeida, “Sobre o crime de corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos”, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1987, pág. 90 ss, onde se pode ler, em relação a estes bens jurídicos: “Trata-se de bens jurídicos que, consubstanciando, em si mesmos, objectivos organizatórios e funcionais, via de regra, encontram o seu campo privilegiado no direito de mera ordenação-social. A respeito de alguns deles verifica-se, todavia, uma *fusão íntima* com os bens jurídicos fundamentais a que servem de suportes, como consequência de se mostrarem indispensáveis à respectiva conservação. Nesse caso, a sua protecção acaba por se confundir com a salvaguarda dos valores a que servem de «instrumento», circunstância que justifica a sua «absorção» pelo direito penal e a correspondente qualificação como bens jurídico-criminais” (sublinhados do autor).

sendo por isso necessário prescindir²³⁸ ou mesmo adaptar esse conceito para conseguir responder aos desafios que hoje lhe são colocados. De facto, a consideração dos bens jurídicos colectivos enquanto verdadeiros bens jurídicos carentes de protecção parece ser tanto legítima quanto necessária²³⁹, constituindo estes a expressão de uma multiplicidade de interesses, ainda que esses não possam ser concretamente individualizáveis como acontece nos bens jurídicos individuais.

Não obstante todas as dificuldades²⁴⁰ que podem representar para a estrutura típica do delito, as quais só serão resolvidas com um estudo e debate aprofundados sobre possíveis soluções, na verdade não podemos senão concordar com a existência de verdadeiros interesses colectivos, e logo com a necessidade da sua protecção através do Direito Penal, de acordo com as mesmas regras e restrições²⁴¹ a que se encontram sujeitos os interesses individuais. Também não nos parece que a defesa de bens jurídicos colectivos represente um risco acrescido de protecção de concepções puramente morais, ou de imposição de uma certa ordem social²⁴²: como em qualquer incriminação, deve ser escrutinada a existência de um verdadeiro bem jurídico-penal necessitado de protecção na norma em apreço, porque também no caso dos bens jurídicos individuais existem normas que protegem bens jurídicos aparentes, concepções puramente morais ou tabus sociais²⁴³, pelo que não é a *qualidade* (colectiva ou individual) do

²³⁸ Como afirma CORRAL, José, “La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal Liberal: Contornos e Proyecciones a partir de una Concepción Personalista”, in Revista Jurídica, Edición 29, 2011, pág. 354: “No es posible que un concepto que haya servido con tanto éxito en diferentes momentos históricos del discurso penal, palidezca ante las necesarias evoluciones de los entramados culturales en las sociedades contemporáneas”.

²³⁹ Afirma Figueiredo Dias que a sua legitimidade advém, tal como nos bens jurídicos clássicos ou individuais, da sua conformação com os valores constitucionais, e a necessidade da sua protecção através do Direito Penal poderá ser aferida pelo cumprimento ou não da normal função de prevenção geral do DP, tanto negativa quanto positiva – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 151.

²⁴⁰ A questão parece ser, na maior parte das vezes, não o problema teórico representado pela existência de bens jurídicos colectivos em si, mas sim o que estes implicam, nomeadamente quanto à imputação, a uma pessoa, de uma acção lesiva ou de colocação em perigo de um bem colectivo; da determinação da fronteira de “lesividade social” que impõe a intervenção própria do Direito Penal – sobre isso, SÁNCHEZ, Bernardo, “Transformación del Derecho Penal...”, pág. 117. Para além disso, são levantadas ainda problemáticas quanto à determinabilidade dos mesmos, colocando dificuldades ao princípio da legalidade, e à estrutura delictiva de acumulação a que muitas vezes dão lugar – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 151 ss, e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pág. 178 ss; também sobre o tema, v. LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 77 ss.; e CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 203 ss.

²⁴¹ Referimo-nos aqui, p. ex., ao critério da necessidade de pena, de *ultima ratio*, da legalidade, etc. – sem com isto querermos postular que as características próprias destes bens jurídicos não possam implicar alguma especificidade na aplicação de algum princípio clássico do Direito Penal, desde que a sua adequação à Constituição seja verificada.

²⁴² Apesar de se referir aos bens jurídicos universais, a mesma preocupação poderia ser levantada quanto aos bens jurídicos colectivos – v. SÁNCHEZ, Bernardo, “Transformación del Derecho Penal...”, pág. 111.

²⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 152, mencionando, ademais, que o “conteúdo integral do ilícito dos delitos colectivos terá frequentemente de se exprimir em função de normas extra-penais, nomeadamente administrativas”, no que chama de cláusula de acessoriedade administrativa. Para além disso, como veremos em sede própria, a criminalização do incesto na Alemanha, p. ex., embora seja considerada ilegítima por parte dos estudiosos do Direito Penal, continuou a ser julgada conforme à Constituição – o que significa que neste caso, apesar de vários motivos terem sido apontados para justificação da existência da

bem jurídico que determina o abuso ou não desse conceito, mas antes a aplicação do mesmo na sua função crítica do sistema penal, determinando se existe, ou não, alguma realidade merecedora de protecção subjacente à norma.

Da mesma forma, esses interesses colectivos não devem ser dignos de protecção penal apenas porque servem algum interesse da pessoa individualmente considerada: aqueles são valiosos por si mesmos, pese embora se concretizem na “possibilidade de gozo” individual, que se pode dizer consubstanciar o interesse pessoal existente (em abstracto, não individualizável) na protecção do bem jurídico colectivo²⁴⁴.

Após este breve excurso onde se espera, mesmo com todas as questões que se possam suscitar, terem ficado claros os motivos pelos quais é necessária a existência de bens jurídicos colectivos, devemos então concluir que a solução para o surgimento de novas preocupações ou interesses (como sempre acontecerá com o decorrer do tempo em qualquer sociedade) não passa, pelo menos não nos parece que seja necessário, pela renúncia ao dogma do bem jurídico em Direito Penal; também não se evita o problema negando simplesmente a existência de bens jurídicos colectivos²⁴⁵.

Do que hoje se trata, mesmo que sob o enfoque de uma “sociedade do risco” é, ainda, da “protecção – fragmentária, lacunosa e subsidiária – de *bens jurídicos* [...]”²⁴⁶; e ainda que em determinadas situações se faça referência a um Direito Penal do comportamento (concorde-se ou não com a legitimidade do mesmo), “a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nesta medida se

norma, o que existe de facto é (no âmbito de um campo do DP considerado tradicional, e sem relação com as novas problemáticas da sociedade moderna) a criminalização de um tabu social.

²⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 150, referindo como exemplo a eventual necessidade de protecção de uma espécie animal que não revela particular relevância para o ser humano individual, mas cuja extinção ou exposição a um dano grave reflecte, ainda assim, a lesão de um bem jurídico colectivo. Uma das críticas aos bens jurídicos colectivos é precisamente o seu carácter abstracto, devendo antes a manutenção da sua função crítica depender de um “adequado processo de concretização”, para que não redunde na (inadmissível) punição da mera desobediência à norma – D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition...”, pág. 335. Se até aqui se concorda com esta afirmação, aquilo com que não conseguimos concordar, por tudo o que foi anteriormente exposto, é os bens jurídicos colectivos serem enquanto tal considerados apenas quando funcionalizados ao indivíduo – conforme HEFENDEHL, Roland, “Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 4, nº 14, 2002, pág. 8.

²⁴⁵ Opinião também de HEFENDEHL, Roland, “Debe ocuparse el Derecho...”, pág. 6 – apesar de este autor advertir que o reconhecimento da existência de bens jurídicos colectivos não pode significar a invenção de um qualquer bem colectivo de cada vez que “se considere necessário criar um novo tipo delitivo”, afirmando por isso que será importante distinguir aqueles bens jurídicos (verdadeiros) das “construções doutrinárias duvidosas” (como p. ex. a segurança colectiva ou a protecção do crédito). Também mencionando esta questão, AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 249.

²⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (etc.) (Org.), *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 377 (sublinhados do autor).

encontra legitimada”²⁴⁷. Concorde-se, portanto, com uma linha de pensamento dualista, ainda que deva ser exercida cautela ao nomear um bem jurídico colectivo digno de tutela penal, para que não se resvale para o erro de tentar forçosamente, em cada nova norma, identificar um bem jurídico (ainda que um falso, ilegítimo ou aparente bem jurídico) perdendo-se deste modo a função crítica do conceito.

Em relação às teorias dualistas da titularidade dos bens jurídicos, estas têm a vantagem de serem mais próximas da realidade, no sentido em que não definem um único ponto de legitimação das normas, e desse modo não padecem das mesmas dificuldades das teorias monistas ao serem confrontadas com as normas penais efectivamente existentes no ordenamento; por outro lado, levam a que possam ser formuladas várias teorias díspares, uma vez que já não existe a necessidade de se considerar “pessoa” e “comunidade” sob um único e uniforme referente – essas teorias terão que determinar ainda qual a relação estabelecida entre as diversas categorias de bens jurídicos²⁴⁸. De todo o modo, o facto de as teorias dualistas deterem actualmente um maior número de defensores parece demonstrar que o conceito de bem jurídico deve permanecer aberto²⁴⁹ à inclusão de realidades que adquiram a relevância suficiente para serem protegidas pelo Direito Penal.

2.3.2 O referente jurídico

Sabendo-se agora o que se quer significar com o “bem” e a quem pertence, passemos à questão do “jurídico” – na definição que temos andado a seguir, será a vez de analisar o excerto “[bem] em si mesmo *socialmente* relevante e por isso *juridicamente* reconhecido”²⁵⁰.

O substrato do bem jurídico, o interesse em que algo (estado, objecto, bem, condições, finalidades ou funcionamento de quem por eles zela) se mantenha, não determina só por si a sua necessidade de ser protegido através do Direito Penal, das suas sanções e tudo o que este implica em termos de censura. Por isso, numa primeira fase esse interesse deve ser *socialmente relevante* – ou seja, não poderá ser um interesse correspondente a apenas uma pessoa, ou a um grupo relativamente pequeno de indivíduos, já que o Estado, que irá posteriormente reconhecer esse interesse como valioso, necessitado e merecedor de protecção, é a representação de todas as pessoas pertencentes a uma determinada sociedade²⁵¹, e terá por isso

²⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 154. Eser também parece concordar com esta posição, quando afirma que “This is also true with regard to crimes *mala in se* and crimes *mala prohibita*. Though the degree of their social impact may be essentially different, the nature of their harm is alike: all contain an element of danger to or destruction of some legal interest” – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 411.

²⁴⁸ FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 197.

²⁴⁹ FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 199.

²⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 114 (sublinhados acrescentados).

²⁵¹ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 395. Não se deve confundir o que se acabou de afirmar com a questão dos supramencionados interesses individuais ou colectivos: um interesse individual ou individualizável (como a vida, a propriedade, etc.) são socialmente relevantes e passíveis de reconhecimento pelo Estado a partir do momento em que se revelem um interesse de todos ou da maioria, e tenham, nesse sentido, a “aprovação do público em geral” – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”,

que arbitrar independentemente entre a liberdade de cada um e a restrição desta em favor de outros interesses²⁵². Os interesses que não forem aprovados nesta primeira fase do reconhecimento social não serão, por isso, objecto sequer de consideração por parte do poder legislativo²⁵³.

Mas aqueles interesses que se revelem de facto socialmente relevantes, que sejam uma preocupação dessa comunidade, irão proceder para a fase seguinte, onde se deverá considerar a sua protecção através do Direito Penal: para tal, deverá ser aqui feita menção aos princípios que coadjuvam a ponderação quanto à necessidade de aplicação do DP a uma nova realidade.

a) Os limites externos do bem jurídico – princípios mediadores

Nas sociedades actuais, a produção de novas disposições de Direito Penal passa, antes ainda de entrar no procedimento legislativo, por um “complexo fenómeno sociológico”²⁵⁴ que pode ser dividido em 5 fases.

Em *primeiro* lugar denota-se um desajuste entre uma certa realidade e o ordenamento jurídico, desajuste esse que, sem que seja comprovada a sua veracidade, passa a fundamentar as opiniões que clamam pela alteração do ordenamento (em especial do ramo penal) para que responda a essa realidade. A *segunda* fase caracteriza-se pela generalização, na sociedade em causa, de sentimentos de preocupação e insegurança devido a esse presumido desajuste, muitas vezes difundidos pela comunicação social; de seguida (*terceira* fase), a definitiva mediatização da situação transforma esse suposto desajuste num verdadeiro problema para o qual deve ser encontrada uma solução. Na *quarta* fase destaca-se a intervenção dos grupos sociais de pressão, que pretendem dirigir a discussão social do agora problema para os seus próprios interesses (sendo ou não legítimos), fazendo propostas sobre o sentido que deveria adquirir a intervenção legislativa penal – intervenção essa que entretanto adquiriu já a necessária legitimação científico-social. Por fim, na *quinta* fase, o problema assim gerado entra na fase de elaboração de propostas de legislação concretas, seja por parte do Governo ou Parlamento, etapa esta que

pág. 396. Devemos ainda mencionar que as considerações que se têm vindo a tecer não implicam o não reconhecimento de verdadeiros interesses de minorias: nesse caso, e *apesar de constituírem um grupo minoritário* na sociedade em função de algum parâmetro (p. ex. minoria religiosa, minoria étnica, etc.), o que importa averiguar, em relação a este critério, é se um determinado interesse é partilhado pela maioria dos membros que integram essa minoria, para que depois se possa considerar a necessidade e adequação da sua protecção através de meios penais (como acontece com qualquer outro interesse socialmente identificado).

²⁵² ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 395 e 396: “the individual interest in universal freedom and the community’s interest in a maximum of security are never in so antithetical a tension as they are in criminal law. [...] As the number of interests protected by the criminal law increases, the sphere of personal initiative shrinks. This necessitates the balance of the interest which longs for protection against the loss of individual freedom which a criminal prohibition might bring.”

²⁵³ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 397, dando o exemplo do interesse de uma pessoa na utilização de melhor papel e tinta na impressão de jornais, de modo a não sujar a superfície onde os pousa: enquanto este não for um interesse da maioria da sociedade onde se encontra inserido, temporal e localmente situada, o legislador não poderá legitimamente considerar a sua protecção penal.

²⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José, “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista”, in OUVIÑA, Guillermo (etc.), *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pág. 440.

se caracteriza pela falta de transparência e controlo científico sobre os objectivos perseguidos, sobre a qualificação do fenómeno, sobre a adequação ou até conveniência dessa legislação – qualquer intervenção especialista limita-se a fornecer esclarecimentos sobre tecnicismos, sem que seja permitida qualquer consideração político-criminal²⁵⁵.

Mas o interesse social, para que seja protegido pelo DP, deverá ser também um interesse *legal* – isto é, avaliado independentemente pelo poder legislativo –, existindo para isso princípios que, pelo menos formalmente, devem ser respeitados. Referimo-nos aqui a todo um conjunto de princípios que, emprestando do estudo do *harm principle*, poderemos chamar de *princípios mediadores*, incluindo estes tanto aqueles que são *estruturais* do Direito Penal²⁵⁶, como da ofensividade, fragmentariedade, subsidiariedade (necessidade de pena ou *ultima ratio*), *de minimis* (ou bagatela), legalidade e proporcionalidade²⁵⁷; como ainda aqueles que são *conjunturais*²⁵⁸, como *in dubio pro libertate*, tolerância, ponderação de danos e vantagens, praticidade processual e de abstenção de tarefas de engenharia social.

b) Os limites “internos” do bem jurídico – o referente de “bem”

A relação entre os interesses socialmente tidos como relevantes e a sua protecção através da legislação penal (relação bem – Direito) passa ainda por determinar, dentro deste elemento jurídico, a proveniência desses interesses, o que dará origem a duas posições doutrinárias possíveis: ou o referente de “bem” é intra-sistemático, sendo por isso o bem jurídico simultaneamente *tudo* e *apenas* o que o legislador determinar que é bem jurídico; ou o referente é extra-sistemático, caso em que existirá, algures *fora* do ordenamento legislativo (apenas penal ou no seu todo) um referente que deverá ser respeitado quando se pondera uma nova criminalização (ou que determina a necessidade de descriminalização de uma conduta). Na primeira hipótese os bens jurídicos serão *imanes*, e na segunda *transcendentes*²⁵⁹.

²⁵⁵ Com DÍEZ RIPOLLÉS, José, “La contextualización del bien...”, pág. 440 ss. Esta questão é particularmente interessante no contexto europeu, onde se denota um estilo legislativo mais reactivo do que propriamente informado por princípios ou considerações político-criminais consistentes.

²⁵⁶ Pelo seu carácter geral, e não sendo esse o escopo deste estudo, limitar-nos-emos a referir os princípios sem nos determos a explicar os mesmos. Para mais desenvolvimento, v. p. ex. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*; também BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, ou outras obras de estudo geral sobre o Direito Penal; em específico sobre o princípio da ofensividade recomenda-se ainda o artigo de DONINI, Massimo, “Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei”, *in* *Diritto Penale Contemporaneo*, Vol. 4, 2013.

²⁵⁷ Para os bens colectivos ou supra-individuais é ainda referido, dentro do critério da necessidade de pena, o princípio da “danosidade social”, o qual não deve ser entendido no sentido que historicamente adquiriu (v. nesta questão p. ex. ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 460 ss.), mas sim como referência global a critérios criminológicos como os de “efeito espiral”, “perigo de contágio”, “imitação” ou “acumulação” – em VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 12. Sobre os princípios constitucionais relevantes para o DP, v. também MARQUES, Pedro Maia Garcia, “Direito penal do ambiente: Necessidade social ou fuga para a frente?”, *in* *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, 1999, pág. 178 ss.

²⁵⁸ Denominação de (e com mais desenvolvimento) DÍEZ RIPOLLÉS, José, “La contextualización del bien...”, pág. 444 ss.

²⁵⁹ Quanto à distinção, v. também LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 69 ss. Esta questão encontra-se intimamente ligada com o potencial crítico da teoria do bem jurídico, pois ao defender-se uma posição imanente ao sistema não se reconhece na prática qualquer limite ao poder legislativo advindo do bem jurídico, assumindo este apenas funções

Ao longo da história, e dependendo da orientação mais positivista ou mais naturalista dos autores, ambas as posições foram sendo defendidas²⁶⁰; há, então, quem entenda que os bens jurídicos são *criados*²⁶¹ pelo legislador, e autores que consideram que os bens jurídicos são apenas *reconhecidos*²⁶² pelo poder legislativo, existindo por isso uma valoração pré-positiva que deve ser respeitada. Naquilo que podemos considerar uma terceira hipótese neste tema – da qual nos passaremos de seguida a ocupar –, surge uma posição intermédia que considera que o bem jurídico deverá ser transcendente em relação ao conjunto das normas penais (para assim manter o seu potencial crítico), mas imanente em relação à ordenação valorativa superior no Estado: a Constituição²⁶³.

c) O referente constitucional do bem jurídico-penal

A legislação penal, de acordo com o que se entende ser a função do Direito Penal e os objectivos perseguidos com a imposição de sanções a determinados comportamentos, não é apenas um conjunto de acções proscritas no âmbito de uma sociedade; mais do que isso, a legislação penal contém em si uma específica função normativa, que se expressa precisamente no conjunto dos valores que essa sociedade pretende, nesse contexto temporal e geograficamente localizado, preservar²⁶⁴. Esse sistema ordenado e coerente de valores, contra o qual deve ser ponderada a adequação de uma nova criminalização, não se encontra isolado

interpretativas da lei penal; já o reconhecimento da existência de um referente externo ao ordenamento viabiliza a utilização do conceito de bem jurídico enquanto critério de legitimidade da lei penal, porquanto se pode verificar a adequação ou não de uma norma com aquele sistema de valoração. A teoria do bem jurídico enquanto tal só fará sentido, pensamos, se for entendida enquanto crítica ao ordenamento; de outro modo será apenas uma elaboradíssima forma de legitimar qualquer demonstração do poder legislativo.

²⁶⁰ V. sobre este tema, estudando de novo as posições dos vários autores, FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 203 ss.

²⁶¹ P. ex. Binding – BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl., pág. 340.

²⁶² P. ex. von Liszt – LISZT, Franz von, “Der Begriff des Rechtsgutes...”, pág. 134 ss. PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 109, compara-os a uma espécie de inverso dos crimes *mala in se*, sendo por isso bens *bona in se*, que englobariam bens preexistentes e novos potenciais bens que pudessem surgir na sociedade.

²⁶³ Existem várias sugestões quanto ao significado que deve adquirir esta relação do bem com o ordenamento jurídico: desde aquelas que consideram que estes só poderão resultar da lei positiva, àquelas que afirmam que os bens deverão ter um carácter pré-positivo, passando a ter natureza jurídica a partir do momento em que são reconhecidos e protegidos pelo Direito; de todo o modo, por muito convolutas que sejam as teorizações, a maior parte dos autores acaba por apontar a Constituição como último referente para o bem jurídico – para as opiniões de vários autores com desenvolvimento, v. FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 234 ss. Esta é a posição defendida hoje por Roxin, Rudolphi, e entre nós também por Figueiredo Dias, naquilo que qualifica como uma noção de bem jurídico trans-sistemática em relação ao sistema normativo jurídico-penal, e intra-sistemática em relação ao sistema jurídico-constitucional – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 116. Uma posição teórica similar será aquela que defende a adequação do Direito Penal às Declarações de Direitos Humanos, já acima referida – se bem que aqui com outro tipo de justificação, mantém a peculiaridade de se postular um conceito transcendente de bem jurídico em relação ao conjunto das normas penais, mas sistemático em relação a um outro sistema normativo (no caso, o sistema normativo internacional relativo aos direitos humanos).

²⁶⁴ Conclusões do estudo efectuado por Thomas Würtenberger e Dietrich Oehler – em ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 398.

dentro do ordenamento jurídico estatal: antes pelo contrário, tem que estar de acordo com a Constituição (já que esta é hierarquicamente superior), uma vez que nenhuma lei em contrariedade a esta poderá existir (o que inclui, claro, a lei penal)²⁶⁵.

A utilização da Constituição enquanto referente externo para a verificação da legitimidade da protecção penal de um bem jurídico justifica-se não apenas pela sua superioridade hierárquica legal, mas também porque representa o “conteúdo básico do acordo social”²⁶⁶, o sistema de valoração da sociedade, os objectivos que se devem perseguir, os princípios que devem informar a actuação dos poderes públicos – é neste sentido que se deve entender a referência à Constituição, enquanto “moldura abstracta” valorativa dirigida a orientar toda a actividade legislativa²⁶⁷; enquanto “Constituição material”²⁶⁸, se se preferir. Uma outra justificação para recorrer à Constituição poderá ser encontrada no facto de a pena determinada pelo DP afectar direitos e liberdades constitucionalmente consagrados, pelo que apenas interesses de igual valor poderiam justificar essa interferência e limitação²⁶⁹.

Mas para além do que até agora foi dito acerca desta relação entre Constituição e Direito Penal e da “correspondência de sentido”²⁷⁰ que se deve estabelecer entre ambos, existe ainda uma outra vantagem em ancorar o referente externo do conceito de bem jurídico-penal na lei suprema do Estado: permite-se desse modo fornecer um critério coerente para que se distingam entre aquelas criminalizações que deverão estar incluídas no DP de justiça ou clássico – acções que afectam direitos, liberdades e garantias das pessoas – das que deverão ser remetidas para o DP administrativo ou secundário – acções que afectam bens jurídico referentes a direitos sociais e económicos²⁷¹.

²⁶⁵ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 398. No mesmo sentido, a opinião do nosso Tribunal Constitucional: “[...] não obstante a larga margem conformadora que, neste domínio, deve ser reconhecida ao legislador, haverá sempre que concluir que a Constituição surge como o horizonte no qual há de inspirar-se, e por onde há de pautar-se, *qualquer programa de política criminal*” – Ac. TC 377/2015, ponto 9 (sublinhados no original).

²⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José, “La contextualización del bien...”, pág. 432. De tal forma é esta relação importante que alguns autores afirmam que a mudança de Constituição requer uma mudança de Código Penal – em FLACH, Michael, “A relação entre bem jurídico-penal e constituição”, *in* Sistema Penal & Violência, Vol. 2, nº 1, 2010, pág. 45, referindo-se a Luis Asúa.

²⁶⁷ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 399.

²⁶⁸ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*...», pág. 116. A Constituição material integra os “princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, mesmo que não expressamente positivados no texto constitucional” (MARQUES, Pedro Maia Garcia, “Direito penal do ambiente...”, pág. 172), ainda que numa Constituição extensa como a portuguesa haja uma “tendencial convergência entre Constituição material e formal” (CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*...», pág. 116).

²⁶⁹ DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, *in* Política Criminal, Vol. 6, Nº 11, Junio 2011, pág. 146. No mesmo sentido, QUIRÓS, Justo, “Bien jurídico ‘penal’...”, pág. 27, salientando a flexibilidade desta conexão à Constituição (nem todos os bens jurídicos estão expressamente referidos na Constituição, nem todos os interesses constitucionais são igualmente interesses penais – concordando com esta última afirmação, GRECO, Luís, “ ‘Princípio da ofensividade’ ”...”, pág. 100).

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 120.

²⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 121. Esta distinção releva para o tipo de tutela penal que é concedida nas diversas incriminações, e ainda para a distinção da esfera que se pretende proteger: por um lado, a esfera de actuação pessoal, e por outro, a esfera de actuação social do sujeito – *ibid*, pág. 121.

De entre os autores que defendem esta posição iremos destacar em primeiro *Rudolphi*, que afirma que o legislador penal não tem uma liberdade absoluta na eleição dos bens aos quais pretende conferir protecção penal, estando antes limitado nessa escolha pelos objectivos definidos pela Constituição – deste modo, é-lhe legítimo deixar bens constitucionais penalmente desprotegidos, mas não poderá defender através do Direito Penal bens que não se encontrem de acordo com os fins definidos constitucionalmente²⁷². Já *Roxin* mantém a função crítica do bem jurídico ao afirmar que apenas aquelas leis penais que encontrem correspondência no conteúdo constitucional poderão ser consideradas legítimas – este conceito de bem jurídico permanece imutável em relação a certas mudanças constitucionais, uma vez que a sua derivação da Constituição não se consubstancia, na opinião deste autor, na sua vinculação ilimitada à mesma: ou seja, mesmo no âmbito de um Estado totalitário o conceito de bem jurídico em si permaneceria obrigado a um conteúdo liberal, não se devendo identificar com o texto constitucional totalitário²⁷³. *Figueiredo Dias*, por seu turno, identifica o referente jurídico do bem penalmente relevante com a Constituição, mas deixa claro (ao contrário de Rudolphi) que essa referência não se limita ao texto escrito da mesma, antes dirigindo-se ao seu conteúdo material²⁷⁴.

Impõe-se agora questionar se o conceito de bem jurídico, assim ancorado na Constituição, se revela em si mesmo útil ou se, pelo contrário, seria dispensável, propugnando-se a suficiência simplesmente da Constituição enquanto critério de legitimidade da intervenção penal²⁷⁵. A esta questão deve responder-se que a Constituição não é, por si só, idónea a providenciar um critério de legitimidade para a lei penal, uma vez que, como referido, não existe uma total identificação entre os interesses constitucionais e os interesses necessitados de protecção penal – a partir daqui surgiu o dilema de saber se a Constituição exerce apenas uma *função negativa* (de delimitar o que *não* se pode criminalizar), ou se, pelo contrário, também conterà *obrigações de criminalização* (expressas e / ou implícitas).

²⁷² RUDOLPHI, Joachim, “Die verschiedenen Aspekte...”, pág. 151 ss. FIOCKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 232 ss, refere ainda que não resulta claro da proposta de Rudolphi se os bens penalmente relevantes devem estar de acordo com o texto da Constituição (formal) ou sobretudo com os princípios que dela decorrem, muitas vezes não escritos e com uma existência independente da mesma; assim como não esclarece o que deverá acontecer quando o legislador penal escolher um bem que não se encontra de acordo com o catálogo constitucional.

²⁷³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, pág. 55 ss. Em específico, resulta da posição de Roxin uma “orientação” constitucional do bem jurídico, mantendo este, porém, um certo conteúdo independente – esse conteúdo liberal não se dirige, portanto, à tradução de um qualquer conteúdo “divino ou transcendental”, antes ficando obrigado simplesmente à realização da liberdade pessoal e desenvolvimento independente de cada pessoa – PELARIN, Evandro, *Bem Jurídico-Penal. Um Debate sobre a Descriminalização*, São Paulo, IBCCRIM, 2002, pág. 131.

²⁷⁴ “É nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos *valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados* aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica.” – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 120 (sublinhados acrescentados).

²⁷⁵ Com GRECO, Luís, “ ‘Princípio da ofensividade’ ”..., pág. 98 – o autor propositadamente, em forma de demonstração, analisa a criminalização da homossexualidade e da “maculação da raça”, concluindo pela sua ilegitimidade em face das Constituições liberais de hoje sem nunca recorrer ao conceito de bem jurídico.

α) Função da Constituição enquanto referente do bem jurídico

A consideração de alguns princípios constitucionais com influência directa no Direito Penal (*in casu*, o princípio da proporcionalidade e da necessidade de pena) levou a que alguns autores, para além de afirmarem a *proibição de excesso* derivada daqueles princípios (*Übermaßverbot*) – que efectivamente obriga o legislador a limitar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos na medida do estritamente necessário à protecção do bem jurídico em causa²⁷⁶ –, retirassem da sua outra vertente, a *proibição de defeito* (*Untermaßverbot*), a existência de verdadeiros mandatos de criminalização²⁷⁷ decorrentes da Constituição: ou seja, por vezes o legislador ver-se-ia obrigado, pelos fins e objectivos da Constituição, a proteger determinados bens jurídicos através da lei penal, para assim não incorrer na violação do princípio da proporcionalidade (por defeito)²⁷⁸.

O sector da doutrina que defende a existência de obrigações de criminalização decorrentes da Constituição acredita que o princípio da *ultima ratio* ou da necessidade de pena não deve ser interpretado exclusivamente no sentido de determinar a subsidiariedade do DP, mas também como afirmando, por vezes, a obrigatoriedade de utilização de normas penais para defesa de algum “bem jurídico importante [...] que se encontre ameaçado por condutas especialmente perigosas”²⁷⁹.

Este é, no entanto, um tema controverso no Direito Penal, já que a verdade é que se a relação entre este e a Constituição nos leva a afirmar que todo o bem jurídico (penalmente relevante) deverá encontrar um referente constitucional para que seja legítima a criminalização em causa, a falta de identificação total entre os interesses próprios de cada legislação impede que se possa fazer a afirmação inversa – ou seja, de que cada bem jurídico identificável na Constituição possa dar lugar à criminalização de condutas que atentem contra ele. Esta conclusão decorre precisamente de uma correcta interpretação do princípio da *ultima ratio*, o qual determina, apenas e só, que o legislador não deverá recorrer ao Direito Penal a menos que isso seja indispensável (e na medida em que o seja) para a protecção de um bem jurídico – tem, por isso, e se assim lhe quisermos chamar, uma *função negativa*, de imposição de limites ao legislador, e não *positiva*, de determinar que existe um determinado interesse

²⁷⁶ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 13.

²⁷⁷ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 14.

²⁷⁸ Este entendimento faz com que a Constituição seja não só uma fonte de garantias para os cidadãos, actuando em defesa da sua liberdade, mas também fonte de incriminações, na medida em que exigiria a intervenção penal em certos casos – LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 70. Um dos autores que adopta esta visão da problemática é FELDENS, Luciano, *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, sobretudo capítulos 3.3.3 ss, onde expõe, recorrendo a exemplos que menciona anteriormente, os motivos pelos quais considera ser incompatível a negação de deveres de criminalização constantes da Constituição com as garantias que também esta estabelece.

²⁷⁹ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 14 (tradução livre), ainda com algumas referências a autores que defendem esta posição.

que obrigatoriamente deve ser protegido através de meios penais²⁸⁰. Mais: não podemos também afirmar que a *proibição de defeito* exija, sem margem para outras considerações, que a protecção de um bem jurídico deva ser efectuada através de meios penais²⁸¹, determinando apenas que aquela não deve ser defeituosa (constitui, por isso, um dos argumentos a ponderar para que haja lugar a uma criminalização, mas não é o único a ter em conta).

Atendendo ao exposto acima, do princípio da necessidade de pena e da consideração do propósito do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos (que, como vimos, só justifica a sua existência quando pretende exercer uma função crítica do sistema, e portanto *limitar* o poder legislativo) devem resultar duas conclusões: a primeira é a de que a Constituição exerce apenas uma *função negativa* em relação à criminalização, determinando aquilo que *não* deverá poder ser protegido penalmente, por não encontrar correspondente valorativo no texto fundamental do Estado²⁸²; a segunda é a de que a intervenção do Direito Penal deve ser a menor possível, orientada para a protecção daquelas condições de existência indispensáveis, dando origem ao *princípio da não intervenção moderada*²⁸³.

²⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 129, em relação às imposições constitucionais *implícitas* de criminalização; em relação às imposições *expressas*, afirma o autor que aí existiria de facto uma obrigação do legislador penal de dar cumprimento a essa injunção constitucional e criminalizar as respectivas condutas, “sob pena de inconstitucionalidade por omissão” – no entanto, mesmo neste caso existiria liberdade de actuação do legislador em relação ao âmbito, forma de criminalização e sanções escolhidas – *ibid*, pág. 129. Aparentemente no mesmo sentido, argumenta Amelung que devido ao carácter vago da prescrição de fins da Constituição, à insegurança quanto à eficácia da pena e às elevadas exigências relativamente ao princípio da proporcionalidade, apenas em casos excepcionais se poderia afirmar a existência de uma obrigação, por parte do legislador, de aprovar uma lei penal – AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 237. Quanto às obrigações tácitas e expressas, v. também ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *in* Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIX, 2009, pág. 79 ss. Com detalhe em relação a esta problemática, v. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*...», pág. 289 ss e 309 ss.

²⁸¹ BALCARCE, Fabián, “Breve relato sobre la ineficacia...”, pág. 14. No mesmo sentido, o Ac. TC 85/85, ponto 2.2: “nada, porém, impõe constitucionalmente que essa protecção tenha de ser efectuada, sempre e em todas as circunstâncias, mediante meios penais, podendo a lei não recorrer a eles quando haja razões para considerar a penalização como desnecessária, inadequada ou desproporcionada, ou quando seja possível recorrer a outros meios de pro-tecção mais apropriados e menos gravosos”.

²⁸² ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal...”, pág. 82 ss; ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 400: “The Constitution, in general, has only a negative function: it describes the frame within which new interests can reach constitutional, and, thus, legal interests. Naturally, that does not mean that the interest seeking recognition must correspond to, or must not contravene, an expressly declared constitutional provision. Rather, it is required that the interest fit within the broad framework of values which are embodied and carried by the constitutional spirit”. Também Nappi concorda com essa função delimitadora da Constituição: “Son pocas las armas con las cuales cuenta el jurista para delimitar el campo de actuación del dominio de la fuerza, constituyendo la Constitución y su complejo de garantías individuales, uno de los pocos instrumentos existentes que pueden orientarse a tales fines” – NAPPI, Juan, “Sistema penal, Estado Constitucional de Derecho y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica”, *in* Lecciones y Ensayos, nº 79, 2004, pág. 234.

²⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 131.

β) Na prática: referente constitucional e política criminal

Não obstante o relevo assumido pela teoria do bem jurídico na doutrina penal, a sua utilização prática pelos Tribunais (como, aliás, se referiu no início deste estudo) é diminuta, bem como a verificação da adequação da lei penal com a Constituição²⁸⁴.

O país europeu onde esse princípio encontra maior integração na *praxis* jurídica é a Itália, onde é reconhecido (pese embora não de forma explicitamente escrita na Constituição) que uma criminalização só será legítima se o comportamento em causa causar dano ou colocar em perigo um bem jurídico²⁸⁵; também na Argentina é tido como um corolário directamente decorrente do art. 19º da Constituição²⁸⁶, pelo que é aplicado na apreciação prática pelos Tribunais.

A situação altera-se, no entanto, na Alemanha, sobretudo tendo em vista o polémico caso da afirmação, por parte do Tribunal Constitucional alemão, da constitucionalidade da criminalização do incesto entre irmãos adultos – caso que foi, inclusive, até à apreciação do TEDH²⁸⁷. Resumidamente, os factos do caso são os seguintes: Stübing, um cidadão alemão nascido em 1976, foi colocado aos três anos num lar para crianças, e subsequentemente adoptado por uma família, não tendo tido qualquer contacto com a sua família biológica até ao ano 2000; entretanto, a sua irmã havia nascido em 1984, sem que o primeiro houvesse tido conhecimento disso. Após a morte da mãe biológica de ambos, os irmãos estabeleceram entre si uma relação sexual da qual nasceram quatro crianças (nos anos de 2001, 2003, 2004 e 2005), sendo que após este último nascimento Stübing se submete a uma vasectomia; é, entretanto, nos anos de 2002, 2004 e 2005 consecutivamente condenado pelo crime de incesto, iniciando a pena cominada num ano de pena de prisão suspensa até um ano e dois meses de pena de prisão efectiva na última condenação, não tendo sofrido a sua irmã, por seu lado, nenhuma condenação, por se entender, após parecer especializado, que deveria ser considerada parcialmente inimputável em relação às suas acções.

Interposto recurso para o Tribunal Constitucional alemão²⁸⁸, entendeu este que a proibição de relações sexuais entre irmãos não infringe a reserva da vida privada, uma vez que

²⁸⁴ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 68.

²⁸⁵ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 73. O entendimento da doutrina é que este princípio deriva, por interpretação, do art. 13º da Constituição italiana, ao referir a “liberdade” do cidadão – v. NAPPI, Juan, “Sistema penal...”, pág. 251 ss.

²⁸⁶ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan ai orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un terceiro, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” – para uma análise, v. NAPPI, Juan, “Sistema penal...”, pág. 248 ss, bem como a decisão do Tribunal Supremo de Justiça da Argentina, que declarou inconstitucional a norma que penalizava a posse de estupefacientes para consumo próprio, por considerar que consubstanciava uma ingerência intolerável do poder punitivo na esfera de privacidade do cidadão protegida pelo art. 19º da Constituição, na medida em que essa conduta não representava qualquer perigo para terceiros – Arriola Sebastian y Otros, Causa nº 9080, decisão de 25/08/2009.

²⁸⁷ *Stübing v. Germany*, de 12 de Abril de 2012.

²⁸⁸ Alegando em particular que essa criminalização (e consequentes condenações) violava a sua autodeterminação sexual, o discriminava, era desproporcional, interferia com as relações entre pais e filhos (nascidos de relações incestuosas), atentava contra a dignidade humana, e punia uma pura violação moral, pelo que seria ilegítima – *Stübing v. Germany*, § 14; v. também BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 333. Em análise e comentário ao Ac. alemão, v. ainda os artigos de GRECO, Luís, “Tem futuro

essa criminalização proíbe apenas uma parte da interacção entre irmãos e não impede o contacto entre eles, existindo para impedir a concretização de um comportamento com consequências para a família, sociedade e crianças nascidas dessa relação²⁸⁹. Para além disso, ao criminalizar esse comportamento, o legislador ordinário perseguiu objectivos constitucionalmente legítimos, que justificavam a limitação imposta ao direito à autodeterminação sexual do requerente²⁹⁰ – eram estes a protecção da instituição do casamento e da família (papéis sobrepostos na família foram considerados prejudiciais à sociedade e contrários ao definido na Constituição); protecção da autodeterminação sexual, devido à proximidade e interdependência das relações familiares²⁹¹; motivações eugénicas, devido ao risco de deficiências genéticas apresentado por crianças fruto de relações incestuosas²⁹²; e motivações culturais, por considerarem que a sociedade alemã partilhava de uma convicção comum de que o incesto deveria ser criminalizado²⁹³. A criminalização era ainda considerada necessária²⁹⁴, em conformidade com o princípio da proporcionalidade²⁹⁵ – por não restringir a autodeterminação sexual de forma exagerada quando ponderada contra os interesses que se procuravam proteger – e, ao perseguir os objectivos de protecção de interesses acima mencionados, mostrava ainda cumprir com a função de prevenção geral do DP, reforçando a validade dos valores defendidos pelo legislador²⁹⁶. No entendimento do Tribunal, o conceito de bem jurídico mostra-se ainda inadequado para colocar quaisquer limites ao poder legislativo, sendo os únicos critérios de legitimidade (e constitucionalidade) das leis penais aqueles estabelecidos pela própria Constituição²⁹⁷.

a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*)”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 18, Nº 82, jan-fev 2010, e SCHUBARTH, Martin, “Inzestverbot und Verfassung”, in DEGENER, Wilhelm und HEGHMANN, Michael (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

²⁸⁹ *Stübing v. Germany*, § 15.

²⁹⁰ *Stübing v. Germany*, § 16.

²⁹¹ *Stübing v. Germany*, § 17.

²⁹² *Stübing v. Germany*, § 18.

²⁹³ *Stübing v. Germany*, § 19. Esta convicção seria não só da sociedade alemã, como ainda internacional (conforme comprovam através da menção a uma decisão do Tribunal Constitucional italiano de 2000, que considerou constitucional uma norma similar – § 17 do processo 2BvR 392/07), para além de persistir ao longo da história – 2BvR 392/07, § 3.

²⁹⁴ *Stübing v. Germany*, § 21.

²⁹⁵ *Stübing v. Germany*, § 20.

²⁹⁶ *Stübing v. Germany*, § 19.

²⁹⁷ 2BvR 392/07, § 39. O Tribunal contrapõe os conceitos positivista e naturalista de bem jurídico, concluindo, para além da inexistência de unanimidade na doutrina, pela inutilidade do primeiro e impossibilidade do segundo, estando o legislador (democraticamente legitimado) limitado apenas aos constrangimentos resultantes da Constituição: “Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers „anerkannte“ Rechtsgüter eingeeengt werden. Sie findet ihre Grenze vielmehr - auf dem Gebiet des Strafrechts wie anderswo - nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt”.

A opinião do Tribunal Constitucional rejeita, deste modo, qualquer aplicabilidade prática do conceito de bem jurídico²⁹⁸, focando antes a sua decisão em princípios estritamente decorrentes do texto constitucional e logicamente ordenados: a criminalização deve, em primeiro lugar, perseguir um objectivo constitucionalmente legítimo; deve ser adequada a alcançar esse fim; não deve limitar exageradamente a esfera de liberdade da pessoa, aplicando o meio menos restritivo possível, mas ainda adequado à prossecução do objectivo primeiramente determinado; por último, deve respeitar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito²⁹⁹. Este Tribunal rejeita também – ainda que considerasse distinguir entre normas que protegem apenas concepções morais e normas que protegem bens jurídicos – a ideia de que a criminalização do incesto se destine somente a perpetuar, através do Direito Penal, um tabu social, uma vez que, segundo o seu entendimento, esta criminalização é justificável pela protecção que confere à autodeterminação sexual, à saúde pública e à família³⁰⁰.

Hassemer discordou da opinião maioritária do Tribunal Constitucional, deixando explícito no seu voto divergente que essa incriminação não prosseguia qualquer objectivo legítimo. Analisando os seus argumentos, começa por considerar, em relação à questão da eugenia, que não é, de todo, um objectivo válido para o Direito Penal; para além disso, a suposta protecção da autodeterminação sexual pretendida com a norma não se encontra referida em lado algum da mesma ou do seu contexto; por fim, a família e a instituição do casamento não são convenientemente protegidas por esta norma, uma vez que não são punidos actos igualmente danosos, como actos equivalentes a actos sexuais entre irmãos, relações sexuais entre irmãos do mesmo sexo, ou ainda relações sexuais entre familiares não consanguíneos³⁰¹ – por estes motivos, o único objectivo realmente perseguido com essa incriminação seria a protecção de uma concepção moral, algo que não se considera legítimo³⁰².

²⁹⁸ Apesar de lhes poder reconhecer alguma utilidade ao nível da dogmática do DP e da política: “Welchen Beitrag das Konzept des Rechtsgüterschutzes für die Rechtspolitik und für die Dogmatik des Strafrechts leisten können mag, ist hier nicht zu beurteilen [...]; jedenfalls stellt es keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen” – 2BvR 392/07, § 39.

²⁹⁹ BOTTKE, Wilfried, “Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?”, in HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard und MOCCIA, Sergio (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, Verlag C. H. Beck München, 2009, pág. 97.

³⁰⁰ 2BvR 392/07, § 50: “Dabei kann offen bleiben, ob die Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen [...], tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersteren Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären. Denn eine derartige Konstellation liegt hier nicht vor. [...] Instrument zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere der Familie erfüllt die Strafnorm [...] eine generalpräventive Funktion”.

³⁰¹ *Stübing v. Germany*, § 23.

³⁰² 2BvR 392/07, § 98 e 99: “Es lässt sich nicht verlässlich feststellen, was der Gesetzgeber tatsächlich schützen wollte und schützen will, und deshalb auch nicht, ob die Norm den Erwartungen des Gesetzgebers gerecht wird. Es spricht viel dafür, dass die Vorschrift in der bestehenden Fassung [...] lediglich bestehende oder auch nur vermutete Moralvorstellungen, nicht aber ein konkretes Rechtsgut im Auge hat. Schließlich hat sich der Gesetzgeber zu einer Abschaffung des Verbots von Geschwisterinzest

Quanto à sua adequação, e pelas razões anteriormente expostas, também não pode afirmar a legitimidade da sua existência, uma vez que se mostraria mais adequada à protecção dos valores mencionados pelo Tribunal se criminalizasse de igual modo os comportamentos entre familiares que explicitamente exclui³⁰³; por outro lado, é demasiado abrangente nos comportamentos que realmente criminaliza, uma vez que abrange aqueles que já não poderiam afectar a família, devido ao facto de os irmãos adultos incestuosos não se encontrarem já no círculo familiar³⁰⁴. Por último, conclui que existiriam outras medidas (não penais) menos gravosas e mais adequadas a lidar com a questão, o que faz com que a norma incriminatória seja excessiva – também, aqui, porque não prevê qualquer limitação da responsabilidade penal quando se verifique que nenhum dos interesses supostamente em causa tivesse sido afectado³⁰⁵.

O TEDH, após considerar que os objectivos perseguidos pela norma que proíbe o incesto deveriam ser considerados legítimos segundo o nº 2 do art. 8º da CEDH, avalia se existia, na sociedade em questão, uma necessidade social para a mesma, e se a interferência na esfera da vida privada do requerente se poderia julgar proporcional aos fins prosseguidos ou não³⁰⁶ – tendo em vista os valores que se pretendem proteger com a norma, a falta de consenso nos restantes Estados-Parte e a margem de apreciação nacional existente, acaba por determinar que não existe, neste caso, violação da CEDH.

Para além das críticas tecidas por Hassemer à decisão do Tribunal Constitucional alemão, podemos ainda observar que, para além de a Constituição não colocar qualquer limite específico ao poder legislativo penal quanto ao conteúdo legítimo das criminalizações que efectua, também o teste da proporcionalidade não se mostra adequado a fornecer essa limitação, já que uma norma só seria inconstitucional se não pudesse ser justificada por um outro qualquer interesse, legítimo (penalmente) ou não³⁰⁷ – naturalmente, os critérios constitucionais não estão, portanto, aptos a excluir do âmbito de criminalização as puras violações morais³⁰⁸, algo que se pretende eliminar de um Direito Penal liberal e adequado ao pluralismo existente na sociedades democráticas modernas.

letztlich deshalb nicht entschließen wollen, weil die Allgemeinheit darin ein Unrecht erblicke und eine Streichung der Norm das Bewusstsein von der Abnormität des Verhaltens schwächen könnte”.

³⁰³ *Stübing v. Germany*, § 24.

³⁰⁴ *Stübing v. Germany*, § 24.

³⁰⁵ *Stübing v. Germany*, § 25.

³⁰⁶ *Stübing v. Germany*, § 57 ss.

³⁰⁷ AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 308 e 309. O autor conclui que, em face dos parâmetros constitucionalmente existentes, o conceito de bem jurídico demonstra não ser “tão vazio e vago” como alguns autores afirmam, uma vez que segundo este princípio a criminalização do incesto não seria considerada legítima.

³⁰⁸ Como afirma Hans Kudlich com clareza em relação ao potencial crítico do bem jurídico só se realizar quando as convicções morais não se encontram já consistentes na sociedade, o facto de o Direito Penal proibir, na maior parte das vezes, condutas que podem ser em si mesmas consideradas imorais, não significa que o inverso possa ser afirmado, e que tudo o que é imoral deva ser proibido pelo Direito Penal – KUDLICH, Hans, “Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat”, *in* Zeitschrift

Também, e por último, em Portugal³⁰⁹ é ambígua a relação dos Tribunais com a teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos, existindo casos em que apontam para a existência de valores supra-positivos que fundamentam e legitimam a intervenção penal³¹⁰, e outros em que mantêm criminalizações que não se conseguem legitimar à luz do conceito de bem jurídico penalmente relevante³¹¹.

Podemos assim concluir que, apesar da importância que (ainda) adquire na doutrina penal, o bem jurídico e a sua função de fornecer limites à legitimidade de normas penais não é tão prontamente aceite pelos Tribunais Constitucionais, seja porque hesitam em tropeçar em competências próprias do legislador³¹², seja simplesmente porque consideram toda a teoria imprestável em relação ao propósito que se propõe cumprir³¹³.

für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 127, Heft 3, 2015, pág. 644. Será interessante comparar neste caso a conclusão similar a que chegam defensores do *harm principle*: “Private sexual relations [...] are excluded from the scope of criminality, unless children are victimized or there is coercion or other imposition” – HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, *in* The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 90, No. 1, 1999, pág. 137, citando Wechsler.

³⁰⁹ V. neste tema em geral, com detalhe, ANTUNES, Maria João, “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional”, *in* Julgar, nº 21, 2013; e ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2019.

³¹⁰ Como no Ac. TC 211/95, mencionado em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 127. V. também o Ac. TC 85/85, ponto 2.2, e Ac. TC 99/02, ponto 5, onde claramente se relaciona a admissibilidade da lei penal com a “protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido”. Outros exemplos são ainda dados pelos Ac. TC 179/2012 e 377/2015, que de ambas as vezes declararam inconstitucionais as normas que pretendiam criminalizar o enriquecimento ilícito ou injustificado. Em análise à temática subjacente ao primeiro Ac. citado, a problemática questão do aborto, v. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*»..., pág. 363 ss.

³¹¹ Ac. TC 144/2004 e Ac. TC 196/2004, em relação à constitucionalidade da criminalização da prostituição – referidos em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 124 (com posteriores referências bibliográficas). Ainda que os operadores do Direito se refiram especificamente à questão do bem jurídico, parece existir uma subversão do seu sentido, já que se baseiam nesse conceito para justificar a existência de um “bem jurídico complexo” que protege “o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e ao ganho honesto, como também a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente” – Ac. TC 144/2004, ponto 1 das conclusões do MP junto do TC. Ao analisarmos mais de perto esta afirmação, o que de facto se protege são sentimentos da comunidade que desaprova uma certa conduta puramente tida por imoral (condenando-se a eleição dessa conduta para dela retirar lucros), da mesma forma que se legitima um DP paternalista em relação à personalidade defeituosa de quem procura esses serviços, pese embora nenhuma das situações seja doutrinariamente aceitável.

³¹² Como refere Hassemer no seu voto divergente, “Über Anlässe, Ziele und Instrumente strafrechtlicher Gebote und Verbote hat jeweils der Strafgesetzgeber zu bestimmen. Das schränkt die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts ein. Das Gericht prüft nicht, ob der Gesetzgeber im Einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat” – 2BvR 392/07, § 78. Como se afirma também no Ac. TC 25/84, “Por vezes, tem-se sentido que o Tribunal Constitucional é como que um areópago, «um conselho de sábios», que poderia corrigir os erros políticos ou de política legislativa cometidos, real ou supostamente, pelas entidades que, entre nós, detêm a competência legislativa [...]. Para tanto seria preciso que o Tribunal Constitucional possuísse [...] também competência funcional para emitir valorações (que não sejam as que a Constituição permite), para controlar os objectivos políticos do legislador quanto à sua correcção e oportunidade, bem como os prognósticos feitos pelo legislador quanto ao resultado futuro da sua obra”. O mesmo se verifica, aliás, em relação ao *harm principle* através de exemplos canadianos: o Supremo Tribunal considerou que impor ao legislador limites iria envolver os Tribunais na gerência da agenda do Parlamento, para além de ordenar as prioridades do mesmo dentro dessa agenda, o que não correspondia de todo ao papel atribuído aos Tribunais pela Constituição – HUGHES, Julia, “Restraint and proliferation...”, pág. 145 (com referências a vários casos).

³¹³ Por não ser um princípio de referência obrigatória por parte dos Tribunais, não se pode contestar uma decisão judicial com base no incumprimento da teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos, restando apenas a esperança de um entendimento diferente por parte de outros juízes – “Da bleibt freilich in einer rechtsstaatlich verfaßten Demokratie nur die Hoffnung auf

γ) Que tipo de Constituição? – a alteração e mutação constitucionais

Tal como qualquer lei, ainda que de posição hierárquica superior, as Constituições não têm em princípio um carácter perene, estando sujeitas a modificações ao longo da sua vigência para melhor conseguirem espelhar o consenso valorativo da sociedade que regulam. Sem nos determos em demasia sobre os fenómenos que podem transformar a lei ou a interpretação da Constituição, referiremos apenas que a *alteração constitucional* “consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional”³¹⁴, enquanto a *mutação constitucional* se traduz num fenómeno de alteração do sentido conferido a normas constitucionais sem que, no entanto, o seu texto formal seja modificado³¹⁵.

O problema, em relação ao bem jurídico com referente constitucional, coloca-se quando à Constituição em causa já não é atribuído um sentido liberal, seja por alteração ou por mutação constitucional (embora, claro, se revele mais grave o caso da alteração constitucional, quando dê lugar a um texto formal não liberal, e logo a uma obrigatoriedade de interpretação no mesmo sentido, ou pelo menos não radicalmente divergente)³¹⁶. Embora não existindo nada no conceito de bem jurídico propriamente dito que obrigue o mesmo a apresentar um conteúdo liberal, este é normalmente o teor que a maior parte dos autores lhe atribui, seja porque se centram em princípios hoje vigentes – como o do Estado de Direito Democrático, o carácter laico do Direito, a própria legitimação do Direito Penal e do direito de punir³¹⁷ –, seja porque um outro conteúdo não seria legítimo, tendo em conta a função historicamente atribuída ao bem jurídico aquando da sua concepção (função limitadora do *ius puniendi* e indubitavelmente liberal)³¹⁸; seja ainda porque, apesar de se encontrar ligado à

‘bessere’ Einsicht in einem späteren Judikat” – PAEFFGEN, Hans-Ulrich, “Das ‘Rechtsgut’ – ein obsoleter Begriff?”, in ZÖLLER, Mark; HILGER, Hans; KÜPER, Wilfried und ROXIN, Claus (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pág. 138.

³¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 1228.

³¹⁵ As mutações constitucionais operadas unicamente por via interpretativa não se consideram legítimas, sendo apenas admitida a chamada *mutação normativa*, ou seja, a elasticidade normal ainda dentro do espírito da norma constitucional que permite a inclusão de fenómenos anteriormente não contemplados (mas ainda de acordo com o seu “programa normativo”) – para uma explanação mais detida sobre o tema, v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1228 ss; e ainda o artigo de DIAS, Cibele, “A interpretação evolutiva da constituição: mutação constitucional”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2, nº 9, 2013, pág. 9331 ss.

³¹⁶ Devemos, contudo, ter em conta os limites de revisão constitucional, que podem encontrar-se expressos ou ser retirados do espírito da Constituição (tácitos). Estes limites constituem o “cerne material da ordem constitucional”, e como tal são furtadas “à disponibilidade do poder de revisão”, procurando proteger a ordem fundamental de “*alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*”; o problema reside em saber se se pode legitimamente vincular indefinidamente as gerações futuras às escolhas constituintes de uma época que não era a sua – todas as citações de, e com mais detalhe, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1064 ss.

³¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 123.

³¹⁸ Como na opinião de MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs...*, pág. 15 ss e FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 236.

Constituição, o bem jurídico não transita com esta, ficando antes “estático” em relação a certos pontos, e deste modo obrigado a permanecer fiel ao espírito de um Estado liberal, a despeito do conteúdo actual da Constituição do mesmo³¹⁹.

De um certo modo, todos os autores que se expressam sobre essa problemática³²⁰ tentam justificar a obrigatória ligação do conceito a raízes e princípios liberais – por nossa parte, ainda que se reconheça que de facto nada na formulação do princípio obriga a que apresente um conteúdo liberal, a verdade é que tendo em atenção o contexto em que surgiu (e pese embora os desenvolvimentos posteriores), dever-lhe-á ser atribuída uma intenção em geral liberal. Isso não impede, claro, que devido ao seu potencial para incluir diferentes realidades, não lhe possa ser impressa uma vertente divergente, dependendo do regime em que se encontra inserido; de todo o modo, um correcto e compreensivo entendimento da teoria deverá considerar que o conceito tem na sua base princípios de facto liberais³²¹.

δ) Normas penais sem bem jurídico

Aqui chegados, e devido à conclusão a que normalmente chegam os autores que se pronunciam sobre o tema, devemos analisar qual a consequência, se alguma, deveria recair sobre as normas penais que não protejam bem jurídico algum. Neste momento, e como se concluiu acima, são poucas as vezes que a teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos tem realmente uma aplicação na prática, pelo que não se pode afirmar que existam regras que vinculem nem o legislador nem os Tribunais³²² quando são chamados a apreciar a legitimidade de uma determinada norma – por isso, hoje existem, na verdade, escassas consequências *jurídicas vinculativas* para aquela norma em relação à qual se determine não proteger bem

³¹⁹ Posição de ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, pág. 57 e 58.

³²⁰ P. ex. Kudlich limita-se a observar que praticamente todos os conceitos existentes podem ser pervertidos, e que ao bem jurídico crítico do sistema jurídico-penal deverá ser atribuído um conteúdo liberal, sem que essa atribuição possa ser considerada arbitrária – “Wenn man so argumentiert, müsste man auch an der potentiell gewalteinhegenden Funktion von unabhängigen Gerichten oder von Verfassungen mit Menschenrechten zweifeln. [...] Es gibt wenig Konzepte, die man nicht pervertieren oder unter Beibehaltung der Namenshülle sinnentleeren könnte” – KUDLICH, Hans, “Die Relevanz der Rechtsgutstheorie...”, pág. 641.

³²¹ Este dever é, contudo, relativo, já que não existe no princípio uma menção *expressa* ao seu conteúdo liberal. Será nesta questão, como posteriormente se referirá, que a teoria da exclusiva protecção do bem jurídico pode beneficiar de uma referência ao *harm principle*, assegurando este a inclinação liberal do bem jurídico, e providenciando este último, por sua parte, um conteúdo material àquele princípio.

³²² Queremos com isso aqui referir-nos ao carácter não vinculativo do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos – conforme fica explícito nos Ac. TC 99/02 (ponto 6) e 634/93 (ponto 6): “[...] não se deve simultaneamente perder de vista que o juízo de constitucionalidade se não pode confundir com um juízo sobre o mérito da lei, pelo que não cabe ao Tribunal Constitucional substituir-se ao legislador na determinação das opções políticas sobre a necessidade ou a conveniência na criminalização de certos comportamentos”, pelo que “[a] limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva”. Sobre a análise do princípio da proporcionalidade em relação aos bens jurídico-penais, v. CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*...», pág. 211 ss. Sobre a posição dos Tribunais Constitucionais, entre o legislador e a Constituição, v. o artigo de ANTONIO LASCURAIN, Juan, “Constitutional Control of Criminal Law”, in NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016, pág. 297 ss.

jurídico nenhum³²³ (a menos, claro está, que os Tribunais Constitucionais apliquem este conceito de forma apropriada e dele retirem as devidas ilações, como aconteceu no caso já referido da Argentina). Doutrinalmente, no entanto, a consequência parece ser clara: essas normas penais (que se devem encontrar de acordo com a Constituição), porque desrespeitam o princípio de que uma limitação de tal ordem da liberdade individual do cidadão só é legítima em face da lesão ou ameaça a um bem constitucionalmente protegido, devem ser consideradas inconstitucionais, e desse modo serem retiradas do ordenamento jurídico que rege essa sociedade³²⁴.

Esta questão não deve ser comparável, como é pelos autores que defendem uma posição monista-pessoal, com a circunstância de as normas penais terem por objecto a defesa de um verdadeiro bem colectivo, e estarem por vezes sujeitas a uma cláusula de acessoriedade administrativa: dizem aqueles autores que nestes casos, derivado de uma extrema desmaterialização do bem jurídico³²⁵, em vez de com a norma se protegerem bens jurídicos se tutelam na verdade funções³²⁶, ou a mera desobediência à norma³²⁷. Para quem tenha uma posição dualista, estes casos não se revelam (quanto ao referente do bem jurídico³²⁸) especialmente problemáticos, já que se divisa na norma um objecto legítimo de protecção:

³²³ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 14: “¿Es suficiente que la teoría de bienes jurídicos ponga en ‘apuros de explicación’ al legislador después de haber dado una ley que no proteja bienes jurídicos? Entonces, no basta tampoco con una teoría de ‘bienes jurídicos’ ni con principios limitadores aislados si ello no va aunado a reglas específicas y a consecuencias jurídicas claras en caso de su inobservancia”. V. também *supra* as considerações tecidas na nota 313.

³²⁴ É desta opinião: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 126 – “[...] tal deve ter como consequência inafastável a de que toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é *nula*, por *materialemente inconstitucional*” (sublinhados do autor); também Roxin, apesar de ligar essa inconstitucionalidade à proibição de excesso decorrente da Constituição – como se denota, p. ex., na opinião expressa em ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 41. E ainda, para mencionar apenas alguns autores, NAPPI, Juan, “Sistema penal...”, pág. 249, quando diz: “Sin un límite constitucional claro las dos etapas en las cuales se encuentra dividido el proceso de criminalización carecerían de confinamientos efectivos. Es por dicho motivo que debemos construir un concepto de bien jurídico que a más de limitador, se compadezca con el principio de lesividad emergente del artículo 19 de la Constitución Nacional. De esse modo, tipos legales que no estén ajustados a dichos parámetros (lesión grave de un bien jurídico individual – derecho subjetivo) serán lisa y llanamente contrarios a la juridicidad constitucional”.

³²⁵ D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition...”, pág. 335: “Often exceedingly generalising, it sometimes loses its concrete expression, thus inducing a typical reading in exclusively formal terms, in the inadmissible form of sheer disobedience”.

³²⁶ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 232: “Ao tutelar funções administrativas, a norma transmite um conteúdo artificialmente criado por um programa político de intervenção fundado em modelos comportamentais”. A autora inclui neste âmbito de criminalização, p. ex., os crimes ambientais, concluindo que este tipo de normas penais acaba por “permitir a ampla e arbitrária [...] intervenção penal estatal em casos de simples desobediência normativa”.

³²⁷ De forma crítica, GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, pág. 340, mencionando a difusão dos crimes de mera desobediência normativa; ainda Stratenwerth, argumentando que os bens jurídicos colectivos se revelam inúteis, uma vez que ou poderiam ser reconduzidos à protecção de interesses individuais ou se destinam na verdade a proteger normas de conduta “centrais ao consenso normativo numa dada sociedade” – v. AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 307, nota 26 e STRATENWERTH, Günter, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, pág. 377 ss.

³²⁸ Como refere DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 152, são vários os problemas que se levantam ao Direito Penal – só não em relação ao facto de em causa estar um verdadeiro bem jurídico.

estas normas penais são “*substancialmente* delitos contra bens jurídicos colectivos, mas *formalmente* [...] delitos de desobediência às prescrições emanadas do direito administrativo”³²⁹, justamente pelo seu conteúdo se encontrar precisado numa outra norma não penal.

d) Quem decide, afinal, o que constitui bem jurídico-penal?

Esta questão raramente é colocada na doutrina, já que se segue logicamente, do contexto em que é discutido o bem jurídico, que quem normalmente decide o que constitui, poderá vir a constituir, ou deixou de constituir bem jurídico será o legislador, já que é a este que pertence o poder legislativo, e logo, o poder de configurar as leis. Este “legislador” é definido de modo geral, já que os bens jurídicos não são exclusivos do ramo penal³³⁰; no entanto, para a decisão do que configura um bem jurídico penalmente relevante será, de facto, o legislador penal a primeira entidade a intervir nessa escolha ao criar a lei penal³³¹. Temos, depois, eventuais intervenientes nesta questão, como os Tribunais Constitucionais, se levados a questionar a constitucionalidade de uma determinada norma penal em relação à qual se considere não existir bem jurídico carente de protecção (e caso decidam, naturalmente, adoptar a teoria do bem jurídico como critério decisor da legitimidade da lei penal); e ainda, claro, a doutrina penal, que apesar de provavelmente estar mais apta a debater tais temas, possui na realidade o menor poder decisório quanto aos mesmos.

Somos, por isso, forçados a concluir que a decisão primária se encontra de facto na esfera do poder legislativo (penal)³³², podendo eventualmente os bens jurídicos eleitos ser

³²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do Direito Penal...”, pág. 31.

³³⁰ Assim, IBARRA, Juan y RANGEL, Emilio, “Bien, Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal”, pág. 78; AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 227; e ainda, concluindo pela falta de legitimidade, tanto por parte dos penalistas como do legislador penal, para decidir que realidades são efectivamente bem jurídico, FRISCH, Wolfgang, “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, in HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pág. 315.

³³¹ Especificamente em relação ao risco, à criminalização problemática do mesmo e à necessária avaliação prévia para que se determine a necessidade de intervenção penal, refere Fissel que o legislador, ao contrário do que normalmente se assume, não demonstra possuir uma melhor avaliação do risco do que o cidadão comum para que possa determinar quando deve este ser criminalizado ou não – FISSEL, Brenner, “Abstract Risk and the Politics of the Criminal Law”, in *American Criminal Law Review*, Vol. 51, 2014, pág. 657: “Theoretical defenses of these overinclusive laws mainly emphasize the deficiencies of individuals in assessing their own risk. What these defenses implicitly assume, though, is that the entity the individual must defer to – the legislature – is itself superior at risk assessment” – v. para uma problematização do risco abstracto em Direito Penal. Sobre a avaliação do risco e os factores que influenciam a escolha do legislador penal para a *prevenção* do crime (e a sua possibilidade no âmbito europeu), v. ainda o interessante artigo de ALBRECHT, Hans-Jörg and KILCHLING, Michael, “Crime Risk Assessment, Legislation, and the Prevention of Serious Crime – Comparative Perspectives”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 10, Issue 1, 2002, sobretudo pág. 24 ss.

³³² Conforme se conclui no Ac. TC 377/2015, ponto 9 (e de acordo já com o exposto nos Ac. TC 634/93 e 347/86), “Não sendo a Constituição um código detalhado de relações sociais ou sequer do modo de organização do Estado, «o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador» enquanto titular da função de primeiro mediador, ou concretizador, da ordem jurídico-constitucional”.

considerados legítimos, ilegítimos, necessitados ou não de protecção penal, etc. – esse “bem jurídico” legalmente definido permanecerá, contudo, até que a lei que o contempla seja, de algum modo, contestada (seja formalmente, nos Tribunais, ou simplesmente pela passagem do tempo e sua substituição ou despenalização da conduta)³³³.

2.3.3 O aspecto valorativo

O último elemento integrante do conceito de bem jurídico é, então, a valoração que está implicitamente reconhecida com a protecção concedida a um determinado interesse: entramos assim na análise da última parte da definição que temos vindo a dissecar, nomeadamente o exciso “[reconhecido] como valioso”³³⁴.

Desde logo é essencial perceber por que é necessário existir um referente valorativo no conceito de bem jurídico, e antes de procedermos com a análise deste elemento iremos liminarmente responder a esta questão. Como decorreu já da vinculação constitucional anteriormente referida, a existência de valores ínsitos à criminalização não se circunscreve à imposição de limites ao poder legislativo – antes, o que se pretende é reconhecer, trazer para o *Direito positivo*, determinados valores que desse modo ficam ancorados no ordenamento jurídico, obrigando o legislador a manter o seu compromisso para com estes; esses valores são, como já defendido acima, valores liberais³³⁵. A ligação existente entre o Direito Penal e a sua componente valorativa pode ser ainda considerada segundo critérios de intensidade³³⁶, proveniência³³⁷, e conteúdo³³⁸.

³³³ Em relação à contemplação, por parte do legislador, de um bem jurídico aparente (o que significa, quanto às afirmações seguintes, que o carácter transcendente do conceito é retirado, e o “bem jurídico”, em vez de ser reconhecido pelo legislador é simplesmente criado por este), referem-se D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition...”, pág. 336: “[...] assuming artificial legal goods is an important conceptual rupture: we have suppressed a nuclear element without reason or parameters. This element is critical and its absence implies the illegitimacy of the normative period of prescription, *not the abandonment of the criteria*” (sublinhados acrescentados). Ninguém poderá, parece-nos, deixar de concordar com os autores nesta questão: um entendimento defeituoso de uma determinada teoria ou conceito (no caso, do bem jurídico) não determina a imprestabilidade do mesmo; antes demonstra a falta de compreensão por parte de quem o aplica de forma errónea.

³³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 114.

³³⁵ Esses postulados liberais pretendem, naturalmente, limitar a utilização do DP ao indispensável para protecção de bens fundamentais, conforme já foi sendo exposto em vários títulos deste estudo.

³³⁶ O conceito de bem jurídico pode ser, segundo este critério e dependendo dos vários autores, completamente dependente ou completamente independente de uma valoração, ou ainda ser esta relação teorizada de um modo mais elástico – p. ex., nas teorias positivistas o conceito de bem jurídico é completamente independente do seu conteúdo valorativo. Para um estudo de várias posições doutrinárias nesta questão, v. FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 268 ss.

³³⁷ A proveniência do bem jurídico diz respeito ao referente de legitimidade valorativa a que os autores recorrem: ou seja, o valor subjacente ao interesse em causa poderá provir de ordens de valoração externas ao Direito (como p. ex. normais culturais); da valoração destilada da estrutura da sociedade e condições do sistema da mesma; ou ainda da ordenação de valores constitucional – v. em mais detalhe FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 277 ss.

³³⁸ Nesta categorização, os valores são divididos segundo o conteúdo que apresentam: liberal (afastando a legitimidade de regimes totalitários), relacionado com o indivíduo ou com a colectividade – para uma análise extensa, FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 351 ss.

O interesse, base do conceito de bem jurídico, é assim composto pelo seu *substrato*, já analisado, e pelo *valor* que lhe é associado – ou seja, “aquele aspecto pelo qual as coisas importam”³³⁹, constituindo deste modo os valores verdadeiros *objectivos*, que impõem que algo seja feito para os realizar, ou que as pessoas se abstenham de adoptar determinados comportamentos que seriam para aqueles prejudiciais³⁴⁰. A determinação da necessidade de existência de uma valoração subjacente à norma leva-nos de seguida a tecer algumas considerações acerca da não correspondência, em Direito, entre o “ser” e o “dever-ser”.

A lei (no nosso caso, penal) não se limita a descrever o que “é”, o que existe, pese embora se baseie na realidade factual para governar a sociedade. A lei ocupa-se, na verdade, com aquilo que “deve ser”, e é precisamente nesta ideia que se baseia a introdução da componente valorativa no bem jurídico: para que se determine a existência de um verdadeiro bem jurídico, observa-se uma dada realidade, necessidade ou exigência da sociedade, que depois é juridicamente valorada no sentido de se estabelecer o comportamento que deve ser adoptado em relação àquela. Para que se esclareça de forma mais concreta: observa-se que existe um bem *vida* (substrato) que é do interesse geral da sociedade; o legislador deve, para que o possa proteger através do Direito Penal, valorar, no sentido de estabelecer que esse interesse assume de facto importância para o Direito – a partir deste momento, essa realidade factual não pode simplesmente ser descrita na lei conforme “é”, determinando o legislador o que “deve ser” (ou, no caso do Direito Penal, esse “dever-ser” é mais correctamente um “não dever-ser”, encontrando-se a realidade positivamente valorada subentendida na norma, e constituindo essa o bem jurídico).

É ainda através desta valoração legislativa que o bem jurídico passa a integrar o ordenamento e o universo do Direito, pois existem variados interesses individuais ou da sociedade que não são, no entanto, objecto de que se ocupe o Direito (v.g. interesses de ordem meramente moral ou religiosa). O bem jurídico exerce assim a importante função de actuar como elemento de ligação entre as duas esferas: por um lado o que é, e por outro o que deve ser³⁴¹.

Existe, no entanto, uma outra acepção da contradição entre “ser” e “dever-ser”, na qual se pretende – pelo menos parte da doutrina – que o bem jurídico exerça igualmente uma função directiva: entre aquele Direito que “é”, que existe, e o Direito que “devia-ser”.

³³⁹ LEE, Harold, “Methodology of Value Theory”, in LEPLEY, Ray (Ed.), *Value: a Cooperative Inquiry*, New York, Columbia University Press, 1949, pág. 147 (tradução livre).

³⁴⁰ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 377.

³⁴¹ “Thus, ‘legal interest’ is a relational concept [...]. It is the integration of the sociological ‘is’ and the normative ‘ought’ of legal principles and ideals, for only interests which are found valuable in the eyes of the law can be recognized as legal interests” – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 378. Para uma exploração mais completa desta problemática, v. com bastante detalhe FOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 395 ss.

Reportamo-nos aqui, como será fácil de entender, à função crítica do conceito de bem jurídico, que nem todos os autores reconhecem³⁴².

Esta necessidade de valoração legislativa, precisamente porque tem na sua base uma qualquer realidade da sociedade, levará depois o legislador a optar, por entre os diversos valores, por aqueles que considera serem indispensáveis no seio de uma comunidade plural (e hoje também muitas vezes multicultural) – isto porque não se pode realisticamente esperar que exista, pelo menos em temas mais sensíveis ou áreas mais complexas, um consenso absoluto ou percepção unitária por parte de todos os membros da sociedade³⁴³. As normas penais exprimem assim hoje, na sua maior parte³⁴⁴, as convicções culturais de apenas parte da sociedade, de “grupos” sociais dominantes, o que aumenta o risco de instrumentalização do Direito Penal para assegurar a predominância destes sobre os outros, dessa cultura sobre outras, o que não corresponde ao ideal de convivência livre que o bem jurídico se propõe a proteger³⁴⁵.

De facto, enquanto esta teoria incorporar valorações, colocar-se-á sempre o problema de saber quais são os valores “correctos”, assim como se manterá o risco de acolhimento de valores “falsos”³⁴⁶ – o que não significa que a alternativa (não acolher valoração alguma) seja preferível; mas deve levar o legislador a ponderar o que é realmente um bem jurídico e o que se destina somente a perpetuar uma certa moral dominante³⁴⁷.

³⁴² A potencial não correspondência entre “ser” e “dever-ser” nesta acepção só se verifica no caso das teorias para as quais o conceito de bem jurídico desempenha uma função crítica da legislação, porquanto para as teorias puramente sistemáticas, dado que os bens jurídicos se retiram apenas e só do Direito positivo, existe uma coincidência entre o que é e o que deve ser. Esta distinção resulta de ponderações filosóficas, e dependerá naturalmente do pensamento de cada autor: p. ex. Kelsen chega à conclusão, por o “dever-ser” se basear em valorações dependentes de padrões morais e estes não serem fixos, que a ciência do Direito não se poderá ocupar da legitimação do mesmo, mas simplesmente da sua observação – KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 (Herausgegeben von Matthias Jestaedt), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pág. 15 e 49 / 50.

³⁴³ D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition...”, pág. 336. É também por este motivo que Amelung considera ser impossível “construir uma teoria do bem jurídico que seja vinculante e susceptível de consenso sobre a base de valorações supralégais”, uma vez que “numa sociedade axiologicamente plural [...] não há um conjunto suficientemente delimitado de valores nem uma igualmente bem delimitada ordenação destes que sejam admitidos de modo generalizado” – AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 238 (tradução livre). E por isso argumenta – e com razão – que deveria existir a exigência de uma maioria qualificada para que se justificassem novas criminalizações, dado que não parece convincente proibir uma conduta que 50,01% das pessoas concorda dever ser proibida quando 49,99% da sociedade a considera aceitável – *ibid.*, pág. 239.

³⁴⁴ Existe um núcleo reduzido de normas com as quais praticamente a totalidade da comunidade concorda e que espelham, por isso, as convicções da indisputável maioria – estas normas pertencerão sem dúvida ao Direito Penal clássico, mas não o compõem na íntegra, reportando-se antes apenas a uma percentagem do mesmo.

³⁴⁵ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 287.

³⁴⁶ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 386, mencionando ainda o autor que, para que se reduza o risco de recepção de “falsas” valorações deveria a teoria tentar limitar desde logo o círculo de bens jurídicos admissíveis.

³⁴⁷ Isso tanto em relação a novas criminalizações como também às já existentes, quando já não correspondam a bem jurídico algum e consubstanciem apenas a condenação moral de parte da sociedade (não dominante) – HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, pág. 57 ss). É neste sentido que se sugere a maioria como possível solução para o problema, apesar de significar, de certa forma, a substituição de uma verdadeira valoração por parte do legislador por um simples critério quantitativo – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 288.

Já conscientes da dificuldade de valoração no âmbito de uma sociedade pluralista, estaremos agora em condições de retirar uma fulcral consequência de tudo o que foi sendo dito: tendo em conta que nem todos, numa sociedade, valoram de igual forma as mesmas coisas, e tendo a Moral o objectivo último de homogeneizar o tecido social³⁴⁸, o Direito (mormente penal) não poderia nunca dirigir-se legitimamente à protecção de concepções puramente morais, já que a sua missão é, pelo contrário, garantir a possibilidade de coexistência da diferença e da variedade³⁴⁹. O bem jurídico actua aqui, mais uma vez, como conceito fundamental para se conseguir distinguir entre aqueles comportamentos puramente imorais (e que devem permanecer fora do âmbito de actuação próprio do Direito Penal), e aqueles que revelam valorações tão indispensáveis que devem ser acolhidas pelo legislador penal³⁵⁰.

A valoração jurídica deverá ser, como visto, constitucionalmente ancorada, e deverá por isso encontrar-se em consonância com a ordenação de valores fundamental do Estado³⁵¹; isso não significa, como também já foi referido, que a valoração operada permaneça estática por se reportar à Constituição – para além da própria Constituição, formal ou material, poder sofrer alterações, o referente valorativo de bem jurídico deve estar em sintonia com o espírito daquela, o que significa que, conforme a percepção social altere³⁵², também assim se devem adequar os valores protegidos pelo Direito Penal (isto pese embora exista, segundo alguns autores, um núcleo valorativo na teoria do bem jurídico, que diz respeito à sua vertente exclusivamente liberal, que permanece inalterado, mesmo quando hipoteticamente isso já não correspondesse à ordem constitucional vigente).

Quando se afirma, portanto, que o crime afecta um determinado bem jurídico protegido pela norma quer-se significar sobretudo que *o valor subjacente à realidade valorada*

³⁴⁸ Como esclarece BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 310: “A moral implica [...] o cumprimento de uma norma autónoma, que inclui a necessidade de motivação pelo dever, carecendo de qualquer outra razão. O Direito [...] realiza-se mediante uma norma heterónoma, exigindo-se que se atue conforme o dever, e não pelo dever, a partir de uma coerção imposta à hipótese de não cumprimento”.

³⁴⁹ “Daraus folgt, dass das Recht nicht als eine Fortsetzung der Moral begriffen werden kann. [...] So dient das Recht nicht nur der Stabilisierung von Regeln, sondern bringt auch die Möglichkeit, Regeln zu ändern und zu differenzieren und sie so relativ schnell an wechselnde Gegenbenheiten anzupassen” – FIOILKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 403.

³⁵⁰ Esta escolha, dependendo ultimamente de ponderações valorativas subjectivas, leva a que exista uma certa desconfiança em relação ao processo legislativo penal e à racionalidade do mesmo, como esclarece Amelung: “[...] el trans fondo del Derecho penal y de la legislación penal resultan tan ambivalentes desde el punto de vista psicológico y tan impregnados de oportunismo desde el punto de vista político que la confianza en la racionalidad de este procedimiento se ha visto menoscabada” – AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 239.

³⁵¹ D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition...”, pág. 336, e ainda FIOILKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 295 ss, para a exposição da opinião de vários autores sobre esta questão valorativa constitucional.

³⁵² FIOILKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 382: “Dabei geht es [...] um den Wandel, dem systemkritische Konzepte beeinflussende Wertungen unterliegen. Der Wandel, dem Wertungen unterliegen, zeigt sich daran, welche Objekte jeweils als Rechtsgüter anerkannt werden. Gerade in den Bereichen der Religion und der Sexualität werden Veränderungen sichtbar”.

foi afectado pelo acto delituoso³⁵³, diminuindo ou aniquilando com essa acção a capacidade do bem jurídico em causa cumprir a função social (julgada importante, valiosa) que lhe estava atribuída³⁵⁴. Urs Kindhäuser dá o exemplo da propriedade: este bem jurídico pode ver-se afectado pela destruição de um determinado objecto, mas também pelo furto desse objecto, ou pela ameaça, ao proprietário, de algum mal superveniente na eventualidade de utilizar o bem que lhe pertence – em todas estas situações, o valor intrínseco à propriedade, e que consubstancia na verdade o interesse que o proprietário tem na sua manutenção, é afectado, ainda que a sua manifestação corpórea (o substrato) só seja perturbada na primeira das hipóteses referidas³⁵⁵.

Esta constatação dirige-nos à última das três questões mencionadas no início deste capítulo: *de que* se protege o bem jurídico através do Direito Penal? Como consequência directa do que foi anteriormente exposto, e para não nos alongarmos num tema que, por si só, é bastante complexo e remete para vários pontos da estrutura do delito, devemos admitir que o DP pretende proteger os bens jurídicos tanto de *danos* como de potenciais *perigos*, quando os restantes princípios vigentes em matéria penal se encontrem devidamente respeitados³⁵⁶. Esta questão liga-se ainda ao facto de só se poder considerar a utilização do Direito Penal quando existir uma determinada necessidade de pena, e de se excluir, por princípio, o sentido paternalista das incriminações, devendo-se por isso entender que esse dano ou potencial lesão provêm apenas de terceiros, e não do próprio titular do bem jurídico em causa³⁵⁷.

2.3.4 Consequências do conceito de bem jurídico assim definido

Da exposição temática até agora efectuada foram já resultando algumas consequências da defesa de um conceito de bem jurídico nestes moldes estruturado; no entanto, com o fim

³⁵³ Conferindo-se simultaneamente sentido e significado à distinção entre bem jurídico e objecto da acção.

³⁵⁴ Kindhäuser esclarece que a diminuição do valor do bem não poderia ligar-se apenas à alteração da substância física que se encontra na base de um determinado bem jurídico, pois isso seria demasiado limitado; essa diminuição de valor reporta-se antes à limitação das capacidades do bem jurídico de servir como meio para a realização do livre desenvolvimento da pessoa a quem se encontra afecto – KINDHÄUSER, Urs, “Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte”, in AMELUNG, Knut; GÜNTHER, Hans-Ludwig und KÜHNE, Hans-Heiner (Hrsg.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2010, pág. 257.

³⁵⁵ KINDHÄUSER, Urs, “Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte”, pág. 257.

³⁵⁶ Se quanto ao dano não haverá grandes tumultos, a questão do perigo revela-se mais complexa, sobretudo no caso de crimes de perigo abstracto. Como refere igualmente KINDHÄUSER, Urs, “Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte”, pág. 253: “Nach einer verbreiteten Auffassung in der Strafrechtswissenschaft hat ein mehr oder weniger großer Teil der Gefährdungsdelikte einen zu geringen Unrechts- und Schuldgehalt, so dass ihre Ahndung mit Kriminalstrafe für fragwürdig oder sogar illegitim gehalten wird”. Para uma extensa análise sobre a questão do perigo, com referência também à posição de Kindhäuser, v. COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, sobretudo pág. 361 ss.

³⁵⁷ HEINRICH, Manfred, “Strafrecht als Rechtsgüterschutz...”, pág. 151 ss.

de sistematizar de modo agrupado e coerente os postulados que de tal ideia resultam, sintetizam-se aqui essas consequências de modo ordenado.

A primeira e talvez mais consensual conclusão é que a teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos em DP afasta a possibilidade de se criminalizarem “puras violações morais”³⁵⁸, “comportamentos imorais ou reprováveis”³⁵⁹, exigindo-se sempre a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, com a “menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais para uma vida em comunidade”³⁶⁰, para que seja legítima a criminalização em causa. Não poderão igualmente constituir bens jurídicos legítimos aqueles que são na verdade “proposições (ou imposições de fins) meramente ideológicos”³⁶¹, naquilo que se poderá chamar de “leis penais arbitrárias [...] ou contrárias a direitos fundamentais”³⁶². Um outro corolário dirá ainda respeito à questão de a violação de valores de mera ordenação não dever constituir crime, uma vez que estes não apresentam as mesmas exigências que os bens jurídico-penais, nomeadamente quanto à sua preexistência em relação à proibição, e à sua conformação com a ordenação axiológica constitucional³⁶³. Também a simples delimitação da finalidade da lei³⁶⁴ não constitui um bem jurídico em sentido próprio, uma vez que mais não faz senão mencionar o que se pretende com essa lei alcançar, sem que seja possível divisar um objecto de protecção que sirva o livre desenvolvimento ou a convivência social pacífica informada por princípios liberais. Roxin refere ainda que não configura bem jurídico a simples ofensa à dignidade humana³⁶⁵; e que a protecção de sentimentos se mostra ilegítima, a menos que o que estivesse em causa fosse uma verdadeira ameaça, que desse origem a um sentimento de insegurança por parte do visado³⁶⁶. Crenças, tabus, e leis meramente simbólicas não deverão também ser

³⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 124. Os exemplos mais claros aqui serão dados pelo Direito Penal sexual e a sua evolução gradual.

³⁵⁹ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20.

³⁶⁰ CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*...», pág. 137.

³⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 125. Alguns exemplos do autor: a utilização de normas penais com o fim de proibir ou defender uma determinada ideologia religiosa, estatal, cultural, política, económica, moral ou social.

³⁶² ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20. Neste sentido, a criminalização de um comportamento que corresponde ao exercício de um direito fundamental não poderá ser considerada legítima – ex. a livre manifestação contra o regime, ou o casamento interracial (LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 63).

³⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 125. Estes seriam bens mais propriamente remetidos para a sanção administrativa.

³⁶⁴ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 259, referindo-se às directrizes propostas por Roxin. O exemplo deste caso seria dado pela criminalização da posse de estupefacientes para consumo próprio, supostamente referente a uma “sociedade livre de drogas” – esse pode ser, de facto, o objectivo da lei, mas não constitui um bem jurídico.

³⁶⁵ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20; FIOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 301.

³⁶⁶ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20 (e também pág. 31 ss, expondo e avaliando criticamente a concepção de Gimbernat em relação à protecção de sentimentos). Os sentimentos não podem, em geral, ser tutelados pelo DP, uma vez que no seio de uma sociedade pluralista existirão sempre concepções divergentes que deverão ser toleradas, sob pena de se violar na verdade, se se considerarem sentimentos bens jurídicos, a verdadeira “coexistência pacífica entre pessoas” – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 64. Mesmo em relação à segurança, é no mínimo duvidosa a sua configuração como bem jurídico, sendo a maioria das vezes qualificado como sendo um bem jurídico aparente por parte da doutrina (p. ex. AMELUNG,

consideradas legítimas em face da teoria do bem jurídico³⁶⁷, assim como aqueles bens jurídicos tutelados através de normas penais que se revelem constituir abstracções “de difícil apreensão”³⁶⁸. Por último, o paternalismo penal deve igualmente ser excluído da legítima tutela deste ramo de Direito, porquanto a auto-lesão “consciente e responsável” (ou auxílio a esta) não configura a defesa de um bem jurídico, dado que esse é o livre desenvolvimento que o titular do mesmo deseja prosseguir³⁶⁹. Não necessariamente como um corolário, mas mais como uma consequência lógica deste regime, sugere ainda Greco que só se deveria utilizar um bem jurídico colectivo como objecto de protecção da norma quando não fosse possível reconduzir essa mesma protecção a um bem jurídico individual³⁷⁰ – o que faz sentido, dado que a criminalização não é tão problemática, bem como a aplicação dos princípios tradicionais do DP também se revela facilitada nesse caso.

Para além das consequências referidas ao nível da limitação à legitimidade das incriminações, existem ainda outras conclusões que se podem retirar do conceito de bem jurídico com a estrutura que lhe foi sendo atribuída neste estudo. Desde logo, resulta claro que o número de bens jurídicos existentes não corresponde ao número de normas penais em vigor, por dois motivos: por um lado, nem todas as normas penais hoje existentes têm por objecto um bem jurídico legítimo; por outro, existem variadas normas destinadas a proteger um mesmo bem jurídico, contemplando aquelas múltiplas hipóteses de lesão ou colocação em perigo do mesmo. Num balanço intuitivo da questão, será de supor (e assumindo que não existem demasiadas normas que não protegem qualquer bem jurídico num determinado ordenamento jurídico) que o número de bens jurídicos será em princípio menor do que o número de normas existentes³⁷¹. Deste modelo de conceito resulta também que não existe

Knut, “El concepto...”, pág. 249 e 251), tendo ainda em conta que aquilo que pode gerar o sentimento de insegurança ou medo varia radicalmente de pessoa para pessoa (PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 115, em especial notas 512 e 513) – voltaremos a esta questão posteriormente no decorrer deste estudo.

³⁶⁷ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20. Aqui também se pode incluir o afastamento da possibilidade de defesa do despotismo por esta teoria – AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 247.

³⁶⁸ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20. Aqui devemos, em virtude da posição dualista que se defendeu, aconselhar cautela na definição desses bens jurídicos demasiado abstractos para que se mostrem úteis ou de todo concretizáveis – estes não se consideram de facto legítimos, mas não devem ser confundidos ou identificados com os verdadeiros bens jurídicos colectivos.

³⁶⁹ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 20. O paternalismo penal e os seus contornos serão com mais detalhe estudados no capítulo atinente ao *harm principle*, pelo que não se repetirão aqui as considerações aí tecidas; para este tema importa sublinhar, contudo, que também a teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos determina que a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico só deverá ser submetida a proibições e consequências penais quando a acção ilícita provém de um terceiro em relação ao titular daquele.

³⁷⁰ GRECO, Luís, “Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?”, in HEINRICH, Manfred (etc.) (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Berlin, De Gruyter, 2011, pág. 213: “Es ist nicht gestattet, ein kollektives Rechtsgut als Schutzgut einer bestimmten Vorschrift zu postulieren, wenn die Beeinträchtigung dieses Rechtsguts immer gleichzeitig die Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts voraussetzt” (sublinhados omitidos).

³⁷¹ Da mesma opinião partilha PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 111.

qualquer hierarquia de bens jurídicos que possa legitimamente ser estabelecida³⁷²: todos têm o mesmo valor, incluindo os problemáticos bens jurídicos colectivos, o que não impede, num conflito de interesses ou bens, que não se conceda primazia a um deles em detrimento do outro – esse é um procedimento normal em Direito com o qual não se pretende conferir um maior ou menor valor *em geral* a um direito, ou bem, mas apenas dirimir um conflito específico, concedendo prevalência, *in casu*, a um deles.

2.4. Classificação dos bens jurídicos

Os bens jurídicos podem ser agrupados segundo diferentes critérios, aos quais já se foi aludindo ao longo da exposição. Desde logo em relação à *titularidade*, podemos distinguir entre bens jurídicos *individuais*, *colectivos*, *difusos* e *universais* – os individuais serão aqueles cujo interesse se encontra ligado a um indivíduo identificável, e os colectivos³⁷³ aqueles que se ligam a um determinado grupo social³⁷⁴; já os universais serão aqueles que teriam uma validade global, aplicando-se em qualquer local, independentemente também da contextualização temporal, e podendo ser defendidos por normas de vários tipos e por vários actores³⁷⁵; e por

³⁷² PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 113, parece propugnar a elaboração de uma lista (apesar de reconhecer que seria uma tarefa bastante complicada), estabelecendo os bens jurídicos e a sua relação / hierarquia entre si. Por nossa parte, não nos parece que essa lista, mesmo a ser possível, fosse útil ou sequer aconselhável: só quando se encontram de algum modo em conflito é necessário determinar qual deles deve prevalecer, o que não significa que essa escolha seja sempre igual; por outro lado, e tendo em conta a variabilidade dos bens jurídicos (segundo a questão da sua pertença a uma comunidade geográfica e temporalmente localizada, bem como a mudança de concepção da mesma, que origina os movimentos de criminalização e descriminalização), essa lista teria que sofrer actualizações constantes, conforme o valor que se atribuisse a determinado bem. O estabelecimento de uma hierarquia teria consequências indesejáveis, como implicar que nem todos os bens jurídicos têm a mesma dignidade (o que por seu turno poderia ter efeitos quanto ao seu referente constitucional); limitar a liberdade do legislador penal de forma insustentável e contraproducente; e retirar ainda alguma da capacidade de adaptação do DP à sociedade que dirige e tutela.

³⁷³ Os interesses colectivos são muitas vezes designados intesses difusos, universais, comuns, sociais ou supraindividuais – v. p. ex. a classificação em VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 6, e HEFENDEHL, Roland, “Debe ocuparse el Derecho...”, pág. 3 e nota 11. Ainda que alguma diferença possa existir entre essas categorias, apenas na distinção entre bens colectivos e universais conseguimos divisar alguma utilidade. De qualquer modo, devido à natureza destes interesses, um bem colectivo poderá muitas vezes ser enquadrado em mais do que uma destas categorias.

³⁷⁴ Amelung distingue ainda estes daqueles pertencentes ao Estado, e divide ainda os bens jurídicos em nacionais e estrangeiros; acrescenta que estes interesses só passam a ser defendidos pelo Direito a partir de uma ficção, que supõe que a colectividade (a maior parte dos membros da mesma) possui esse interesse – AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 230.

³⁷⁵ “[...] those legal goods [...] that are protected in common by norms of different legal systems, either expressly or implicitly, and sometimes even by different actors and entities. They are protected either formally or informally, and the goods are found in a global legal space of normative interaction. The content and extent of the protection of those legal goods is not necessarily the same” – CARRILLO-SANTARELLI, Nicolás, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *in* German Law Journal, Vol. 13, no. 07, 2012, pág. 833. Os bens jurídicos universais ou globais e sua protecção são defendidos por alguns autores na medida em que os consideram necessários devido à globalização hoje existente, determinando esta a incapacidade dos Estados de actuar sozinhos na protecção de interesses legais (CARRILLO-SANTARELLI, Nicolás, “The Protection of Global Legal Goods”, *in* Anuario Mexicano de derecho Internacional. Vol. XIII, 2013, pág. 406); outros são da opinião que a defesa da existência de bens jurídicos globais levaria o DP a exercer uma função promocional bastante questionável e ilegítima, apoiando desse modo uma necessária globalização e harmonização jurídicas – SÁNCHEZ, Bernardo, “Transformación del Derecho Penal...”, pág. 111 (com menção ainda de alguns supostos bens jurídicos globais, como a dignidade, o meio ambiente, a paz e segurança mundiais, etc. – *ibid*, pág. 110).

último os difusos são aqueles que se ligam a uma colectividade de indivíduos indefinidos, mas definíveis³⁷⁶.

Em relação agora à sua *corporização*, os bens jurídicos podem ser materiais ou imateriais: os primeiros dizem respeito àqueles bens que são fisicamente apreensíveis, visíveis, individualizáveis³⁷⁷; os segundos, também denominados bens jurídicos institucionais, reportam-se normalmente àquelas “condições gerais cuja observância é, em princípio, indispensável à convivência social pacífica”³⁷⁸, razão pela qual são maioritariamente relacionados com bens jurídicos colectivos.

Por último, os bens jurídicos podem ainda ser classificados em relação à *função* que se pretende que desempenhem no ordenamento jurídico, dividindo-se assim nas categorias de bens jurídicos imanentes e transcendentais, conforme resultem exclusivamente do sistema jurídico penal³⁷⁹ ou, pelo contrário, resultem de um critério externo àquele³⁸⁰, seja este constitucional ou mesmo totalmente fora do sistema jurídico como um todo.

2.5. Funções do bem jurídico

Ao conceito de bem jurídico são ainda atribuídas várias funções, a primeira (e mais importante) das quais será a sua *função crítica* – identificável com o que outros autores denominam de função limitadora do *ius puniendi* ou ainda legitimadora da incriminação. Segundo esta função³⁸¹, o conceito de bem jurídico deveria ser principalmente utilizado para verificar se nas normas penais existe algum objecto de protecção legítimo ou se, pelo contrário, a norma em causa não protege bem jurídico algum e deveria, por isso, ser eliminada do ordenamento; nesse sentido, é ainda limitadora do poder legislativo, na medida em que efectivamente proíbe – ou pretende-se que proíba, uma vez que, como vimos, não é obrigatória a sua integração no processo legislativo – a existência de novas leis penais sem bem jurídico discernível como objecto de protecção; e postula ainda a descriminalização de condutas em

³⁷⁶ FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 88.

³⁷⁷ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 222; PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 105 distingue ainda os bens materiais (resultantes da actividade humana) dos *bens materiais naturais*, que resultam da natureza.

³⁷⁸ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 222.

³⁷⁹ Neste caso, o conceito de bem jurídico permite a legitimação da norma através de si própria (FIOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 409), apesar de poder apresentar alguma utilidade doutrinária, nomeadamente para a sistematização dos crimes e a comparação das sanções a eles atribuídas – LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 70.

³⁸⁰ LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 72 ss, observando que o bem jurídico transcendente se dirige a fornecer um critério de orientação e crítica para a actividade do legislador (pág. 74).

³⁸¹ Sobre a mesma, v. p. ex. VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 6; PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 105; AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 246; CIVELLO, Gabrielle, *Il concetto penalistico di «onore»: per una concezione «relazionale» del bene giuridico tutelato*, Pádua – Università degli Studi di Padova, Dissertação de Doutoramento, 2009, pág. 39; KUDLICH, Hans, “Die Relevanz der Rechtsgutstheorie...”, pág. 639 ss; LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 245; ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 465 e 466; BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 120; e AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 305.

relação às quais não se possa já dizer que protegem um bem jurídico, ou porque nunca o fizeram ou porque deixou já de corresponder a um interesse legítimo da comunidade necessitado da protecção penal, configurando, deste modo, um critério para aferir da legitimidade das normas penais existentes num determinado momento.

Uma outra função que se lhe atribui é *teleológica* ou interpretativa, consistindo esta na identificação da finalidade perseguida com a incriminação em causa, e permitindo desse modo uma correcta interpretação da extensão de protecção concedida pelos diversos tipos penais³⁸². Esta encontra-se intimamente ligada com a função *dogmática* do conceito de bem jurídico, permitindo este aqui, por exemplo, a distinção fundamental entre objecto de protecção da norma e objecto de acção, entre lesão e colocação em perigo (e entre consumação e tentativa), tendo ainda influência em questões de punibilidade da conduta e medida da pena³⁸³.

A função *sistemática* ou classificatória³⁸⁴, bastante ligada ao positivismo, permite aos juristas estruturar os Códigos e agrupar os delitos de acordo com o bem jurídico que colocam em causa, resultando de uma necessidade destes de “colocar ordem”³⁸⁵ no ordenamento jurídico-penal, dada a multiplicidade de normas existentes.

O conceito de bem jurídico exerce ainda, e por último, importantes funções de *comunicação* – desde logo, entre a política criminal e o Direito Penal³⁸⁶, e entre a realidade (o ser / *Sein*) e o Direito (dever ser / *Sollen*)³⁸⁷. Ao permitir uma auto-descrição do Direito Penal, o bem jurídico consiste num importante instrumento para que se posicione o DP entre as necessidades de liberdade e segurança sentidas pela comunidade³⁸⁸, para além de configurar um argumento relevante para que o legislador justifique certas opções³⁸⁹ e permitir a estabilização da argumentação jurídica, no sentido em que, a partir do momento em que um interesse é denominado bem jurídico, arrasta consigo todo um leque de considerações que

³⁸² V. aqui LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 52 e 246; ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad...”, pág. 465; KUDLICH, Hans, “Die Relevanz der Rechtsgutstheorie...”, pág. 638.

³⁸³ Nestas questões, v. VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 6 e 15; LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 39 e 247 ss; CIVELLO, Gabrielle, *Il concetto penalistico...*, pág. 39; ARAÚJO, António, *Direito Penal do pós bem jurídico*, São Paulo, Livraria e Edição Universitária de Direito, 2014, pág. 79.

³⁸⁴ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 6; KUDLICH, Hans, “Die Relevanz der Rechtsgutstheorie...”, pág. 637; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 116; FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 36; BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 101; ARAÚJO, António, *Direito Penal do pós bem jurídico*, pág. 79.

³⁸⁵ Em sentido crítico, observa CIVELLO, Gabrielle, *Il concetto penalistico...*, pág. 38, que esta função sistemática não oferece um critério objectivo e neutro segundo o qual ordenar os bens jurídicos, e ainda que as categorias se mostram demasiado genéricas e omnicomprensivas.

³⁸⁶ LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept...*, pág. 48.

³⁸⁷ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 378 e referências feitas acima nesse tema.

³⁸⁸ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 421.

³⁸⁹ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 423.

determina o significado e utilidade do emprego desse conceito³⁹⁰. É, finalmente, um conceito que apresenta a vantagem (ou, para outros autores, a desvantagem) de ser flexível³⁹¹, não determinando por isso a sua inutilidade à medida que novos interesses se julgam merecedores de protecção penal, uma vez que não é demasiado fechado (a desvantagem encontra-se, claro, para os autores críticos do bem jurídico, na particularidade de esta flexibilidade poder ser vista como um vazio de conteúdo³⁹², podendo este conceito abarcar praticamente tudo precisamente porque não consegue de forma satisfatória excluir nada).

2.6. Críticas ao conceito de bem jurídico

A teoria do bem jurídico foi, e continua a ser, alvo de variadas críticas; de entre estas críticas, algumas dirigem-se exclusivamente ao conceito imanente (*systemimmanent*), mas a maioria aponta a incoerência e a imprestabilidade do potencial crítico deste conceito (*systemkritisch*) – de tal modo que se chega a afirmar que, para além da própria História ter demonstrado a incapacidade do bem jurídico de exercer essa função³⁹³, tal atribuição de conteúdo a este conceito derivaria apenas de “uma série de erros e conclusões equivocadas”³⁹⁴.

Em geral, as críticas tecidas ao conceito de bem jurídico dirigem-se à indefinição do conceito, incapaz de fornecer critérios normativos satisfatórios quanto à definição do que deve ou não ser considerado bem jurídico necessitado de tutela penal³⁹⁵; à escassa capacidade limitadora do *ius puniendi*, derivada precisamente do seu conteúdo vago e flexível³⁹⁶; à incapacidade de determinar a tutela obrigatória a conceder a um bem jurídico, e insuficiência enquanto critério argumentativo para a tutela possível³⁹⁷; inadequação da teoria em face dos desafios que a sociedade contemporânea lhe coloca³⁹⁸; ficção do conteúdo liberal que lhe é

³⁹⁰ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 428

³⁹¹ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 430.

³⁹² BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 261.

³⁹³ “La historia lineal muestra la capitulación de la función trascendente de la objetividad jurídica. O más bien: no brinda testimonio de que alguna vez haya logrado esse desiderátum” – BALCARCE, Fabián, “Breve relato sobre la ineficácia...”, pág. 21.

³⁹⁴ AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 233 (tradução livre).

³⁹⁵ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 21; D’AVILA, Fabio Roberto, “Aproximações à Teoria...”, pág. 186; AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 306 – este último autor mencionando ainda a crítica de que essa falta de conteúdo próprio faz com que o conceito de bem jurídico se apoie em valorações consensuais, o que por sua vez leva os críticos a concluir pela sua falta de capacidade para se dirigir à questão da legitimidade do DP, apoiando-se antes em princípios de criminalização ou valorações que lhes estejam ínsitas (com mais referências bibliográficas em relação às críticas de Seher, Frisch, Seelmann e Wohlers – nota 22); para uma exposição sucinta da posição destes autores, e outros, v. ainda FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 320 ss, e BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 271 ss.

³⁹⁶ FRISCH, Wolfgang, “Bien jurídico, Derecho...”, pág. 311.

³⁹⁷ D’AVILA, Fabio Roberto, “Aproximações à Teoria...”, pág. 186; FRISCH, Wolfgang, “Bien jurídico, Derecho...”, pág. 319, afirmando nesta questão a limitada importância do conceito de bem jurídico, dado que constitui apenas uma primeira fase no processo de criminalização de uma conduta, podendo esta não se efectivar devido a outros factores (“obstáculos e problemas”).

³⁹⁸ D’AVILA, Fabio Roberto, “Aproximações à Teoria...”, pág. 186.

imputado, sendo o bem jurídico incapaz de excluir, por si só, delitos que tenham por base meras violações morais³⁹⁹; e incapacidade de excluir também delitos nos quais não seja discernível a protecção de um bem jurídico⁴⁰⁰. Para além disso, permite a criminalização de condutas que colocam apenas em perigo o bem jurídico, procedendo-se dessa forma a uma antecipaçãõ exagerada da tutela penal em prol da protecção de bens jurídicos colectivos⁴⁰¹; e não permite que a lesividade tenha um significado naturalístico, uma vez que introduz a não coincidência entre objecto de protecção da norma e objecto de acção⁴⁰². Especificamente em relação ao uso da Constituição enquanto referente valorativo externo da teoria do bem jurídico, critica-se o facto de esse referente (Constituição material) ser demasiado vago e inclusivo⁴⁰³; fazer perder o aspecto crítico do bem jurídico quando se referem normas constitucionais concretas⁴⁰⁴; e ser ainda, contrariamente, demasiado restrito (Constituição formal), dado que a lei fundamental não refere todos os interesses dignos de protecção penal, e determinando esse facto ainda a falta de capacidade de adaptação do DP a novas exigências sociais⁴⁰⁵.

Os defensores desta teoria, por seu turno, respondem a estas críticas argumentando que o conceito de bem jurídico deve permanecer aberto, cumprindo desse modo uma dupla função: por um lado, permite a adaptação do Direito à sociedade e tempo em que se insere, garantindo a actualidade do conceito; por outro, essa flexibilidade permite a perpetuação da sua função político-criminal de auxílio nos movimentos de criminalização e descriminalização⁴⁰⁶. Afirmam também que a teoria do bem jurídico se encontra mais vocacionada a determinar a legitimidade das normas penais através de um critério negativo – ou seja, pretende determinar o que *não é legítimo punir*, mais do que proporcionar critérios de criminalização⁴⁰⁷; e que a sua utilidade não se vê diminuída quando confrontada com as características das sociedades contemporâneas: antes pelo contrário, a sua capacidade de

³⁹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto, "Aproximações à Teoria...", pág. 186; VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 21, em concreto em relação a não ter impedido o surgimento, no período nacional-socialista alemão, de normas penais que não possuíam qualquer bem jurídico. Num sentido algo contrário, argumenta Stratenwerth que o bem jurídico desprotege demasiado a dimensão moral ínsita ao DP, centrando-se por isso na protecção dos interesses do *homo economicus*, preocupado apenas com a maximização da sua liberdade – v. em FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 322, com mais referências.

⁴⁰⁰ VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 21; no mesmo sentido temos ainda a opinião de JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 97, Heft 4, pág. 751 ss (para uma análise mais completa em relação às críticas de Jakobs, v. LÜZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 138 ss.)

⁴⁰¹ AMBOS, Kai, "The Overall Function...", pág. 306;

⁴⁰² VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 21.

⁴⁰³ VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 21.

⁴⁰⁴ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 109 e 117 – constatando ainda que retirar um critério crítico da lei positiva resulta em último num argumento circular.

⁴⁰⁵ VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 22.

⁴⁰⁶ BECHARA, Ana Elisa, "O rendimento da teoria...", pág. 21; VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 22.

⁴⁰⁷ VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría...", pág. 22; BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 382.

adaptação permite responder às novas questões de modo satisfatório, sem que seja necessária a sua substituição por um outro critério de legitimação⁴⁰⁸. Outra das vantagens enunciadas é o potencial liberal da teoria do bem jurídico, que se concretiza igualmente na protecção que concede às minorias em relação à opinião da maioria⁴⁰⁹. Por outro lado, as consequências jurídicas para as normas penais que não protegem bens jurídicos são uma questão (para quem defenda um referente constitucional, pelo menos) para o Direito Constitucional, sendo que o desrespeito pelos postulados desta teoria não determina, *ipso facto*, a inutilidade da mesma⁴¹⁰; e a existência de crimes de perigo é legítima, desde que a tutela requerida pelo bem jurídico em causa o justifique, e esteja ainda em consonância com os restantes princípios gerais vigentes em Direito Penal⁴¹¹. Concluem que a lesividade de um crime não deixa de ser naturalística, tendo apenas um referente diferente do concreto objecto alvo do crime – como já referido, a lesão reporta-se ao prejuízo que advém da acção delituosa, à diminuição de valor operada no interesse em causa⁴¹²; e que a referência à ordenação axiológica operada pela Constituição é necessária, dado que esta exprime os interesses fundamentais de uma determinada sociedade e todas as leis devem encontrar-se em conformidade com a mesma⁴¹³.

Como qualquer teoria, conceito ou opinião, o bem jurídico apresenta as suas vantagens e pontos fracos, o que não significa, parece-nos, quando efectuado um balanço entre ambos, que se deva propugnar um afastamento total do mesmo e a sua substituição por outro critério (que sem dúvida terá também as suas limitações e aspectos criticáveis) – a única forma de garantir que um princípio dirigido a colocar limites ao legislador não é criticado é precisamente não defender nenhum⁴¹⁴.

2.7. Alternativas ao bem jurídico

Existem quase tantas sugestões de alternativas ao bem jurídico quanto autores críticos do mesmo, pelo que iremos aqui referir apenas algumas (para além das que foram já surgindo noutros temas deste estudo). Assim, há quem afirme que o critério a utilizar deveria ser o de

⁴⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 148 ss; e ainda ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 14 ss, demonstrando, recorrendo a seis exemplos legislativos (condutas homossexuais, posse de estupefacientes para consumo próprio, doação de órgãos *inter vivos*, incesto, negação de acontecimentos históricos, e pornografia infantil), que o bem jurídico se encontra apto a responder a desafios actuais.

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 30.

⁴¹⁰ ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 38 ss e VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 23.

⁴¹¹ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 22.

⁴¹² VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 22.

⁴¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 117 ss; VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 24; ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 35 ss.

⁴¹⁴ “Denkbar ist aber auch, dass effektive Gesetzgebungsprinzipien gar nicht erwünscht sind, denn: ‘Wer keine abwägungsfesten rechtsstaatlichen Prinzipien hat, kann auch keine verlieren’ – FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 102.

merecimento de pena, como Frisch e Naucke⁴¹⁵; que o princípio da lesividade se deveria referir não ao bem jurídico, mas sim ao “comportamento socialmente danoso” (Ripollés)⁴¹⁶ ou à disfuncionalidade do sistema (Amelung)⁴¹⁷; que o referente do crime devem ser condutas que ofendem convicções culturais vigentes numa determinada sociedade (Hefendehl)⁴¹⁸; ou ainda, como com Stratenwerth, que a criminalização será necessária onde se verifique um consenso normativo comunitário⁴¹⁹. Há ainda autores que, adoptando uma posição funcionalista, argumentam que o objecto de protecção das normas penais são as expectativas normativas, a vigência das próprias normas ou a configuração da sociedade tal como é (Jakobs, Müssig)⁴²⁰.

A última alternativa que iremos mencionar será o *harm principle*, princípio jurídico de raiz anglo-americana que se propõe de igual modo a limitar a liberdade do legislador penal recorrendo a um conteúdo exclusivamente liberal, e que muito liminarmente (uma vez que será analisado no capítulo seguinte) propõe que uma lei penal só será legítima quando a conduta proibida causar danos ou prejuízos (*harm*) a terceiros. O problema, como se poderá depois concluir, está no referente desse dano (dano a quê?), razão por que se acredita, adiantando algumas conclusões, que uma leitura conjunta dos dois princípios – do bem jurídico e *harm* – seria benéfica a uma mais eficaz limitação do *ius puniendi*, como se terá oportunidade de explorar posteriormente.

⁴¹⁵ NAUCKE, Wolfgang, “Prevención general y derechos fundamentales de las personas”, in NAUCKE, Wolfgang, HASSEMER, Winfried, e LÜDERSEN, Klaus, *Principales Problemas de la Prevención General*, tradução de Gustavo Aboso e Tea Low, Buenos Aires, BdeF, 2004, pág. 37 e 38. Frisch afirma, em relação ao bem jurídico: “en una comunidad jurídica [...] no puede bastar que la restricción persiga o garantisse algo considerado (por los demás, e incluso por una mayoría de ellos) como «valioso» o «bueno»” – FRISCH, Wolfgang, “Bien jurídico, Derecho...”, pág. 322.

⁴¹⁶ DIEZ RIPOLLÉS, José, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pág. 139 ss.

⁴¹⁷ AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 350 ss.

⁴¹⁸ HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, pág. 52 ss.

⁴¹⁹ STRATENWERTH, Günther, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, in HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pág. 365 ss. Roxin dirige a esta posição três críticas: em primeiro, à circunstância de a maioria da sociedade desaprovam uma determinada conduta não se segue a sua necessidade de punição; em segundo, dada a sociedade multicultural contemporânea, não seria sequer possível encontrar um consenso; e por último, um consenso acerca do que deve ser punido também não é possível devido a “o consenso fundamental existente na nossa sociedade ser no sentido de que cada um é livre de desenvolver a sua personalidade de acordo com as suas preferências desde que não ponha em causa nesse processo o livre desenvolvimento de outrem ou as condições necessárias a esse desenvolvimento” – ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 28.

⁴²⁰ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 275 – em específico em relação às expectativas normativas e a teoria de Luhmann, pág. 284 ss; em relação à teoria desenvolvida por Jakobs, com alargada exposição, pág. 289 ss; aqui v. também, com críticas ao conceito de bem jurídico, JAKOBS, Günther, “Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung”, in FREUND, Georg (etc.) (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013; e acerca da sua posição, JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización...*, pág. 47 ss. Quanto à proposta doutrinária de Müssig, v. LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos...*, pág. 161 ss e MÜSSIG, Bernd, “Desmaterialización del Bien Jurídico...”, pág. 169 ss.

3. O “harm principle”

A criminalização de condutas é um processo inegavelmente político que sucintamente corresponde à decisão sobre que comportamentos se desejam proscrever da sociedade, a eles associando as sanções típicas do Direito Penal. Este processo, cujo resultado terá consequências directas no quotidiano de cada pessoa parte dessa sociedade⁴²¹, deverá ser informado por princípios legais capazes de efectivamente limitar a acção do Estado, obrigando à existência de uma fundamentação racional que permita perceber o porquê de certa conduta dever ser considerada crime (ou, ao invés, de *não dever* ser criminalizada). Esta questão, como vimos, encontra-se intimamente ligada com o problema da legitimidade da lei penal, da sua “intervenção ao nível legislativo e prático”⁴²², referindo-nos aqui com esta expressão não a requisitos formais da mesma, mas sim ao seu conteúdo e aos valores que lhe estão ínsitos. De facto, sendo o Direito Penal um sistema de normas que procura regular e limitar o comportamento individual de forma coercitiva, necessita indubitavelmente de uma justificação para o fazer⁴²³.

Ao contrário do que aconteceu no nosso sistema continental, a busca anglo-americana por um princípio capaz de guiar o legislador penal nas suas escolhas punitivas não resultou na adopção do conceito de bem jurídico, mas antes no denominado “harm principle”, princípio de pendor claramente liberal que preconiza uma intervenção penal minimalista.

Impõe-se neste momento, e antes de continuar com a análise deste princípio, proceder a uma tentativa de tradução do mesmo, tarefa que não se adivinha fácil, devido às especificidades linguísticas de cada idioma. Iniciando por uma perspectiva comparada, “harm” é traduzido como *Schaden* para alemão, *danno* para italiano, *préjudices* para francês, *daño* para espanhol e *škoda* em esloveno – todas estas palavras se podem traduzir para português, com relativa facilidade, para *dano*. E no entanto, a ideia de dano não reflecte verdadeiramente todo o conteúdo implícito em *harm*⁴²⁴, que vai para além de “dano”, “risco”, “perigo” ou “perigosidade”; mesmo a palavra “prejuízo”, apesar de em abstracto poder conter de igual

⁴²¹ Para além de consubstanciar uma verdadeira restrição à liberdade individual, impedindo ou exigindo certas opções comportamentais, é ainda um “poder que molda os nossos valores, divide a população em criminosos e não-criminosos [...] e pode tornar (através da imposição de certas sanções a certas condutas) a vida de alguém significativamente pior” – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, New York, Springer, 2007, pág. 6 (tradução livre).

⁴²² PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 40, nota 158.

⁴²³ SIMESTER, A. P., SPENCER, J. R., SULLIVAN, G. R. and VIRGO, G. J., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Fifth Edition, Oxford, Hart Publishing, 2013, pág. 6: “No one, including the State, should coerce others without good reason”.

⁴²⁴ Desde logo porque também se poderia traduzir como “dano” a palavra inglesa *damage*, que alude a um “estrago” provocado por algo; ou ainda *injury*, que se refere especificamente a um contexto de dano ao corpo humano (PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 70). Todas as expressões, no entanto, diferem da amplitude do conteúdo de *harm*, o que em português equivaleria, numa tradução menos científica mas mais literal (para que se perceba a quantidade de realidades englobadas), a “fazer mal a”, “prejudicar”.

modo a ideia ancilar de *harm*, poderia induzir o leitor português em erro, na medida em que é mais vulgarmente utilizada para referir danos patrimoniais.

Por estes motivos, se tivéssemos que optar por alguma das traduções, talvez a mais correcta (ainda que lida *cum grano salis*) fosse de facto “princípio do dano” ou da “danosidade”⁴²⁵; no entanto, não existindo na nossa perspectiva nenhuma expressão em português que corresponda a todas as possíveis dimensões assumidas por “harm”, iremos no decorrer deste estudo continuar a utilizar a original expressão em inglês “harm principle” (opção eleita, aliás, por vários autores de língua não inglesa que se debruçam sobre este tema).

3.1. Enquadramento sistémico do *harm principle*

Uma vez que o *harm principle* não faz parte da tradicional doutrina do Direito Penal continental, cumpre, antes de mais, saber se será no nosso sistema um princípio autónomo ou se o seu conteúdo já fará parte (ou poderia fazer) de uma das categorias existentes entre nós.

O conceito de crime, num sistema teleológico-funcional como aquele que se defende actualmente, traduz-se numa *acção típica ilícita, culposa e punível*. Analisando muito superficialmente as várias categorias mencionadas⁴²⁶, podemos concluir que o conteúdo de “harm”, dano, prejuízo, não teria lugar na acção, uma vez que esta, isoladamente considerada, é neutra; não poderia ainda ser parte da culpa, já que esta expressa a censura pela decisão livre do agente de optar por características da personalidade que se traduzem e fundamentam o seu comportamento antijurídico⁴²⁷. A punibilidade diz respeito à “ ‘dignidade punitiva’ do facto como um todo”⁴²⁸, ou seja, conclui, no conceito de crime, que todos os elementos necessários à punição do agente se encontram presentes e que o preenchimento da *Tatbestand* se encontra perfeito⁴²⁹ – também aqui não faria sentido englobar o conceito de *harm*, já que a punibilidade apenas verifica da existência ou não de elementos que neguem a punição do agente⁴³⁰. A única categoria que resta, do ilícito típico, poderia à primeira vista incorporar este conceito (por exemplo, quanto aos elementos que dizem respeito à conduta ou bem jurídico presentes no

⁴²⁵ Danosidade distinta da “danosidade social” normalmente invocada, em português, por aquela expressão – v. p. ex. a utilização da mesma em ANDRADE, Manuel da Costa, “A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal (Esboço Comparatístico, em Busca de um Novo Paradigma Normativo)”, in *Revista Jurídica Portucalense*, nº 15, 2012, pág. 161 ss. Como ficará adiante claro, o ponto de ligação fulcral da lei penal no *harm principle* é o indivíduo, e não a sociedade.

⁴²⁶ Na esteira de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 265 ss, consideramos a tipicidade e ilicitude como fazendo parte de uma só categoria, pelo que não serão analisadas de forma separada.

⁴²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 525.

⁴²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 263.

⁴²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 678. Para um estudo acerca da punibilidade e sua autonomia dogmática v. PINTO, Frederico da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo I e II, Coimbra, Almedina, 2013, em especial pág. 323 ss e 797 ss.

⁴³⁰ Como por exemplo o princípio da insignificância ou bagatela, que postula a impunidade do agente apesar de os tipos de ilícito e de culpa se encontrarem preenchidos (não confundir com a sua interferência não já relativamente ao conceito material de crime, mas sim ao nível da consequência jurídica) – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 676 ss.

tipo de ilícito objectivo⁴³¹); o problema com esta categorização é que o ilícito inclui um *desvalor* específico, o que nos impediria de utilizar o *harm principle* numa acepção não normativa, e faria com que só uma concepção exclusivamente normativa do mesmo fosse possível, ou seja, a sua função enquanto princípio capaz de esclarecer o que deve ou não ser criminalizado (ao nível do primeiro filtro – consequência danosa) seria inevitavelmente restringida ao afirmarmos que o “dano”, “prejuízo” era na verdade só aquilo coincidente com ilícito típico⁴³².

Resta aqui analisar a possível subsunção do *harm principle* ao conceito de bem jurídico que tem dominado a doutrina penal do continente europeu. Enquanto “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁴³³, o bem jurídico parece ter um conteúdo semelhante ao do *harm principle*, na medida em que ambos têm na sua base (como veremos de seguida na análise a este último) um interesse – a diferença entre os dois, no entanto, é que no princípio da protecção de bens jurídicos não há qualquer menção ao “outro”, o que significa que não preclui a vertente paternalista do direito penal. Outras semelhanças e diferenças surgirão no decorrer deste estudo; por agora, e adiantando um pouco as conclusões a que chegaremos, a melhor opção parece ser considerar o *harm principle* como um princípio de criminalização em sentido próprio, diferente portanto do bem jurídico ou de qualquer outra categoria funcional existente na nossa tradição legal, e cuja maior vantagem será a de *simultaneamente poder completar e ser completado* por aquele bem⁴³⁴.

3.2. A busca anglo-americana por um princípio de criminalização

Numa sociedade liberal, o poder de criminalizar um comportamento – o que arrasta consigo não só uma simples restrição da liberdade pessoal ao proscrever a actuação num certo sentido, mas também o estigma associado a uma condenação e a própria sanção criminal –

⁴³¹ Quanto à conduta, pensando nos crimes de resultado ou mera actividade, e quanto ao bem jurídico pensando nos crimes de dano ou perigo.

⁴³² PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 100. A autora analisa ainda uma outra hipótese de fazer coincidir o conteúdo do *harm principle* com alguma categoria já existente na doutrina continental: a da danosidade social. Este conceito surge na esteira do regime revolucionário comunista, em que o Direito Penal servia para impor o regime desejado, e não para protecção dos cidadãos contra o poder do Estado, como na sua vertente liberal; como se pode verificar, o enfoque da danosidade social é então a sociedade em si e por si, da forma como foi construída, e não os indivíduos, ou até a sociedade *através* ou *por causa* dos indivíduos. Por este e outros motivos, como por exemplo ser mais vago e mais susceptível de abuso, também não foi considerado apropriado para traduzir o conteúdo do *harm principle* – para mais alguns esclarecimentos acerca do tema, *ibid*, pág. 101 ss e ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 360 ss.

⁴³³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 114.

⁴³⁴ Será interessante neste ponto observar que as críticas referidas por DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 110 ao (também) *harm principle* podem quase sem mais ser dirigidas ao bem jurídico, nomeadamente: a sua imprecisão e a sua amplitude teórica.

deve ser limitado por princípios⁴³⁵. Na doutrina anglo-americana essa busca por um princípio limitador do poder estadual reflectiu-se, generalizadamente, na referência a quatro possibilidades: o *harm principle*, o princípio da ofensividade (*offence principle*), paternalismo legal e moralismo legal. Iremos de seguida analisar cada um deles, para depois nos focarmos apenas naqueles que se considerarem legítimos.

a) *Harm principle*

O *harm principle* surge pela primeira vez em 1859 com J. S. Mill, quando este autor afirma, na sua obra “On Liberty”, que o único fim para o qual poderia ser legitimamente utilizado o poder punitivo do Estado seria prevenir danos /prejuízos a outros⁴³⁶. A esta posição mais radical seguiu-se posteriormente uma outra, de Joel Feinberg, que na sua obra de quatro volumes acrescenta a esta tradicional versão do princípio aquilo que considerará princípios mediadores, ou seja, outras considerações que se devem ter em conta quando se pretende julgar da necessidade de uma incriminação. Assim, na nova formulação do *harm principle*, uma criminalização só seria legítima se, para além de ter como fim a prevenção de um dano ou prejuízo a alguém (outro que o autor), fosse ainda o meio mais eficaz para o fazer, com o mínimo custo para outros valores⁴³⁷ – introduz-se deste modo uma ponderação própria do princípio da proporcionalidade e do carácter subsidiário do Direito Penal.

A contribuição de Feinberg neste momento importa ainda na sua tentativa de definição de *harm*, identificando o autor duas acepções possíveis: uma não normativa, que define como um retrocesso ou contrariedade a um interesse⁴³⁸, uma acção que piora a situação da pessoa em causa; e uma normativa, que corresponde ao carácter indevido, incorrecto, ilícito dessa acção que prejudica a outra parte (uma violação dos seus direitos)⁴³⁹. Mas nenhuma destas acepções singularmente considerada consegue exprimir o devido sentido de *harm* na formulação do princípio homónimo, fim que será apenas alcançado com uma combinação das duas – vejamos porquê.

Um retrocesso ou contrariedade a um interesse pode ser meramente fortuito – o proprietário de um bem destruído no decorrer de uma catástrofe natural vê o seu interesse na manutenção da integridade desse bem contrariado; e no entanto não podemos legitimamente

⁴³⁵ Estes princípios, só pelo simples facto de o serem, não têm que automaticamente ser considerados “bons princípios”; podem existir maus princípios de criminalização – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 13.

⁴³⁶ “[...] the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others” – MILL, John Stuart, *On Liberty* (1859), Kitchener, Batoche Books, 2001, pág. 13.

⁴³⁷ “[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is no other means that is equally effective at no greater cost to other values” – FEINBERG, Joel, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1, New York, Oxford University Press, 1984, pág. 26. Esta posição não é tão extrema quanto a de Mill porque este dano ou prejuízo é uma boa razão para que se afirme a necessidade de uma determinada criminalização, mas não a *única* razão ponderada.

⁴³⁸ “setback to interest” – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 13; FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 31 ss.

⁴³⁹ “‘harm’ as a ‘wrong’” – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 14; FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 34ss.

afirmar que esta hipótese deva constar da lista de criminalizações de uma sociedade. Do mesmo modo, existem situações em que um acto pode ser ilícito ou em transgressão de alguma norma (não penal, e até mesmo não legal) – pense-se, por exemplo, no comportamento ofensivo⁴⁴⁰ –, e não podemos automaticamente afirmar que esse acto indevido causou algum dano ou prejuízo ao outro⁴⁴¹. Por este motivo, apenas um *acto ilícito que cause um prejuízo a outrem* pode ser considerado como expressão do sentido de *harm*⁴⁴².

b) Princípio da ofensividade (*offence principle*)

O princípio da ofensividade é descrito também por Feinberg, explicando este que é igualmente “uma boa razão a favor de uma proposta de proibição criminal que esta seja um modo provavelmente eficaz de prevenir ofensas sérias (ao contrário de lesão ou dano) a pessoas para além do autor, e que seja provavelmente um meio necessário para esse fim”⁴⁴³.

Também neste existe uma dimensão geral e outra normativa para o conceito de ofensa: na aceção geral ou não normativa da palavra são englobados todos os estados mentais desagradáveis ou que a pessoa em causa não aprecia, como p. ex. “nojo, vergonha, ansiedade, sentir-se insultado”, irritação, raiva, etc.⁴⁴⁴; o sentido normativo exige que esses estados mentais sejam causados, mais uma vez, de forma ilícita (violando um direito da pessoa)⁴⁴⁵.

Os autores que defendem a utilização deste princípio para determinar o que deve ou não ser legitimamente criminalizado não dispensam a presença do carácter ilícito da conduta do autor para que se possa afirmar que uma reacção legal seja adequada. Essa ilicitude reflecte-

⁴⁴⁰ Exemplo referido em HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 251. O autor esclarece que o seu carácter indevido, errado (*wrongfulness*) reside na falta de respeito ou consideração demonstrada para com a outra pessoa.

⁴⁴¹ Na continuação do exemplo acima mencionado (nota anterior), o comportamento ofensivo só seria criminalizado quando também significasse a existência de um dano ou prejuízo para a pessoa: p. ex., quando um mero insulto (não legitimamente criminalizado) tivesse o potencial de se transformar em dano real (discurso de ódio e suas consequências para a vida da pessoa atingida) – HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 248.

⁴⁴² Andreas von Hirsch considera que estes dois elementos devem ser separadamente considerados, ou seja, para que uma acção deva ser considerada crime deve existir um dano ou prejuízo e um carácter ilícito atinente à acção que o provocou – HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 246. Em Feinberg são vistas como duas faces possíveis da mesma realidade – *harm* como prejuízo, e *harm* como ilícito. Mesmo assim, esta definição engloba demasiadas realidades que poderiam ser criminalizadas, daí que sejam posteriormente introduzidos princípios mediadores que irão acrescentar restrições ao poder estatal.

⁴⁴³ FEINBERG, Joel, *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 2, New York, Oxford University Press, 1985, pág. 1 (tradução livre).

⁴⁴⁴ Todos referidos em PETERSEN, Thomas, “No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges”, *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 10, Issue 2, 2016, pág. 357; também em FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, pág. 1.

⁴⁴⁵ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 14. Os direitos da pessoa vítima da ofensa devem de alguma forma ser violados de forma a que se possa afirmar a legitimidade da intervenção do poder punitivo do Estado; uma simples “indignação moral” não é suficiente senão no princípio do moralismo legal, rejeitado pelo liberalismo – FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, pág. 68 e 69.

se, como esclarecem Simester e von Hirsch, numa atitude de “desrespeito ou falta de consideração” presente na conduta ofensiva em causa⁴⁴⁶.

Como se pode depreender, estes casos são significativamente menos graves do que os adstritos ao *harm principle*, algo que o primeiro autor proponente do princípio também sublinhou, ao afirmar que a lei não os deveria tratar de forma equivalente. Essa não equivalência implicaria a não utilização do Direito Penal se outros métodos se mostrassem capazes de regular a situação de forma igualmente eficaz e económica⁴⁴⁷; as sanções deveriam ser no geral mais lenientes, consistindo em multas mais do que privação da liberdade, mas quando se julgasse necessária esta última, então contada em dias, e não meses ou anos; e por último, se fossem de facto algo a inserir no domínio da lei penal, então apenas quando fossem perpetradas em local público e assim incomodassem membros do público em geral⁴⁴⁸.

Para além destas limitações, Feinberg introduz ainda um exercício de comparação que deve ser efectuado no caso concreto, de modo a que se possa concluir da ilicitude destas ofensas⁴⁴⁹. Assim, do lado da vítima, deve ser avaliada a *seriedade da ofensa*, determinada por três factores: a intensidade e duração da repugnância, bem como se essa reacção de repugnância poderia ter sido antecipada como sendo a reacção geral; a facilidade com que as vítimas poderiam ter evitado a ofensa; se as vítimas haviam voluntariamente assumido o risco de serem ofendidas. Do lado do agente, deve ser tida em consideração a *razoabilidade da conduta*, determinada também por três factores: a importância que essa conduta assume para a pessoa do agente e o seu valor social geral; a existência de alternativas (em termos de tempo ou local) para que a conduta causasse menos ofensa; e se essa conduta ofensiva é motivada por despeito⁴⁵⁰.

Neste sentido, uma leitura actualizada do princípio da ofensividade pelos critérios acima descritos requereria que a intervenção do Estado só se considerasse legítima quando a

⁴⁴⁶ HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP, “Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles”, in HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Portland, Hart Publishing, 2006, pág. 120 ss; v. também HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 252 e PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 16, nota 48. Os autores referem quatro exemplos, esclarecendo em cada um a origem da sua ilicitude: no *insulto* é o tratamento desrespeitoso *per se* da outra pessoa (infringindo o direito da pessoa a que não seja tratada de forma intencionalmente humilhante); no *exibicionismo*, uma espécie de violação da privacidade inversa (violando o direito a não ser involuntariamente incluído na privacidade de outra pessoa); na *mendacidade intrusiva*, o direito à anonimidade em público (contra o direito de essencialmente não ser incomodado em público); e na *conduta pública preemptiva*, o facto de interferirem com a liberdade de persecução de outras actividades preferidas (os autores dão o exemplo de ouvir um rádio portátil em alto volume num transporte público, o que interferiria com, p. ex., a leitura por parte de um outro passageiro).

⁴⁴⁷ Nomeadamente poderem (e até deverem primeiramente) ser tratados no domínio próprio das contra-ordenações; v. FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, pág. 3.

⁴⁴⁸ FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, pág. 4 e 10.

⁴⁴⁹ Enumeração dos critérios mencionados em FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, pág. 26; v. também PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 15, nota 42 e AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 310, nota 47.

⁴⁵⁰ FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, pág. 26. Em PETERSEN, Thomas, “No Offense!...”, pág. 357 são referidos vários exemplos que conseguem ilustrar comportamentos ofensivos que, de forma relativamente intuitiva, se podem incluir ou afastar do âmbito da legítima regulação legal.

seriedade da ofensa ultrapassasse a *razoabilidade* da conduta (para além desta conduta ser ilícita).

Von Hirsch e Simester mencionam também a necessidade de se incluir uma ponderação através de princípios mediadores⁴⁵¹, sendo estes a *tolerância social* que deve existir em geral mesmo para condutas que se considerem desrespeitosas; o *princípio da inevitabilidade*⁴⁵², denotando este a facilidade ou não que a vítima teria de evitar a exposição ao comportamento ofensivo; e a *proximidade* da conduta, isto é, esta deve ser ofensiva por si, e não apenas tornar possível que se desenvolvam outras condutas (posteriores) que possam ser ofensivas.

O princípio da ofensividade não é tão prontamente aceite como o *harm principle* – alguns autores defensores do liberalismo radical (como Mill) aceitam apenas e só este último princípio como conferindo legitimidade a uma criminalização; outros consideram que será um princípio inútil, ou porque o seu conteúdo pode facilmente ser subsumido àquele do *harm principle*⁴⁵³, ou porque criticam a circunstância de não se encontrar explicado o porquê de alguns sentimentos de outros se sobreporem à liberdade de ação do agente⁴⁵⁴; outros ainda aceitá-lo-iam numa base puramente jurisprudencial⁴⁵⁵. Por nossa parte, consideramos que a abordagem de Simester e von Hirsch será a melhor opção: o princípio da ofensividade é necessário para que não se desvirtue o *harm principle*, imputado-lhe a inclusão de comportamentos ofensivos que não cumprem os requisitos daquele princípio⁴⁵⁶

⁴⁵¹ HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP, “Penalising Offensive Behaviour...”, pág. 124 ss; SIMESTER, AP e HIRSCH, Andrew von, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Oxford, Hart Publishing, 2011, capítulo 8.

⁴⁵² Definido em inglês na afirmativa (*avoidability principle*), e não na negativa, como se optou por fazer aqui, considerando a falta de um nome em português que designe circunstâncias evitáveis, e que o seu conteúdo não é distorcido pelo facto de assumir a designação no inverso.

⁴⁵³ Por exemplo PETERSEN, Thomas, “No Offense!...”, ou Louis B. Schwartz, mencionado em PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 15, nota 43, que afirma que o comportamento ofensivo causaria dano psicológico, daí não haver necessidade real de um princípio separado para o legitimamente criminalizar.

⁴⁵⁴ SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 122, Heft 1, 2010, pág. 39: “Beim Belästigungsprinzip bleibt *Feinberg* außerdem eine Erklärung schuldig, mit welcher Rechtfertigung der Staat eigentlich die negativen Gefühle der anderen über das Recht des Individuums auf freie Entfaltung stellt”.

⁴⁵⁵ Como é o caso de PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 32: “[...] there are certainly dangers lurking behind the adoption of such a separate principle [...]. On purely jurisprudential grounds, I could perhaps be persuaded to accept the offence principle, but only if its necessity, and a link between the adoption of such a principle and the reduction of the abuse of the harm principle [...] were sufficiently substantiated.”

⁴⁵⁶ Em HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 251 e 252 há quase uma interdependência dos conceitos de dano ou prejuízo e ofensa; isso não significa, porém, que os dois princípios sejam na verdade o mesmo. O que se propõe é que será mais fácil identificar o comportamento ofensivo que deve ser punido se se lhe acrescentar um elemento de “possível dano” – ou seja, que esse comportamento ofensivo deva ser punido (enquanto ofensa) porque inclui o risco de potenciar comportamentos danosos: “however, the authors add a requirement of eventual harmfulness: that the conduct must, ordinarily occur in the public sphere, and risk adversely affecting the use ability and attractiveness of public space” – factores que já decorriam da análise do princípio até agora efectuada.

(nomeadamente constituírem um retrocesso a um interesse específico da pessoa, na concepção não normativa de Feinberg); por outro lado, permite a punição de comportamentos onde não se consegue identificar nenhum dano ou prejuízo, mas que mesmo assim são ilícitos e merecem uma reacção por parte do poder estatal⁴⁵⁷.

c) Paternalismo legal

O paternalismo legal defende, essencialmente, que a lei penal poderá ser utilizada também para prevenir danos ao próprio agente⁴⁵⁸. Este princípio permite, portanto, ao legislador sobrepor-se aos interesses da pessoa, decidindo *por esta*, e por vezes *contra a vontade desta*; e a justificação para tal comportamento encontra-se na circunstância de o fazer para o “próprio bem” da pessoa⁴⁵⁹. O paternalismo interfere não só com as acções do agente contra si próprio, mas ainda com as acções de outros contra aquele a seu pedido. Antes de continuarmos será importante fazer duas distinções, nomeadamente entre paternalismo rígido (*hard paternalism*) e paternalismo suave (*soft paternalism*), dizendo o primeiro respeito à legitimidade da intervenção do Estado para impedir qualquer dano da pessoa a si própria, e o segundo aceitando apenas algumas situações em que tal intervenção fosse considerada legítima; e a segunda distinção quanto ao agente do dano, dividindo-se então em *paternalismo directo* (*direkter Paternalismus*) quando o agente do dano é a vítima do mesmo, e *paternalismo indirecto* (*indirekter Paternalismus*) quando o agente é um outro que actua a pedido e com consentimento da vítima, causando-lhe determinado dano⁴⁶⁰.

Enquanto princípio que atenta contra a autonomia, é importante saber primeiramente o que se entende por esse conceito. Uma primeira sugestão iria no sentido de afirmar que seria uma autonomia “profunda”, ou seja, o comportamento da pessoa em relação aos objectivos por si definidos. Esta orientação não é satisfatória, uma vez que significaria que uma parte das pessoas (que não tinham por exemplo avaliado correctamente o risco das suas acções) fosse efectivamente impedida de determinar a sua própria vida, para além de negar ao sujeito a

⁴⁵⁷ RIPSTEIN, Arthur, “Beyond the Harm Principle”, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 34, No. 3, pág. 219, refere um exemplo bastante interessante, descrevendo extensivamente uma situação em que se viola o domicílio de uma outra pessoa mas não se causa dano ou prejuízo algum – com esse exemplo quer o autor demonstrar a inadequação do *harm principle* enquanto critério capaz de orientar a criminalização; no nosso entendimento acaba, no entanto, por demonstrar a utilidade do princípio da ofensividade, já que o acto ilícito descrito poderia ser legitimamente integrado naquele princípio.

⁴⁵⁸ “[...] a criminal prohibition that [...] will prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself” – FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3, New York, Oxford University Press, 1986, pág. 4.

⁴⁵⁹ “Paternalistische Interventionen haben zwei Merkmale. Erstens beziehen sie sich auf das Wohl des Betroffenen selbst. Zweitens beinhaltet die Intervention Zwang” – HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus im Strafrecht: Sollte selbstschädigendes Verhalten kriminalisiert werden?”, in HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pág. 58. Há autores que consideram que seria melhor substituir o *harm principle* por um *princípio da soberania* (da própria pessoa sobre si mesma e a sua esfera de independência do Estado), precludindo assim intervenções paternalistas – RIPSTEIN, Arthur, “Beyond the Harm Principle” baseia a sua sugestão em Mill, que afirma que o indivíduo é soberano em relação a si, ao seu corpo e mente.

⁴⁶⁰ Distinções elaboradas com recurso a uma leitura conjunta das obras de PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...* e HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*.

capacidade de “avaliar criticamente os seus objectivos ou estilo de vida”⁴⁶¹. Uma segunda sugestão, mais correcta, iria no sentido de entender a autonomia como simples autodeterminação nas questões que ao próprio sujeito dizem respeito, afastando assim a legitimidade de intervenções paternalistas pelo menos em relação a sujeitos competentes⁴⁶².

O paternalismo é em princípio rejeitado pela doutrina – Mill e Feinberg esclarecem que ninguém deve ser obrigado a agir ou suportar uma acção apenas porque outros consideram que essa seria a melhor atitude ou a mais correcta⁴⁶³. No entanto, tendo em conta que podem existir consequências graves e por vezes permanentes para a pessoa, muitos autores acabam por aceitar um paternalismo suave com algumas restrições. É o caso, por exemplo, de John Kleinig e Gerald Dworkin. O primeiro defende a possibilidade de intervenção do Estado com carácter de excepção, considerando os objectivos a longo prazo do sujeito, em situações em que este sofreu um revés de algum teor na sua vida, podendo encontrar-se então a agir de forma irreflectida e precipitada; a intervenção através do Direito dar-lhe-ia a oportunidade de se acalmar e “voltar a si”⁴⁶⁴. A acção estadual deveria apresentar três características indispensáveis: carácter de excepção; não poderia ser utilizada contra pessoas cujos objectivos de vida a longo prazo não fosse possível reconhecer; duração curta e determinada.

A esta definição do paternalismo suave podem tecer-se algumas críticas, nomeadamente o Direito não conseguir conhecer das preferências pessoais dos agentes (por não ter informações suficientes) e ter, por natureza, que trabalhar com situações estereotipadas (não conseguindo destrinçar, por isso, se a acção própria danosa ocorreu porque era essa a efectiva vontade da pessoa ou por se encontrar numa situação temporariamente frustrante)⁴⁶⁵.

Dworkin sugere uma versão mais prática para julgar da legitimidade da intervenção estatal, nomeando as seguintes condicionantes⁴⁶⁶: a lesão deve ter consequências potencialmente graves e irreversíveis; a pessoa aparente encontrar-se no momento numa situação excepcional de ansiedade e tensão (stress); a duração dessa intervenção deve ser restrita; o Estado deve estar igualmente restrito no que toca a intervenções repetidas sobre a mesma pessoa.

⁴⁶¹ HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus...”, pág. 59.

⁴⁶² HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus...”, pág. 59.

⁴⁶³ O problema encontra-se precisamente no facto de aquilo que é considerado bom ou melhor para uma pessoa não o ser necessariamente para outra – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 17; MILL, John Stuart, *On Liberty*, pág. 13 e 77; FEINBERG, Joel, *Harm to Self*, pág. 58.

⁴⁶⁴ DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, in *The Monist*, Vol. 56, Issue 1, 1972, pág. 64 ss; KLEINIG, John, *Paternalism*, Manchester, Manchester University Press, 1983, pág. 38 ss.

⁴⁶⁵ Ambas em HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus...”, pág. 60.

⁴⁶⁶ DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, pág. 64 ss.

Esta posição permite por isso ao Estado proteger a pessoa em situações excepcionais, conferindo-lhe de igual modo a oportunidade posterior de cometer o dano próprio se for essa realmente a sua vontade⁴⁶⁷.

Não obstante estes argumentos serem aceitáveis, mesmo os autores que defendem esta possibilidade não concordam com intervenções paternalistas através do Direito Penal⁴⁶⁸, desde logo porque as consequências da sua utilização iriam funcionar contra o propósito do paternalismo, uma vez que a sanção não seria no interesse da pessoa⁴⁶⁹. Outras tentativas de justificação do paternalismo, que não parecem no entanto colher aceitação, surgem pela via de um dever de salvamento, do dano causado ao sistema social do Estado, danos remotos (por exemplo com o uso de drogas), ou ainda argumentos de moralismo legal⁴⁷⁰.

O problema adensa-se, no entanto, quando falamos no paternalismo indirecto, caso em que a acção causadora do dano não é cometida pelo próprio, mas sim por outro a pedido daquele. As considerações tecidas a respeito do paternalismo em geral devem ser aqui tidas em conta, surgindo algumas questões específicas que apenas de passagem se referirão de seguida. As especificidades do paternalismo indirecto prendem-se desde logo com a questão de saber se o consentimento de quem suporta o dano foi perfeitamente formulado ou se, pelo contrário, sofre de alguma deficiência (caso em que o autor deverá abster-se de concretizar o dano pedido pelo primeiro⁴⁷¹).

A segunda questão refere-se à possibilidade de conceder à hipotética vítima a oportunidade de reflectir sobre o seu desejo e poder assim mudar de ideias – o comportamento do autor só configuraria então uma acção criminal quando este não concedesse à vítima o tempo suficiente para esta ponderar as suas escolhas.

Um terceiro problema diz respeito ao facto de o autor dever considerar ele próprio a legitimidade das razões da vítima para consentir no comportamento que lhe causará dano (o Direito Penal deveria interferir apenas quando esses motivos são desconsiderados pelo autor,

⁴⁶⁷ “[...] lo Stato há il diritto di impedire una condotta dannosa di un soggetto su sé stesso, se l’azione non è volontaria o se è necessario del tempo per appurare se lo è o no.” – ROMANO, Mario, “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del Diritto Penale”, in ANDRANDE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 525.

⁴⁶⁸ Neste sentido PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 17, nota 53, afirmando que não será um critério de criminalização legítimo, apesar de poder fundamentar medidas de intervenção estatal menos graves; e HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus...”, pág. 61, argumentando que as sanções penais levantam problemas específicos, devendo o caso do paternalismo suave justificar intervenções em outras áreas do Direito, nomeadamente no Direito Civil ou Administrativo. Essa mesma justificação parece estar na base da possível aceitação de normas claramente paternalistas, como a obrigação de utilização de capacete ou cinto de segurança, uma vez que estão sujeitas apenas a multa ou proibição de condução – *ibid.* pág. 68.

⁴⁶⁹ HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus...”, pág. 62.

⁴⁷⁰ Todos mencionados em HIRSCH, Andreas von, “Direkter Paternalismus...”, pág. 65 ss.

⁴⁷¹ Pense-se num exemplo em que alguém, erroneamente, acredita sermos vítimas de uma invasão de extraterrestres e deseja honestamente morrer por temer essa situação – exemplo em HIRSCH, Andreas von und NEUMANN, Ulfrid, “‘Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§216 StGB)”, in HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pág. 75.

quando não justifique a gravidade do dano consentido, ou quando são considerados pelo autor como insuficientes ou irrazoáveis e mesmo assim cometa o acto). Na esteira deste surge a quarta questão, de saber se esta consideração dos motivos do autor deverá ser subjectiva ou objectiva: ou seja, supondo que as motivações são insuficientes ou deficientes, como no exemplo referido⁴⁷², se o autor partilhar desse modo de pensar isso não será suficiente para tornar o seu comportamento criminalmente irrelevante.

Por último, questiona-se se uma descriminalização parcial não seria defensável, quando todas as condições estivessem reunidas e fosse de facto no interesse do bem-estar da pessoa (vítima) o comportamento danoso, ainda que cometido por outrem⁴⁷³.

d) Moralismo legal

O moralismo permite ao Estado criminalizar uma conduta tida como “imoral”, ainda que não cause nem dano nem ofensa⁴⁷⁴ – ou seja, a criminalização ocorre apenas e só porque certos costumes ou valores meramente sociais são violados⁴⁷⁵. Isto não quer dizer que o Direito Penal deva ser *amoral*, até porque, ao proteger certas realidades e excluir outras do seu âmbito de acção, opta por determinados valores, efectua de facto um julgamento moral; a questão é se essa deve ser uma justificação *suficiente* para criminalizar um comportamento ou não⁴⁷⁶. Na doutrina anglo-americana esta questão é tratada usualmente com recurso ao famoso debate Hart-Devlin, dois autores em polos opostos do problema.

⁴⁷² No exemplo, se o autor também, erroneamente, considerasse que uma invasão de extraterrestres era de facto iminente.

⁴⁷³ Para uma análise detalhada destas questões e outras considerações sobre o paternalismo, que não nos é aqui possível efectuar, v. HIRSCH, Andreas von und NEUMANN, Ulfrid, “ ‘Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht...”, HIRSCH, Andreas von und NEUMANN, Ulfrid, “Indirekter Paternalismus und § 216 StGB: Weitere Bemerkungen zur Bedeutung und Reichweite des Paternalismus-Begriffs”; HUSAK, Douglas, “Anmerkungen zu ‘ ‘Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht”; SCHÜNEMANN, Bernd, “Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?”; e YAMANAKA, Keiichi, “Die Modelle und Typologien des indirekten Paternalismus im Strafrecht”, todos in HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

⁴⁷⁴ FEINBERG, Joel, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 4, New York, Oxford University Press, 1990, pág. 3 ss. Uma primeira distinção é feita por PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 19, afastando as condutas *amorais* do conteúdo deste princípio de criminalização; este só opera em relação às condutas *imorais*, ou seja, que contêm em si uma valoração.

⁴⁷⁵ Um claro exemplo pode ser encontrado em SMITH, Steve, “The Hollowness of the Harm Principle”, University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper, Series. 17, 2004, pág. 4, nota 13, quando este transcreve a opinião de um juiz num caso de atentado ao pudor: “[...] Our society prohibits, and all human societies have prohibited, certain activities not because they harm others but because they are considered, in the traditional phrase, *contra bonos mores*”.

⁴⁷⁶ Embora a doutrina normalmente recuse uma aplicação da lei penal voltada para este fim, SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut...”, pág. 39, identifica (criticando o legislador alemão) alguns tipos legais de crime que, apesar de lhes ser atribuído um bem jurídico aparente (“*Scheinrechtsgut*”), defendem na verdade um certo tipo de moral – p. ex. o crime de perturbação de celebrações fúnebres, comportamentos exibicionistas, utilização de símbolos nazis, ou ainda a negação do holocausto (*Ausschwitzlüge*).

Dentro do moralismo legal, podem ser identificadas duas posições: a extrema e a moderada⁴⁷⁷. O argumento principal de Lord Devlin na primeira destas versões, utilizando o *harm principle*, baseava-se na ideia de que comportamentos contra a moralidade pública necessariamente causariam danos à sociedade, sendo esse o elemento que conferia legitimidade à utilização do Direito Penal⁴⁷⁸; já na versão moderada, o argumento de Devlin vai no sentido de afirmar que a “moralidade deveria ser imposta de forma a proteger a sociedade do perigo de fragmentação”⁴⁷⁹, assumindo que a maioria (das pessoas) teria o direito a considerar a sociedade (moral) em que vive como algo a ser protegido⁴⁸⁰. Os oponentes de Devlin, nomeadamente liberais⁴⁸¹, defendiam, ao contrário, que a lei deveria respeitar a autonomia dos indivíduos (com algumas excepções para os menores ou portadores de deficiência mental, por não conseguirem discernir correctamente os riscos do seu comportamento), excluindo deste modo um “governo da maioria”⁴⁸², em que os direitos do indivíduo fossem ignorados em prol da sensibilidade colectiva⁴⁸³.

Na esteira destas considerações acerca da autonomia das acções humanas, Raz desenvolve ainda o “princípio do bem-estar ou assistência social”⁴⁸⁴, exaltando o papel do Estado em assegurar a manutenção de certas condições sociais à persecução do bem-estar de cada pessoa, individual e livremente determinado. Este princípio poderia assim ser utilizado para justificar a criação de alguns crimes de perigo (ainda que não seja líquida a adequação do Direito Penal a regular as situações a que se reportam, como vimos).

⁴⁷⁷ Assim classificadas por Hart e Feinberg – HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, *in* The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 90, No. 1, 1999, pág. 124; HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963, pág. 48 ss; FEINBERG, Joel, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, pág. 37 ss.

⁴⁷⁸ A questão de saber se “a maioria poderia utilizar o poder estatal para impor [a sua] visão a toda a sociedade através [...] do Direito Penal” encontrou sempre uma resposta diferente consoante a teoria perfilhada pelos juizes encarregues da análise do caso – SOOD, Avani and DARLEY, John, “The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals”, *in* California Law Review, Vol. 100, No. 5, October 2012, pág. 1318 (tradução livre), aí referindo o exemplo das relações homossexuais ao longo de alguns processos.

⁴⁷⁹ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press, 1965, pág. 1 ss; HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 125.

⁴⁸⁰ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 20, nota 69; HART, H.L.A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *in* University of Chicago Law Review, Vol. 35, Issue 1, 1967, pág. 1 ss. Isto significaria que mesmo os actos praticados em privado poderiam ser criminalizados.

⁴⁸¹ Hart escreve, a propósito da posição de Devlin: “Is the mere expression of moral condemnation a thing of value in itself to be pursued at this cost? The idea that we may punish offenders against a moral code, not to prevent harm or suffering or even the repetition of the offence but simply as a means of venting or emphatically expressing moral condemnation, is uncomfortably close to human sacrifice as an expression of religious worship.” – HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, pág. 65 / 66.

⁴⁸² ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pág. 23.

⁴⁸³ Para outros temas relacionados com moralismo legal e a posição de outros autores, nomeadamente Duff e Moore, v. HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 252 ss.

⁴⁸⁴ *Principle of Welfare*, no original. A dupla acepção da palavra *welfare* torna difícil traduzir de forma unitária o conceito, uma vez que se reporta, mesmo neste tema, à obrigatoriedade do Estado assegurar certas condições sociais necessárias ao exercício da autonomia do indivíduo ao perseguir o seu próprio bem-estar – ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, pág. 28.

Em conclusão, consideramos, com a doutrina liberalista, que, dos princípios acima descritos, apenas os dois primeiros poderiam legitimar a criminalização de comportamentos numa sociedade livre – e mesmo destes, apenas o *harm principle* de forma ordinária, sendo o princípio da ofensividade utilizado de forma complementar ao primeiro, quando suficientemente justificado. Devemos admitir, a bem da honestidade académica, que existem nas sociedades modernas tipos legais de crime que têm na sua base raciocínios de base paternalista ou moralista – e enquanto este último se deve rejeitar em absoluto, uma versão suave e restrita do paternalismo, não fundamentando intervenções penais, pode legitimamente ser defendida quando em prol do objectivo de se assegurar uma verdadeira liberdade de escolha do indivíduo⁴⁸⁵.

No seguimento destas conclusões, e porque nos parece o mais adequado e útil num ambiente transnacional, iremos prosseguir com uma análise mais detalhada apenas do *harm principle*, com o objectivo de ultimamente se determinar a sua potencial aplicação à actuação própria da União Europeia.

3.3. A natureza do *harm principle*

A questão sobre a natureza do *harm principle* pode assumir várias facetas, expressas nas dicotomias substantivo – processual; de Direito Penal – de carácter geral; legal – extra legal⁴⁸⁶.

Quanto à primeira, trata-se de saber se este princípio deveria interferir ao nível da definição do comportamento a ser criminalizado ou (e também?) a um nível processual. Naturalmente, tratando-se de um princípio que pretende conferir legitimidade e coerência à política criminal de uma jurisdição, prende-se de forma mais imediata com o Direito Penal substantivo, e não processual; no entanto, também neste último poderá desempenhar a função de limitar os casos que deveriam prosseguir para análise em Tribunal daqueles que deveriam ser arquivados, por falta da existência de um dano relevante⁴⁸⁷.

De seguida releva determinar se este princípio deverá se considerado como tendo um carácter geral ou se se reporta unicamente ao Direito Penal⁴⁸⁸. Aqui importa observar que, apesar de o *harm principle* ter o potencial de auxiliar na identificação do dano em cada

⁴⁸⁵ Referindo-se ao desvirtuamento do *harm principle* no tratamento de riscos, PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 33, afirma que seria até melhor admitir a utilização do paternalismo (em alguns dos casos hoje existentes) do que alargar de tal forma o conteúdo de “*harm*” que acaba por praticamente anular o sentido útil do princípio: “[...] it might even be preferable to have some things regulated, or even criminalised for that matter, on admittedly paternalistic grounds (as a lesser evil) than have the risks that are very distant and improbable “creatively” interpreted as ‘harm’, and, in turn, the harm principle (ab)used”.

⁴⁸⁶ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 74.

⁴⁸⁷ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 75. Funcionaria por isso de modo análogo ao princípio *de minimis non curat praetor*.

⁴⁸⁸ Cremos que aqui seria mais útil distinguir entre a Parte Geral ou Especial do DP, sentido em que prossegue efectivamente a explicação de PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 74; mantivemos, no entanto, a formulação original da autora.

incriminação, na verdade a sua utilidade penderá mais para um momento anterior, de determinar se deverá sequer *existir* incriminação – será por isso um princípio de carácter mais geral, e não tão específico.

Por último, pondera-se a adequação da sua inclusão na lei escrita ou a desnecessidade dessa tarefa. Aqui encontramos posições contrárias, defendendo alguns autores que o princípio deveria ser incluído de forma escrita no sistema legal (mais concretamente constitucional), de forma a actuar como um verdadeiro limite à liberdade do legislador⁴⁸⁹; e outros que consideram que a sua natureza seria mais verdadeiramente expressa se se mantivesse como um princípio extra legal não escrito, desta forma prevenindo argumentos circulares (‘crime’ apenas o que é *harm*, e *harm* sendo definido pelo que é proscrito pela lei penal) e colocando o princípio acima de outros princípios legais e do legislador⁴⁹⁰.

Quanto à natureza do *harm principle* resta apenas mencionar que, à semelhança do processual *in dubio pro reo*, pode ser formulado um substantivo *in dubio pro libertate*⁴⁹¹, postulando este que: se o legislador tiver dúvidas sobre a legitimidade de uma nova criminalização, deverá optar por não criminalizar o comportamento; e os proponentes da nova criminalização deverão suportar o ónus de prova quanto ao dano ínsito na conduta⁴⁹².

3.4. Definição do *harm principle*

Uma das críticas que se apontam a este princípio, tal como acontece com o bem jurídico, reside no conteúdo de *harm* ser de tal forma indeterminado que não serviria o suposto propósito de limitar o legislador penal no uso do seu poder. Vejamos, então, se a tarefa de delimitar as realidades abrangidas por este princípio é infrutífera ou se, pelo contrário, alguma clareza pode ser alcançada.

⁴⁸⁹ Neste sentido, BAKER, Dennis, “Constitutionalizing the Harm Principle”, *in* Criminal Justice Ethics, Vol. 27, Issue 2, 2008, referindo-se mais especificamente à sua utilidade para precluir a aplicação de penas de prisão a crimes considerados ilegítimos à luz deste princípio, afirmando que, embora possa não ser o único critério para asseverar da legitimidade de uma nova criminalização, deve ser o único critério para determinar pena de prisão; e DRIPPS, Donald A., “The Liberal Critique of the Harm Principle”, *in* Criminal Justice Ethics, Vol. 17, Issue 2, 1998, pág. 8, mencionando, no contexto americano, que as novas incriminações não têm qualquer requerimento constitucional específico, podendo por isso tanto permanecer em vigor mesmo quando já não existe um consenso público na sua manutenção, como ser criminalizados novos comportamentos num contexto de agitação popular passageiro (sugere, por isso, um critério de maioria qualificada para aprovação de novas leis penais, para que o *harm principle* pudesse de facto cumprir a sua função).

⁴⁹⁰ Defendendo esta posição, PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 76. A autora refere, no entanto, que a ser positivado, devê-lo-ia ser no âmbito da Constituição, e não do Código Penal.

⁴⁹¹ Formulação de JAREBORG, Nils, “Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*)”, *in* Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 2, No. 2, 2005, pág. 531; este princípio é reformulado, no campo específico da política criminal, para *in dubio contra delictum* – v. também VORMBAUM, Thomas, “„Politisches“ Strafrecht”, *in* Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 107, Heft 4, 1995, pág. 747.

⁴⁹² PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 76.

a) A definição de Mill

Na sua primeira e mais simples formulação, o *harm principle* era visto por Mill como constituindo a única razão (necessária e suficiente) para legitimamente criminalizar uma conduta. O indivíduo, enquanto sujeito livre e autónomo, só deveria ver essa liberdade restrita pelo poder estatal quando o comportamento que eleger prosseguir interferisse indevidamente com a esfera de liberdade do “outro” através da comissão de um dano / prejuízo, passando a partir desse momento a ser uma conduta que já não diz respeito só a si, mas à sociedade⁴⁹³. O que se deve entender, no entanto, por “conduta que causa dano”?

A resposta a esta pergunta em Mill pode assumir duas vertentes⁴⁹⁴. Uma *concepção estrita*, mais imediata, iria no sentido de afirmar que este princípio se quereria referir àquelas condutas que por si só e directamente causam dano ou prejuízo a outrem, incluindo também condutas que indirectamente causam o dano, quando são precursoras do mesmo (p. ex., a instigação para cometer o crime). Já na *concepção lata* estariam também incluídos danos cometidos por omissão⁴⁹⁵, ou seja, actos que o Estado poderia legitimamente obrigar o indivíduo a perfazer, sob pena da sua não comissão causar um dano a outrem. Essas acções podem ser *cooperativas*, quando efectuadas para o bem da comunidade, beneficiando também o autor da mesma por partilhar do interesse comunitário (p. ex. obrigatoriedade de testemunhar em Tribunal, ou de participar na defesa do país); ou *de beneficência*, acções que são obviamente dever do Homem, e por isso deverá responder perante a sociedade quando não as pratica (p. ex., a obrigação de auxílio a outra pessoa)⁴⁹⁶.

Como o próprio autor refere, no entanto, a regra deve ser a criminalização de actos, e não omissões, pois é nesses que a relação causal entre comportamento e resultado danoso pode ser observada com maior certeza, sendo que a relação entre conduta e resultado benéfico esperado será sempre mais difícil de estabelecer, devendo por isso constituir a excepção⁴⁹⁷.

b) A definição de Feinberg

Para Feinberg, o dano constitui apenas um dos critérios possíveis para legitimar a criminalização de uma conduta (já que adopta também o princípio da ofensividade). Difere ainda da concepção de Mill na medida em que se concentra na interferência à liberdade

⁴⁹³ MILL, John Stuart, *On Liberty*, pág. 13 ss.

⁴⁹⁴ MILL, John Stuart, *On Liberty*, pág. 14 e 15; TAMBURRINI, Claudio, “What’s Wrong with J.S. Mill’s “Harm-to-Others”-Principle?”, *in Journal of the Philosophy of Sport*, Vol. 38, 2011, pág. 3 ss.

⁴⁹⁵ ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 47, também se ocupa desse tema.

⁴⁹⁶ Estas duas acepções não são sempre aceites na doutrina, havendo quem defenda uma leitura de Mill dirigida apenas à concepção estrita de *harm* – TAMBURRINI, Claudio, “What’s Wrong with J.S. Mill’s...”, pág. 4.

⁴⁹⁷ Para um estudo mais completo sobre a concepção de Mill e a sua base utilitarista, v. TAMBURRINI, Claudio, “What’s Wrong with J.S. Mill’s...”, e HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 187 ss.

individual perpetrada pelo Estado (utilização da lei penal), e não também por parte da sociedade; admite outros princípios que devem ser utilizados em combinação com o *harm principle*, para uma melhor operacionalização do mesmo; e, por último, é formulado de forma positiva (razão para criminalizar), enquanto Mill o formula de forma negativa (na sua ausência, não haverá razão para criminalizar)⁴⁹⁸.

Apesar das diferenças, há elementos em comum na definição liberal de *harm*, que se impõem analisar para determinar o seu escopo⁴⁹⁹. Assim, a criminalização será legítima quando se trate de: 1) uma conduta que *cause ou seja provável que cause* 2) *dano ou prejuízo* 3) a *outrém*, justificando assim a 4) *intervenção do Estado* na limitação da esfera de liberdade de acção do indivíduo.

3.4.1 (Conduta) que cause ou seja provável que cause (dano)

Quanto à conduta que directamente *causa* dano ou prejuízo, não haverá diferenças no estudo que se faz da imputação objectiva do resultado à acção, pelo que remeteremos a questão para as tradicionais considerações elaboradas a esse respeito⁵⁰⁰. O problema (já no referente do bem jurídico também) adensa-se quando o comportamento da pessoa cria um perigo⁵⁰¹ para outrem, existindo assim não um dano, mas sim a *possibilidade* de um dano. Neste sentido, a *probabilidade* de causação do dano deverá reportar-se numa primeira fase à teoria de imputação perfilhada (e irá depender desta), destrinchando aqueles actos que, segundo tal teoria, teriam o potencial de causar o resultado ilícito daqueles que não relevariam para o nexo causal.

Para além de saber *quais* os actos a considerar, importa ainda saber qual é o limite de perigo que deverá ser atingido (quando é este “danoso o suficiente”) para que se justifique a intervenção do Direito Penal. A teoria da *análise padrão de danos*⁵⁰² postula que é necessária uma condição dupla para que se possa criminalizar um comportamento simplesmente perigoso: primeiro, que a probabilidade de realização do dano (último, mais grave) seja bastante alta; e depois, que algumas consequências danosas secundárias tenham de facto

⁴⁹⁸ Diferenças apontadas por PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 37.

⁴⁹⁹ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 37.

⁵⁰⁰ Normalmente são mencionadas as teorias da *conditio sine qua non*, e da adequação (ou da causalidade adequada) – como sugestão, consultar nesta matéria das várias teorias de imputação, p. ex., DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 322 ss. PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 43, refere ainda as teorias da causa mais eficaz e da preponderância.

⁵⁰¹ Expressões neste sentido equivalentes serão ainda “risco” e “dano remoto” – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 41.

⁵⁰² “Standard Harm Analysis”, no original, teoria elaborada por HIRSCH, Andrew von, “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputation”, in SIMESTER, AP and SMITH, A.T.H. (Eds.), *Harms and Culpability*, Oxford, Hart Publishing, 1996, pág. 261; v. ainda o artigo de SIMESTER, A.P. e HIRSCH, Andrew von, “Remote Harms and Non-constitutive Crimes”, in *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, Issue 1, 2009, pág. 94 ss.

ocorrido (ainda que não o dano que se pretende ultimamente evitar com a norma penal)⁵⁰³. Existe ainda uma outra concepção, que afirma que, sendo o risco sério ou substancial, deve ser tratado enquanto “perigo”⁵⁰⁴, sendo que a lei penal só se aplicaria quando o autor tivesse consciência do perigo e as consequências (o dano) fossem catastróficas; sendo apenas consequências sérias, mas não catastróficas, então deveria ser atribuída essa conduta ao âmbito de actuação próprio do Direito Civil ou Administrativo⁵⁰⁵.

Tal como acontece com o bem jurídico, o problema com a aceitação de criminalização de “danos remotos” (ou, no caso da nossa tradição jurídica, de crimes de perigo, mais nos abstractos do que nos concretos) é o desvirtuamento do próprio princípio que se pretende limitador da acção do legislador penal. Desse modo, importa determinar o limite de afastamento ainda legítimo entre a conduta perigosa e a realização do dano para que se possa criminalizar esse comportamento⁵⁰⁶ – a teoria da análise padrão de danos (ainda que não evite o risco de abuso do princípio) defende aqui um percurso tripartido: primeiro deve analisar-se a *gravidade* e a *probabilidade* de concretização do dano hipotético; de seguida, deve-se ter em conta a *valoração social* do comportamento perigoso e o *grau de limitação* da liberdade de acção do autor⁵⁰⁷, comparando estas com as conclusões da primeira etapa; por último, são consideradas algumas *limitações acessórias* (como a existência de direitos concorrentes) que impediriam a criminalização⁵⁰⁸. Feinberg sugere, também numa acepção similar, uma lista de critérios mediadores a seguir para determinar a legitimidade da proibição dos comportamentos

⁵⁰³ Esta teoria parece ser semelhante à descrita por DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 331 ss, quando descreve a teoria da imputação da “conexão de risco”: “o resultado só deve ser imputado à acção quando esta tenha *criado* (ou aumentado, ou incrementado) *um risco proibido* para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito e *esse risco se tenha materializado no resultado típico*” (sublinhados do autor). A diferença mais relevante aqui será esta última condição (já que a descrição dessa doutrina não se encontra sistematicamente inserida no estudo dos crimes de perigo), de que o resultado típico efectivamente se produza, enquanto na teoria de von Hirsch basta que existam algumas consequências danosas *que não sejam* o dano último que se pretende evitar com a utilização do Direito Penal. De resto, a imputação não sofre naquele autor qualquer especificidade quando se reporta a crimes de perigo (porque são, ainda assim, crimes de resultado).

⁵⁰⁴ “Jeopardy”, no original da concepção de KNOWLES, Dudley, “A Reformulation of the Harm Principle”, *in* *Political Theory*, Vol. 6, No. 2, 1978, pág. 244 e 245. À falta de uma palavra específica, mais uma vez, para traduzir aquele conceito, optou-se neste texto por utilizar dois dos seus significados equivalentes em duas acepções distintas: o risco (*risk*) que se qualifica depois em perigo (*jeopardy*).

⁵⁰⁵ O próprio autor reconhece as dificuldades desta teoria, desde logo a definição do que constitui o dano (último) apenas sério ou já catastrófico, para que as condutas que arrisquem esse resultado sejam divididas, respectivamente, entre o Direito Civil / Administrativo e o Direito Penal – KNOWLES, Dudley, “A Reformulation of the Harm...”, pág. 245.

⁵⁰⁶ A escolha de uma teoria de imputação não permite, por si só, determinar esta questão – a análise padrão de danos refere-se precisamente ao estabelecimento de uma causalidade entre o comportamento de risco e as consequências produzidas, mas não responde à questão de saber até que ponto do perigo remoto se pode legitimamente criminalizar essa conduta perigosa – SIMESTER, A.P. e HIRSCH, Andrew von, “Remote Harms...”, pág. 94 ss e PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 46.

⁵⁰⁷ O que se revela útil quanto a crimes de perigo abstracto, p. ex. de condução com um grau de álcool no sangue de tal forma baixo que não seria correcto afirmar que o homem médio, ao conduzir nessa situação, estaria conscientemente a arriscar a ocorrência de um dano – exemplo de von Hirsch em PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 46, nota 193.

⁵⁰⁸ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 46, nota 186.

perigosos⁵⁰⁹: quanto maior a gravidade de um possível dano, menor probabilidade de ocorrer deverá comprovar; quanto maior a probabilidade de ocorrer, menos grave terá que ser o dano possível; quanto maior for a magnitude do risco (gravidade + probabilidade), menos razoável será aceitar o risco; quanto mais valiosa for a conduta (para o indivíduo e sociedade), mais razoável será aceitar esse risco (até ao ponto de dano presente); quanto mais razoável a aceitação desse risco, menor motivação terá uma proposta de criminalização da conduta perigosa.

Nesta problemática, os limites colocados ao alcance do *harm principle* podem ainda ser ilustrados com recurso ao tratamento de duas categorias dogmáticas: da “escolha intermediária” e dos “danos acumulativos”; ambos, no entanto, têm na sua base um critério de “imputação justa”, querendo este significar a responsabilização pela liberdade de escolha de cada indivíduo, considerado de modo singular (separado de outros indivíduos e das suas escolhas)⁵¹⁰.

No primeiro caso, da “escolha intermediária” (*intervening choices*, no original), classifica-se como ilegítima a criminalização de um comportamento que por si só não causa dano, mas que se pensa poder levar a outros actos, esses sim, danosos. Alguns exemplos esclarecem melhor esta categoria: há autores que argumentam, p. ex., que a pornografia deveria ser penalmente regulada porque esse acto, em princípio irrelevante para o Direito Penal, pode levar a que alguns homens ajam de forma violenta contra as mulheres⁵¹¹, criando assim desta forma o *risco da causação hipotética superveniente de um dano efectivo*. Outros exemplos viriam a ser fornecidos pela teoria criminológica “*broken windows*”, que efectivamente permitiu transformar infracções menores em comportamentos potencialmente danosos, invocando para isso o dano futuro que se previa poder acontecer⁵¹². O mesmo se diga quanto à criminalização de comportamentos homossexuais assumindo que comportam o risco de sedução de rapazes menores⁵¹³. A partir destes exemplos podemos com relativa facilidade afirmar que a imputação do resultado *efectivamente* danoso (quando o haja) à conduta do

⁵⁰⁹ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 187 ss.

⁵¹⁰ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 46; v. também, quanto à imputação, a opinião de FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 218 ss.

⁵¹¹ “It is not the ideas in pornography that assault women, men do, men who are made, changed, and impelled by it.” – argumentação de MACKINNON, Catherine, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, pág. 15 ss; v. também HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 141. Os argumentos utilizados nestes casos focam-se normalmente na existência de um dano ou prejuízo; a questão é se devemos aceitar que se incluam no escopo próprio do *harm principle* ou se, pelo contrário, se tratam na verdade de um alargamento indevido dessa teoria – no caso, e em vários outros exemplos, para que se possa tentar legitimar a criminalização de uma determinada moral.

⁵¹² Pense-se, p. ex., no que no nosso ordenamento seria qualificado como contra-ordenação (*misdeemeanor*), a “vadiagem” (*loitering*): de um comportamento cuja única consequência pública era o incómodo que isso poderia causar, passou a ponderar-se o dano futuro que poderia implicar, ao motivar a comissão de outros comportamentos danosos (crimes) – HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 155 ss, com extensas referências a processos que confirmam esta tendência.

⁵¹³ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 46, nota 192.

primeiro agente não será “justa”, pelo que a criminalização desse comportamento também não será, à luz do *harm principle*, lícita.

O caso complica-se quando falamos dos “danos acumulativos” – aquelas condutas que, individualmente consideradas, não provocam dano algum, mas que colectivamente praticadas levam a um resultado danoso⁵¹⁴ (aqui, como se compreende, o nexo causal entre conduta e resultado não é inexistente, como no caso anterior, mas é ténue). O exemplo que iremos utilizar quando necessário será o da poluição ambiental, porque nos parece o mais próximo da realidade contemporânea e também, talvez, o menos controverso em termos de justificação valorativa⁵¹⁵.

A vantagem da regulamentação preventiva é o facto de se dirigir a condutas que se encontram num estágio de concretização do dano muito inicial, sendo por isso em princípio idónea a evitar o dano⁵¹⁶; a clara desvantagem é, naturalmente, a inclusão de comportamentos cuja danosidade só com recurso a uma dilação temporal e à potencial acção de outras pessoas se consegue afirmar – razão pela qual se prefere que a ilicitude destes comportamentos seja expressa através de normas não penais, dispensando assim da censura própria deste ramo e regulando actividades poluidoras (p. ex.) desde o seu início, sem que tenha para isso que se recorrer a ficções que só de forma coincidente se relacionam com alguma teoria de criminalização⁵¹⁷. A norma penal poderia, então, ser legitimamente utilizada na censura ao agente que de forma dolosa ou negligente não cumpriu a regulamentação existente em relação

⁵¹⁴ Como descreve KERNOHAN, Andrew, “Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle”, in *Social Theory and Practice*, Vol. 19, No. 1, 1993, pág. 52: “Um dano acumulativo [...] é um dano a outra pessoa ocasionado pelas acções de um grupo de pessoas, onde a acção de um único membro desse grupo não é suficiente, por si só, para causar o dano.” – tradução livre. O autor acrescenta ainda que será mais comum um dano acumulativo ser um dano público, que não pode ser cometido contra uma pessoa sem que seja simultaneamente cometido contra uma comunidade.

⁵¹⁵ KERNOHAN, Andrew, “Accumulative Harms...” refere outros exemplos susceptíveis de gerar confusão no tratamento sistemático dos temas – p. ex., na sua opinião, o ostracismo, o assédio e a pornografia são todos exemplos de danos acumulativos, uma vez que a acção de uma só pessoa não é suficiente para que se efective um dano; contudo, quando múltiplas pessoas adoptam esse comportamento, sobreviria um dano. No entanto, as situações descritas pelo autor poderiam ser de igual modo (e talvez mais acertadamente) enquadradas na tipologia da escolha intermediária (de modo mais claro a pornografia), ou configurariam, de acordo com outro princípio de criminalização, já um dano em si, uma conduta merecedora de censura – pense-se no exemplo do assédio, em que, de acordo com o autor, as condutas individuais não atingiriam o limite de gravidade exigido legalmente para ser considerado crime. (Note-se que o simples facto de se poder afirmar a existência de um dano não implica obrigatoriamente que esse comportamento deva ser criminalizado, existindo antes outros factores ou limites a ter em conta, como o princípio *de minimis non curat praetor*, que serão posteriormente explorados; querer resolver todas as questões recorrendo a um único conceito é desaconselhável e incorrecto, por alargar em demasia o mesmo).

⁵¹⁶ Ou a reduzir o dano – para considerações mais aprofundadas sobre o conceito de redução do dano, v. HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 174 ss, a propósito de argumentos a favor da legalização do consumo de drogas, que se focam na redução do dano inerente a essa conduta, ao invés da inexistência do mesmo, a não ser ou próprio (paternalismo) ou remoto (criação de risco), o que justificaria um tratamento distinto ao nível da criminalização. V. também ROUSSEAU, Sandra and BLONDIAU, Thomas, “Act-based Versus Harm-based Sanctions for Environmental Offenders”, in *Environmental Policy and Governance*, Vol. 24, 2014.

⁵¹⁷ No mesmo sentido PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 137: “The regulation of acts of endangerment would be perhaps a legitimate task for the administrative law...”.

àquele perigo específico⁵¹⁸. O *harm principle* afasta então, por princípio, a criminalização dos actos singulares de poluição, porque de facto não se lhes consegue discernir nenhuma conduta danosa a outrem; no entanto, se existir já legislação *não penal* que regule um certo risco, e *após* ponderação integral do princípio⁵¹⁹, pode este legitimar a criminalização da assunção de um risco proibido – conseguindo desta forma evitar o seu alargamento excessivo.

Teremos, pelos motivos acima expostos, que discordar portanto de quem utiliza um critério de *limiar de dano* para repentinamente justificar a criminalização, ou seja, uma acção não danosa até certo ponto no tempo torna-se danosa (e passa por isso a poder ser incluída no *harm principle*) pela acção conjunta de todos os agentes até então – a incongruência é evidente, já que os primeiros agentes não serão alvos da acção do Direito Penal, enquanto os seguintes, *assumindo exactamente o mesmo comportamento*, já o serão⁵²⁰. A utilização do Direito Penal será apenas legítima, ainda que se recorra à ficção desse limiar, dentro dos moldes acima descritos, no quadro de uma legislação não penal anterior que torne a acção individualmente considerada censurável.

3.4.2 Dano ou prejuízo (*harm*)

Este conceito, central neste princípio, ficou numa primeira fase sem resposta clara por parte do seu proponente (Mill)⁵²¹, parecendo no entanto que quando o dano não configura violação de direitos, o autor rejeita a interferência da lei⁵²². Feinberg, como já *supra* mencionado, distingue entre uma concepção não normativa de *harm*, correspondendo à frustração ou contrariedade a um interesse, e uma normativa, que reflecte o carácter ilícito dessa conduta, com referente à violação dos direitos de uma pessoa – para o *harm principle*, o

⁵¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 152 escreve, a este propósito: “Em conta tem de se ter que o conteúdo integral do ilícito dos delitos colectivos terá frequentemente de se exprimir em função de normas extra-penais, nomeadamente administrativas”. Neste sentido parece ir também, e já então, Feinberg, quando pergunta “How do we tell if a given refining operation causes harm? Only by determining whether its contribution to the accumulation of certain gases and materials in the ambient air is more than its permitted share. But we can only know its ‘permitted share’ by reference to an actual allocative scheme, operative and in force.” – FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 230.

⁵¹⁹ O que inclui a análise padrão de danos, p. ex., ou os critérios moderadores de Feinberg, fazendo o legislador reflectir na seriedade e probabilidade do risco, na valoração social da conduta perigosa, e na existência de outros direitos potencialmente conflitantes.

⁵²⁰ Devemos subscrever, por isso, a posição de KERNOHAN, Andrew, “Accumulative Harms...”, em especial pág. 61 e 62 – após descrever um percurso acumulativo de poluição, em que parte não é danoso e parte é, escreve o seguinte: “[...] the harmfulness of an activity is a function, not only of the nature of the activity, but also of the circumstances in which it is done. And circumstances change. [...] The accumulative harm principle enjoins us to examine the social context in which an activity takes place, at the point in history when we are considering regulating liberty to prevent harm. [...] And we have to recognize that our circumstances, and therefore the extent of our liberty, will change”. A regulação a que se refere posteriormente não tem que ter carácter penal: pelo contrário, o autor considera erróneo assumir que a forma mais eficaz e em consonância com o *harm principle* de regular certa actividade humana poluidora seja através do Direito Penal – *ibid.* pág. 66 ss.

⁵²¹ TURNER, Piers Norris, “‘Harm’ and Mill’s Harm Principle”, *in* *Ethics*, Vol. 124, 2014, pág. 300.

⁵²² TURNER, Piers Norris, “‘Harm’ and Mill’s...”, pág. 305. Existindo um dano ou risco de dano, a acção praticada pelo indivíduo deixa a esfera de liberdade do mesmo e passa para aquela “da moralidade ou da lei”, sendo que não passaria para o âmbito legal se não violasse direitos: “The offender may then be justly punished by opinion, though not by law”, *ibid.*

conteúdo deste dano ou prejuízo teria que ser então uma combinação dos dois sentidos, correspondendo à *frustração de um interesse de forma ilícita* (violando um direito) e *comportamentos ilícitos que frustram interesses*⁵²³. A definição de “interesse” centra-se, pois, naquelas realidades “componentes do bem-estar da pessoa: ela prospera ou definha conforme elas prosperam ou definham”⁵²⁴. No centro da concepção do autor estão, então, estes interesses de bem-estar, sendo abarcados também, na medida em que são acessórios daqueles, os interesses acumulativos e de segurança⁵²⁵. Estes “interesses” não se devem confundir com os objectivos da pessoa: são independentes destes, mas têm que existir para que a pessoa os consiga eventualmente realizar; são “aqueles interesses em bens e condições de que todos necessitamos independentemente dos nossos planos de vida individuais”⁵²⁶.

Já von Hirsch recorre ao conceito de “recursos” (*resources*), definindo-os como “activos” (*assets*) ou “capacidades” (*capability*). Os activos seriam, p. ex., aqueles relacionados com a propriedade, e as capacidades dirigir-se-iam efectivamente à aptidão para realizar determinada tarefa⁵²⁷.

Para o autor, as capacidades apresentam as seguintes características: são independentes de consciência (existe apesar de a pessoa não a utilizar ou estar activamente consciente dela no momento); têm uma subsistência prolongada (a pessoa tem-na durante um alargado período de tempo); contribuem de forma importante para a qualidade de vida da pessoa.

O conceito de recursos, como referido até pelo próprio autor, é deste modo mais alargado do que o de “interesses” em Feinberg, pois não se reporta exclusivamente àqueles activos ou capacidades mais gerais, mas também aos interesses específicos da pessoa⁵²⁸.

Outras concepções de *harm* podem ser encontradas na doutrina anglo-americana com Hall, para quem aquele consiste “numa negação, um desvalor, a falta de uma condição natural, [...] deve ser afirmado em termos de intangíveis como o dano a instituições, segurança pública,

⁵²³ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 36.

⁵²⁴ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 34; BAKER, Dennis, “The Harm Principle vs Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation”, *in Australian Journal of Legal Philosophy*, no. 33, 2008, pág. 74.

⁵²⁵ Para mais desenvolvimento no tema das teorias do bem-estar, v. HOLTUG, Nils, “The Harm Principle”, *in Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 5, 2002. O autor analisa também, em relação ao conceito de “interesse” de Feinberg, a *quantidade de bem-estar* que deve ser afectada, as *variedades do dano* (dano enquanto perda de bem-estar ou ganho de bem-estar negativo), a *qualidade do bem-estar* (se são interesses básicos da pessoa, da sua vida, ou não), as perspectivas utilitárias e de justificação com base na autonomia – a exegese de todos estes elementos transcende o objectivo deste estudo, pelo que aquela se remete para este texto.

⁵²⁶ BAKER, Dennis, “The Harm Principle vs Kantian...”, pág. 75.

⁵²⁷ HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 249, dando o exemplo do furto, para o primeiro caso, que coloca em causa um activo da pessoa; e a lesão simples da integridade física *versus* a mutilação de alguém, caso em que algumas capacidades poderiam ficar lesionadas.

⁵²⁸ HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 249. Hörnle critica o conceito de recursos, defendendo antes o uso de “direitos”: seria legítimo criminalizar uma conduta a partir do momento em que esta violasse um direito legal – HÖRNLE, Tatjana, “Legal Regulation of Offense”, *in HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP (Eds.), Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Portland, Hart Publishing, 2006, pág. 133 ss; PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 58, nota 251.

[...] dano significa perda de valor”⁵²⁹. Para Mueller, que parte da definição de Hall, o dano deve ser avaliado numa abstracção em três partes: no sentido geral, será equivalente ao desrespeito pela lei presente em qualquer crime; num nível intermédio, é definido pelo dano a um interesse legalmente protegido; e por último, quando aplicável, é também um dano ao propósito específico de criminalização (âmbito de protecção da norma)⁵³⁰. Já Eser, depois de analisar o conceito de bem jurídico, acaba por entender que o *harm principle* dirige a sua protecção aos “interesses legalmente protegidos”, o que significaria então que o dano ou prejuízo se consubstanciaria na “negação, colocação em perigo ou destruição dos interesses legais da respectiva norma criminal”⁵³¹. O interesse legal, explica, é composto por dois substratos: tem uma dimensão sociológica⁵³² e uma constitucional⁵³³, sendo que apenas a combinação destas duas faz com que o interesse seja relevante para a questão da criminalização⁵³⁴. Combinando então as duas definições, chega à conclusão de que o dano (*harm*) relevante para o âmbito do Direito Penal consiste no “actual ou potencial prejuízo a interesses factuais reconhecidos social e constitucionalmente, e criminalmente sancionados”⁵³⁵.

Para uma grande parte dos autores, um conceito meramente objectivo de *harm* não é suficiente para que possa ser útil no âmbito penal, atribuindo-lhe por isso uma posterior dimensão normativa⁵³⁶. Essa dimensão consiste na ilicitude (não no sentido especificamente

⁵²⁹ HALL, Jerome, *General Principles of Criminal Law*, 2nd Edition, Indianapolis, Bobbs-Merrill Company, 1960, pág. 212 ss; ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 370 ss.

⁵³⁰ MUELLER, Gerhard, “Criminal Theory: An Appraisal of Jerome Hall’s Studies in Jurisprudence and Criminal Theory”, *in* *Indiana Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, 1959, pág. 220 ss; ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 372.

⁵³¹ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 411.

⁵³² Na dimensão sociológica, o autor, fazendo apelo a uma distinção filosófica, divide o interesse legal em *qualidade do valor* (*value quality*) e *substrato do valor* (*value substratum*), sendo este o objecto factual onde o valor se reflecte (que pode ser físico ou consistir em certas relações ou combinações de facto), e aquele o que torna o substrato realmente importante (os objectivos merecedores de realização, que necessitam do substrato para serem realizados) – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 377.

⁵³³ Enquanto lei fundamental do Estado, exige que toda a legislação, incluindo a penal, esteja de acordo com os seus ditames; isso não significa, porém, que um interesse que busca reconhecimento legal para a sua defesa deva corresponder a alguma norma escrita da Constituição: basta que se insira no quadro de valores expressos pelo espírito constitucional. – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 400.

⁵³⁴ O interesse deve pré-existir (à criminalização) e ter uma base sociológica, e corresponder por isso ao interesse do indivíduo, grupo social ou Estado; deve depois ser confrontado com os valores defendidos pela Constituição, de forma a averiguar se se reflecte em algum deles (se não se relacionar de nenhuma forma com a Constituição, por muito firme que seja a sua base sociológica, não poderá ser alvo de protecção penal). O interesse, para ser susceptível de criminalização, deve então preencher três requisitos cumulativos: deve ser um interesse factual socialmente fundado; deve ser socialmente reconhecido; e a sua consonância com a Constituição deve encontrar-se demonstrada – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 412 / 413.

⁵³⁵ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 413.

⁵³⁶ Como escreve HIRSCH, Andrew von, “Harm and Wrongdoing...”, pág. 246, “[w]rongdoing [...] should be a necessary (albeit not sufficient) condition for criminalization of harmful behavior, because (*inter alia*) criminal prohibitions convey censure or blame and this censure-element presupposes wrongdoing (or wrongful risk-taking) on the actor’s part”.

penal) da acção do agente, normalmente definida através do recurso aos direitos que cada pessoa tem reconhecidos – assim, para Feinberg a ilicitude adviria da violação dos direitos do outro⁵³⁷ (da violação, por parte de um agente moral, dos interesses do outro); para von Hirsch, do infringir de uma reivindicação normativa ao recurso em causa. Para Feinberg, o comportamento danoso ilícito (a “invasão ilícita do interesse de bem-estar”⁵³⁸) ocorre quando *A*, em relação a *B*: age; de uma forma defeituosa em relação aos riscos que cria para *B* (com a intenção – ou negligentemente – de produzir as consequências que se seguem ou de similar natureza adversa); a acção de *A* é moralmente indefensável (não é justificável nem desculpável); a acção de *A* foi causa da frustração ou contrariedade ao interesse de *B*; a acção de *A* constitui igualmente a violação de um direito de *B*.⁵³⁹

Uma outra parte da doutrina considera, *a contrario* que o conceito de *harm* deveria ser o mais objectivo possível, e por isso abster-se de incluir qualquer aspecto normativo na sua definição – é a opinião, p. ex., de Nina Persak⁵⁴⁰ e de Piers Turner⁵⁴¹.

Por nossa parte, consideramos que o “dano ou prejuízo” específicos deste princípio de criminalização devem ser vistos como dirigindo-se a “interesses” na acepção de Eser: os interesses que relevam para o Direito Penal devem ter uma dimensão sociológica (deve relevar para alguém da sociedade, seja ela própria, um indivíduo da mesma ou o Estado que a governa), e deve ser um dano que reflecta a ilicitude *lato sensu*, a injustiça do comportamento do agente (o percurso descrito por Feinberg parece-nos ilustrar bem as diversas etapas a averiguar), sob pena de se alargar em demasia o conceito e incluir actos fortuitos, etc.⁵⁴². Este conceito é assim

⁵³⁷ A inclusão da referência a “direitos” leva a que alguns autores critiquem a mesma, argumentando que desse modo o conceito de *harm* seria relativo a cada sociedade, às suas normas e convenções – TURNER, Piers Norris, “Harm” and Mill’s..., pág. 303, nota 14. Se, no entanto, interpretarmos os “direitos” como “interesses legalmente protegidos”, com um referente axiológico constitucional já por si amplo, cremos que esta dificuldade seja ultrapassada.

⁵³⁸ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 105; v. também BAKER, Dennis, “The Harm Principle vs Kantian...”, pág. 77.

⁵³⁹ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 105 e 106. Concordamos com BAKER, Dennis, “The Harm Principle vs Kantian...”, pág. 81/82 quando responde aos críticos do *harm principle* – nomeadamente em relação à não punição de actos indubitavelmente ilícitos que não culminam num dano ou prejuízo à vítima, por esta não estar, p. ex., ciente do dano – que o legislador criminaliza condutas *ex ante*, isto é, não tem em atenção o dano concreto feito a uma determinada pessoa (se uma conduta ilícita *costuma* ser danosa, então legítima a intervenção do Direito Penal, ainda que algumas vítimas possam nunca vir a descobrir o prejuízo de que foram alvo).

⁵⁴⁰ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 59. A autora refere de igual modo, contudo, a ilicitude da acção para que o dano “passe o teste” do *harm principle*; simplesmente separa as duas categorias.

⁵⁴¹ O autor defende um conceito amplo de *harm*, afirmando que este deve ser interpretado no sentido de significar qualquer consequência negativa: “[w]e therefore have independent reason to believe that ‘harm’ should be regarded as a general term for bad consequence, and no independent reason to believe that ‘harm’ implies a bad effect of a certain kind or of a certain degree of intensity” – TURNER, Piers Norris, “Harm” and Mill’s..., pág. 320.

⁵⁴² Um exemplo que nos parece bastante esclarecedor da necessidade deste elemento normativo é aquele dado por BAKER, Dennis, “The Harm Principle vs Kantian...”, pág. 77 – se alguém ao passear por um parque que contém um lago com crocodilos for atacado por um dos animais, apesar de no sentido ordinário da palavra sofrer um dano (vê interesses seus serem contrariados), a verdade é que este dano não pode relevar para o Direito Penal (imaginemos aqui que não existe qualquer questão de responsabilidade do parque por falta de informação, sinalização ou similares). Por outro lado, se um guia do parque disser a essa determinada pessoa

composto (como também em von Hirsch) por dois substratos, ou seja, é um conceito unitário avaliado em dois momentos distintos, a saber, o da consequência danosa e da ilicitude da acção. A ter que existir um referente para que se determine o carácter ilícito daquela (as pretensões ou reivindicações normativas, como expõe von Hirsch), deve este ser procurado na ordem valorativa mais ampla e fundamental disponível – ou seja, a Constituição –, por dois motivos: em primeiro, porque de facto qualquer lei (incluindo, ou talvez sobretudo, a lei penal) deverá estar de acordo com a Constituição; e depois porque os direitos⁵⁴³, valores, princípios aí expressos não têm uma natureza restrita, podendo englobar várias realidades, o que se mostra útil à necessidade de adequação da lei penal à sociedade que pretende regular, porque pode ir variando desde que respeite ou encontre referente nesses valores fundamentais⁵⁴⁴.

Podemos legitimamente perguntar: “e se uma sociedade já não se revir na sua Constituição, se esta for em si fundamentalmente vista como injusta?”. Nesse caso, e se existir uma mudança na sociedade de tal magnitude que torne essa ordem constitucional obsoleta, o mais provável é que se siga (seja por que processo for) uma outra Constituição, que melhor reflecta os novos valores fundamentais daquela organização social; de qualquer forma, o anteriormente exposto não perde a sua validade, pois as leis deverão estar de acordo com essa nova Constituição, e desta forma o referente normativo continua a ser o mesmo – apesar de neste caso, ao contrário do que acontece no bem jurídico, se assegurar o referente liberal do DP através da existência da concepção não normativa de *harm*. Neste sentido, o elemento objectivo do conceito de *harm* continua a impedir a criminalização arbitrária de condutas que não sejam danosas, constituindo assim o primeiro filtro para averiguação da legitimidade da nova criminalização; segue-se o interesse constitucionalmente apoiado, para que se perfeccione o conceito específico penal do *harm principle*; para além disso, existem depois outros limites à criminalização a ter em conta (que serão posteriormente explanados), pelo que nos parece ser este o conceito, dentro das suas limitações próprias (também de seguida estudadas), que melhor responde neste título à problemática dos limites e legitimidade da criminalização.

O conceito de *harm* de Feinberg suscita ainda uma outra questão, designadamente a de saber qual o momento relevante para se afirmar que houve uma contrariedade ao interesse da pessoa, e aqui existem duas possibilidades: a *relativista*, que em suma diz que se deve avaliar a situação da possível vítima antes de ocorrer o comportamento, para dessa forma se avaliar se piorou, e logo, se ocorreu um dano ou prejuízo; e a *não relativista*, que vê o interesse assente

que é seguro nadar no lago, e ela conseqüentemente for atacada, a sua conduta já releva legalmente, porque contém em si mesma um desvalor que só conseguimos expressar através da ilicitude.

⁵⁴³ Nesta nossa concepção, como já deriva do agora exposto, a referência a “direitos” não se pretende que seja vista como querendo significar aquelas “vantagens normativas [...] para o propósito de proteger os [...] interesses [das pessoas]”, mas sim aqueles “que a pessoa tem apenas em virtude de ser uma pessoa sujeita ao Direito” – STEWART, Hamish, “The Limits of the Harm Principle”, *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 4, 2010, pág. 19 (tradução livre).

⁵⁴⁴ Isso significa que a noção de dano ou prejuízo não pode decorrer da lei penal, sob pena de, tal como no bem jurídico, se perder a função crítica do *harm principle*, pois *harm* seria tudo aquilo descrito no tipo como consequência negativa do crime – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 63, nota 272.

numa linha intermédia de existência, e quando é praticada contra ele alguma acção que faz a sua posição descer desse estado intermédio, então poderá ser afirmado o dano ao mesmo⁵⁴⁵.

Para além do problema de saber qual o referencial empírico de *harm* (o que está vocacionado a proteger), deve discutir-se também a questão do seu *conteúdo* – isto é, são apenas danos físicos, ou deve englobar ainda o dano psicológico? Esta é uma discussão que inspira dois apontamentos⁵⁴⁶: em primeiro, o dano psicológico deve ser cautelosamente inspeccionado, uma vez que pode englobar verdadeiros danos, mas também ofensas (no sentido próprio do princípio da ofensividade ou no sentido mais comum de ofender os sentimentos ou sensibilidades de alguém, algo que não seria legitimamente objecto do Direito Penal); em segundo, este conteúdo variará sempre no tempo e no espaço, pelo que não se pode encontrar um conteúdo universalmente válido. Se quanto a este segundo apontamento não haverá nada a analisar, quanto ao primeiro devemos tentar distinguir (se entendermos, como o fazemos, que o verdadeiro dano psicológico deverá ser um “dano” no sentido do *harm principle*) entre aquelas ofensas relevantes apenas para o princípio da ofensividade – como o insulto, que implica apenas uma negação temporária dos interesses da pessoa –, daquelas condutas que devem integrar o âmbito próprio da censura penal. Estas últimas pressupõem um efeito mais dilatado no tempo, afectando (negando ou contrariando) verdadeiros interesses legalmente protegidos da vítima⁵⁴⁷.

A proporcional seriedade dos danos ou prejuízos resultantes de um acto também serve o propósito de fornecer um critério relevante para que se possa determinar o nível de sanção que deverá corresponder à gravidade de um determinado crime (permitindo assim também uma certa ordenação dos crimes pela relativa gravidade das suas sanções). O critério sugerido por von Hirsch e Jareborg menciona quatro *dimensões* da pessoa que podem ser afectadas pelos crimes (apesar de não ser uma lista exaustiva) – integridade física, suporte material e amenidade, ausência de humilhação, e privacidade e autonomia – e quatro “*graus de intrusão*”⁵⁴⁸ nessas dimensões, afectando assim a subsistência, bem-estar mínimo, bem-estar adequado, ou bem-estar médio do interesse em causa. Consoante a dimensão afectada pelo

⁵⁴⁵ AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 312. Para um maior desenvolvimento e questionamento sobre esta “*baseline*” do interesse em relação à afirmação do dano, v. também PETERSEN, Thomas, “Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle”, *in Res Publica*, Vol. 20, 2014.

⁵⁴⁶ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 61.

⁵⁴⁷ Von Hirsch e Simester descrevem: “The psychologically-harmed person’s personal resources or coping abilities need to be impaired in various ways – for example, through his having been traumatized, or having difficulty concentrating on his work or conducting normal social relations. These are not the standard effects of offensive behavior. Mere affront is not a species of psychological harm” – HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP, “Penalising Offensive Behaviour...”, pág. 117. V. também o artigo de SIMESTER, AP e HIRSCH, Andrew von, “Rethinking the Offense Principle”, *in Legal Theory*, Vol. 8, Issue 3, 2002, pág. 269 ss; e SIMESTER, AP e HIRSCH, Andrew von, *Crimes, Harms and Wrongs...*, pág. 91 ss.

⁵⁴⁸ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 62; HIRSCH, Andrew von and JAREBORG, Nils, “Gauging Crime Seriousness: A ‘Living Standard’ Conception of Criminal Harm”, *in* HIRSCH, Andrew von and ASHWORTH, Andrew, *Proportionate Sentencing Exploring the Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pág. 186 ss.

dano e o nível de intrusão sofrido, seria facilitada a tarefa de quantificar o *quantum* de sanção relativo merecido por uma certa conduta⁵⁴⁹.

3.4.3 (Dano) a outrem

Enquanto princípio liberal que afasta a legitimidade do paternalismo penal, o *harm principle* pressupõe, como já referido, que o dano ou prejuízo seja sofrido por “outro” que não o agente; o referencial desse dano leva-nos directamente a perguntar quem detém o interesse afectado, pelo que daqui decorreria a identificação da vítima⁵⁵⁰.

Parece-nos claro que o indivíduo singularmente considerado pode ser afectado por um crime, sem que para isso tenha que apresentar certas características⁵⁵¹; o verdadeiro dilema surge quando se considera a “sociedade” ou o “Estado”. Mill considera tanto o indivíduo como a sociedade⁵⁵² sujeitos possíveis do dano efectuado ou arriscado; Feinberg reconhece que há “danos privados” e “danos públicos”, apesar de tentar limitar o alcance do conceito de “público”, referindo que este é composto por indivíduos em relação entre si⁵⁵³.

Quanto ao Estado, não obstante este poder ser considerado uma entidade, para efeitos de Direito Penal não deveria ser considerado como potencial vítima, já que isso pode levar ao abuso do poder legislativo para que se mantenha um certo *status quo*⁵⁵⁴. Argumentando, como se pode legitimamente fazer, que podem existir, a despeito disso, alguns crimes “contra o Estado” que deveriam manter essa designação e punição próprias, deve avaliar-se se esses crimes têm alguma relação com interesses individuais ou não – ou seja, o que queremos com isso dizer é que o Estado pode ser defendido de condutas danosas *se isso beneficiar interesses*

⁵⁴⁹ Já a questão de determinar se o dano foi substancial ou trivial parece relevar mais para a fase processual, permitindo afastar a necessidade de julgamento quando são casos bagatelares, do que propriamente para a fase de criminalização.

⁵⁵⁰ A utilização da palavra “vítima” quererá designar neste estudo tão-somente o facto de alguém ser alvo de um dano ou prejuízo, não se efectuando nenhum juízo de valor quanto à ilicitude do acto que provoca esse dano, uma vez que já se assumiu acima a necessidade da existência de um elemento normativo na definição de *harm* no sentido específico do *harm principle*. Para quem não perfilhe esta posição, a palavra “vítima” deve corresponder apenas a quem foi alvo de um dano também ilícito, pelo que poderá não ser sempre apropriada a sua utilização – v. nesta questão PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 63ss.

⁵⁵¹ Isto pese embora alguns tipos legais de crime possam fazer depender esse crime em específico de certas características do agente ou da vítima – quanto ao agente, para fundamentar ou agravar a sua conduta criminosa (dando origem assim a crimes próprios ou puros, e impróprios ou impuros – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 304); e quanto à vítima, também para fundamentar (p. ex. no infanticídio) ou agravar (p. ex. na ameaça ou coacção contra pessoa particularmente indefesa) o grau de censura que se deve atribuir à conduta do agente.

⁵⁵² MILL, John Stuart, *On Liberty*, pág. 75 / 76.

⁵⁵³ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, pág. 11.

⁵⁵⁴ V. p. ex. a questão em PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 55, quando a autora questiona a bondade do Estado em relação ao indivíduo, e a validade (dever, até) de desobedecer à lei penal quando o Estado é fundamentalmente prejudicial para o indivíduo – neste caso, o Direito Penal serviria apenas para proteger o Estado, apesar de em termos liberais não se conseguir intuitivamente dizer que existe um “dano ou prejuízo” (a menos que se considere o Estado uma vítima). Para uma problematização concreta do progressivo carácter abstracto das vítimas em Direito Penal (do ponto de vista do *harm principle*), v. ainda o artigo de MILLS, David and WEISBERG, Robert, “Corrupting the Harm Requirement in White Collar Crime”, *in* Stanford Law Review, Vol. 60, March 2008.

legítimos dos indivíduos enquanto parte integrante daquele Estado. Vejamos alguns exemplos concretos: o crime de traição à Pátria (art. 308º CP), que à primeira vista se poderia dizer que tem como única vítima o Estado (a sua independência, território e soberania), na verdade pode ser interpretado como defendendo interesses das pessoas que o compõem – *v. g.* o interesse de não serem sujeitos à soberania de outro país; já o crime de ultraje de símbolos nacionais e regionais (art. 332º CP) não nos parece defender qualquer interesse remotamente pessoal, pelo que não seria, à luz deste princípio, legítimo⁵⁵⁵.

De forma similar se pode perceber a “sociedade” ou “comunidade” enquanto potencial vítima em Direito Penal: os seus interesses serão legítimos enquanto se reflectirem em algum interesse penalmente relevante do indivíduo⁵⁵⁶; de outro modo, poderíamos acabar por defender o moralismo legal enquanto princípio que confere legitimidade à criminalização. Vejamos de novo alguns exemplos: a homossexualidade, quando criminalizada, pode sê-lo para que se proteja uma determinada moralidade comum (seria, portanto, um interesse da comunidade ou sociedade em causa); no entanto, analisando à luz do *harm principle*, vemos afinal que os interesses pretensamente colocados em causa são, em primeiro, de alguns indivíduos que compõem essa comunidade, e segundo, que a sua negação ou contrariedade configuraria no máximo uma ofensa, devendo depois ser avaliada a sua punição ou não de acordo com os critérios desse princípio específico. Já o ambiente, verdadeiro interesse comum, também não se pode dizer que pertença em exclusivo à sociedade: é antes o reflexo conjunto do interesse individual que pertence a cada membro dessa comunidade⁵⁵⁷.

3.4.4 A intervenção do Estado

A intervenção estatal refere-se, neste tema, somente à aprovação de leis que tenham como objectivo proibir, censurar, ou limitar o comportamento em princípio livre do indivíduo. Essa interferência pode ser através da lei penal, o que deve estar reservado para as

⁵⁵⁵ Poderíamos comparar, aliás, estas condutas àquelas que se inseririam por excelência no princípio da ofensividade, causando apenas uma ofensa ao Estado; ora, mesmo que este fosse considerado um sujeito legítimo em Direito Penal, e aceitando o princípio da ofensividade enquanto princípio legitimador da intervenção legal na esfera de liberdade do indivíduo, deveria ainda assim passar por todos os crivos de legitimidade acima mencionados, nomeadamente a ilicitude da acção (que seria expressa, obviamente, pela “falta ao respeito que lhes é devido”) *versus* a existência de outros direitos conflitantes, como a liberdade de expressão; ainda assim, teria depois que se determinar se a censura própria do Direito Penal e as suas sanções deveriam ser empregues ou se se reencaaminharia a reacção legal para o âmbito das contra-ordenações. Roxin defende o mesmo, mas com uma argumentação, naturalmente, ao nível dos bens jurídicos protegidos – *v.* ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, pág. 56.

⁵⁵⁶ “One might well argue that there are other values worth protecting, interests that cannot be derived solely from individual interests. The question is, however, whether these interests should be protected by the criminal law.” – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 55.

⁵⁵⁷ Também assim PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 53: “[...] it could be maintained that collective interests or certain valuable social practices might then be considered upholding through the criminal law, but only when these can ultimately be accounted for through the concerns of the individual human being harmed”. Voltamos a sublinhar que, só porque uma determinada conduta preenche os primeiros requisitos de criminalização, não se segue automaticamente que deva ser criminalizada, existindo outros limites a considerar.

condutas que causem dano ou prejuízo nos termos expostos *supra*; ou através (nos ordenamentos em que existam) de contra-ordenações, que podem ser utilizadas para mais correctamente se aplicar a ofensas (em sentido próprio) ou, p. ex., às situações de antecipação da tutela penal que não se devam considerar crime⁵⁵⁸.

O *harm principle* é, assim, um princípio que pretende responder à questão da *legitimidade* da lei penal, e não da sua legalidade – a legitimidade é anterior à legalidade, e enquanto uma norma não pode ser legítima sem ser também legal, o contrário (ser legal sem ser legítima) já não se verifica⁵⁵⁹.

3.5. As funções do *harm principle*

O *harm principle* é, antes de mais, um princípio que pretende limitar a utilização indevida, por parte do legislador, do poder de criminalizar comportamentos individuais (função limitadora)⁵⁶⁰; para além disso, tem uma função delimitadora, no sentido em que separa o que deve ser considerado crime do que não deve, através da inclusão, no conceito de crime, do elemento do dano ou prejuízo⁵⁶¹.

É, depois, um princípio de política criminal, que permite argumentar a favor⁵⁶² ou contra uma proposta de criminalização, consoante a conduta descrita preencha os seus requisitos de legitimidade ou não.

O conceito de *harm* presente neste princípio auxilia ainda na interpretação do âmbito de protecção da norma incriminadora⁵⁶³, assim afirmando ou excluindo a sua aplicação a condutas concretas⁵⁶⁴.

É ainda um princípio que, lido em conjunto com outros princípios relevantes no tema da criminalização, previne o desvirtuamento do conteúdo próprio daqueles, para além de conceder uma base mais apropriada para a (des)criminalização de comportamentos⁵⁶⁵.

Por último, desempenha ainda funções importantes já numa fase posterior à criminalização, a dois níveis distintos: desde logo, funcionando em conjunto com o princípio

⁵⁵⁸ Existem outras formas de interferência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo para através daquelas regular comportamentos deste (como p. ex. a aplicação de impostos específicos a álcool ou tabaco) – PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 39; essas não relevam, no entanto, para a questão da criminalização, pelo que não se mencionam aqui.

⁵⁵⁹ V. PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 40.

⁵⁶⁰ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 71.

⁵⁶¹ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 346.

⁵⁶² PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 72. Esta argumentação a favor é feita *prima facie* através do *harm principle*, para justificar a possibilidade ou impossibilidade de ser criminalizada uma conduta; depois existem outros critérios a verificar, impostos por outros princípios que interferem nesse processo de criminalização.

⁵⁶³ *V.g.* o exemplo descrito em DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 339.

⁵⁶⁴ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 346: “Merely analyzing the statutory definition of the crime does not always lead to a satisfactory answer; only an inquiry into the harm it is designed to prevent will make a proper interpretation possible”.

⁵⁶⁵ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 72, a respeito do princípio da legalidade.

de minimis, ajuda a determinar quais aqueles casos que devem ser considerados bagatelares, e por isso, não sujeitos a punição (apesar de ilícitos na mesma); e depois, com o funcionamento concomitante do princípio da proporcionalidade, e sendo capaz de fornecer de forma mais clara um critério de comparação entre danos ocorridos e a gravidade destes, permite estabelecer uma escala que se revela útil tanto quanto ao estabelecimento das sanções abstractas⁵⁶⁶ como em relação ao *quantum* de sanção atribuída no caso concreto⁵⁶⁷.

3.6. Outros limites à criminalização

No processo de averiguação da legitimidade de uma proposta de criminalização, a “permissão” concedida pelo princípio de criminalização eleito (aqui, *harm principle*, mas antes, do bem jurídico) é apenas o primeiro degrau para que se conclua que aquela conduta deve de facto ser alvo de uma norma proibitiva de Direito Penal.

É sugerida, assim, uma análise tripartida⁵⁶⁸ para que se possa afirmar a necessidade de criminalização:

a) O filtro dos princípios

Este seria o filtro apropriado onde inserir o funcionamento do *harm principle* (ou outro princípio inicial, como o de protecção de bens jurídicos, que pretenda limitar o poder legislativo penal), que tem por função “determinar se a acção em questão pertence à autoridade moral do Estado”⁵⁶⁹ – ou seja, se a sua intervenção na regulação daquela será defensável. O princípio da ofensividade, a ser utilizado, sê-lo-ia também aqui; assim como, apesar de os termos afastado, o paternalismo ou moralismo.

b) O filtro das presunções

Aqui, depois de afirmado o primeiro filtro, dever-se-ia averiguar a eventual existência de outros meios, menos coercitivos, de responder à necessidade de intervenção estatal para regular esse comportamento. Seria o momento indicado para a intervenção das considerações

⁵⁶⁶ “The maximum penalties attached to offences may also be taken to convey the relative seriousness of the types of offence: indeed, one of the main functions of criminal law is to express the *degree* of wrongdoing, not simply the fact of wrongdoing” – ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Second Edition, pág. 35 (sublinhados do autor).

⁵⁶⁷ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 73; ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 346.

⁵⁶⁸ Com PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 92 ss, utilizando como base o esquema proposto por SCHONSHECK, Jonathan, *On Criminalization. An Essay on the Philosophy of the Criminal Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, pág. 25. Para outras propostas de sistematização, v. *ibid.* pág. 91 ss.

⁵⁶⁹ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 92.

próprias referentes ao princípio da legalidade⁵⁷⁰, da proporcionalidade⁵⁷¹ e *ultima ratio*⁵⁷², determinando estes, após aplicação dos seus critérios, se aquela conduta onde se identificou um dano ou prejuízo a outrem deve ou não ser afinal regulada pelo Direito Penal.

Neste filtro devem, portanto, ser tecidas considerações acerca da adequação de emprego da reacção penal, dos interesses da vítima (se poderia vê-los respondidos de igual ou melhor forma num outro ramo do Direito), da proporcionalidade dos “custos” de penalização em relação ao que se deseja proibir⁵⁷³.

c) O filtro pragmático

Neste último filtro são inseridas todas as outras questões que devem ser ponderadas numa nova criminalização e que não cabem noutros filtros. Referem-se aqui os custos *financeiros* que essa penalização iria originar⁵⁷⁴, os custos *sociais* (o estigma, a restrição da liberdade, e o sofrimento do agente e pessoas a ele ligadas⁵⁷⁵), a *viabilidade* de impor essa proibição à sociedade⁵⁷⁶, o carácter *desvantajoso* da proibição penal (quando “o mal da punição excede aquele do ilícito”⁵⁷⁷), incluindo-se aqui características⁵⁷⁸ como (mas não só) a baixa probabilidade de detecção, a eficácia da acção estatal, o factor de potencial desafio (se os cidadãos não estiverem dispostos a respeitar essa lei), e a consonância dessa nova lei penal com o resto da legislação vigente.

⁵⁷⁰ V. p. ex. PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 118 ss.

⁵⁷¹ V. p. ex. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 127 ss (quanto à proporcionalidade em sentido amplo); múltiplas referências ao longo da obra citada.

⁵⁷² V. p. ex. as referências feitas por PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 121 ss; ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Second Edition, pág. 33 ss; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pág. 127 ss (com mais referências ao longo do manual).

⁵⁷³ Correspondendo ao “princípio da humanidade” de Jareborg – JAREBORG, Nils, “Criminalization as Last Resort...”, pág. 530 e 531.

⁵⁷⁴ Para uma análise da política criminal do ponto de vista económico v. p. ex. URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz, “Economics as a Tool in Legislative Evaluation: Cost-Analysis, Cost-Efficacy and Cost-Benefit”, in NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016, pág. 49 ss.

⁵⁷⁵ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 93, nota 402, com referência a Burchel e Milton, e Bentham.

⁵⁷⁶ ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, pág. 27 / 28, refere neste âmbito o facto de a lei penal não dever encontrar-se em dessincronia com a sociedade e seus membros: uma lei penal amplamente desrespeitada, para além de poder levar à criação de sistemas paralelos informais de punição e ser uma má lei penal, como refere o autor, é também (acrescentamos nós) um factor de enfraquecimento da finalidade preventiva geral do Direito Penal.

⁵⁷⁷ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 93, nota 404; BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781), Kitchener, Batoche Books, 2000, pág. 137 / 138. Por outras palavras, “as consequências da criminalização de certo comportamento não deveriam ser tão más quanto, ou piores do que, as consequências de o deixar fora do âmbito da lei criminal” – ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, pág. 27 (tradução livre). Este autor refere o exemplo da proibição do álcool nos EUA, que originou um aumento exponencial no crime organizado na tentativa de ultrapassar essa proibição.

⁵⁷⁸ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 93.

Este filtro expressa a ideia de ponderação de todos os factores a favor e contra uma determinada criminalização, concluindo depois qual dos dois subconjuntos de ideias tem maior mérito e deve prevalecer⁵⁷⁹ – é, por isso, uma técnica de ponderação que só pode ocorrer após se determinar a ilicitude, e a possibilidade, em termos de princípios, da criminalização dessa conduta.

3.7. Críticas ao *harm principle*

Tal como em qualquer tema legal, também ao *harm principle* podem ser tecidas algumas críticas. Desde logo a mais evidente será relativa ao conteúdo de *harm*, como fica claro pela miríade de tentativas de resposta acima expostas. Esta não é, ainda assim, uma dificuldade intransponível, já que o conteúdo que se lhe atribui não deve ser, em primeiro lugar, restrito de tal forma que não consiga acompanhar a evolução da sociedade onde se aplica; e depois porque não se conseguiria nunca responder à pergunta “o que se deve criminalizar?” só com o emprego de um único princípio, pelo que essa amplitude conceptual acaba por ter um impacto mais reduzido ao ser lida em conjunto com os outros limites à criminalização. Um pouco na esteira desta, critica-se ainda o facto de, para os liberais, o *harm principle* ser apenas uma condição necessária para a criminalização, e não suficiente⁵⁸⁰ – a resposta aqui será a mesma, a de que existem outros factores e outros limites a ter em conta, não se podendo pretender que um só princípio seja suficiente, qualquer que este seja.

Um outro problema que também identificam prende-se com a relação do dano ou prejuízo em sentido objectivo ou não normativo com a sua dimensão normativa (a ilicitude do mesmo)⁵⁸¹. Aquilo que se argumenta aqui é que ao fazer da ilicitude um elemento do *harm* isso faria com que as suas vantagens enquanto conceito comparativo e restritivo iriam perder-se, uma vez que se originariam tantos danos / prejuízos quantos graus de ilicitude se pudessem cogitar. No nosso entender, fazer com que este conceito tenha duas dimensões, que dele fazem parte mas diferentes uma da outra, não lhe retira mérito algum nem o torna menos útil: aquilo que se quer dizer é simplesmente que, para que seja um conceito com relevo penal, deve apresentar uma certa característica que o distinga de todos os outros danos ou prejuízos que possam acontecer diariamente. Nem nos parece que perca sentido, neste caso, a afirmação de que o número de danos ou prejuízos possíveis não deve (nem pode) corresponder ao número de tipos legais de crime, uma vez que vários tipos podem ter o mesmo dano (pense-se, por exemplo, nas várias possibilidades que existem para o dano de extinguir a vida de alguém); e

⁵⁷⁹ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 10 ss.

⁵⁸⁰ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 86. Para Feinberg nem isso, uma vez que admite também o emprego do princípio da ofensividade.

⁵⁸¹ Referido em PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 79 ss. Como já exposto acima no local apropriado, a autora defende um conceito de *harm* meramente objectivo, colocando a ilicitude ou normatividade do conceito numa categoria separada daquele. A nossa opinião pende mais para a estrutura bipartida de von Hirsch, que apesar de não identificar o dano com a ilicitude do mesmo, para que aquele releve para a aplicação penal do *harm principle* é necessário que se verifiquem estas duas dimensões.

que um só tipo legal pode ver afectados vários interesses da pessoa, sem que isso implique concomitantemente que devam ser necessárias várias descrições para uma só conduta (p. ex. o crime de violência doméstica pode englobar só danos físicos, mas também insultos); pode também acontecer que o tipo legal seja o mesmo, mas certas consequências danosas para além das iniciais actuem como factor de agravação.

Uma terceira crítica afirma que a esfera de liberdade protegida pelo princípio não se consegue facilmente determinar, ou seja, a demarcação das duas esferas relevantes para o princípio é indistinta (entre a esfera de liberdade pessoal e a esfera de jurisdição social), uma vez que a diferença entre actos que só afectam o agente e actos que afectam outros seria apenas uma ficção⁵⁸². Esta crítica, a nosso ver, não procede, uma vez que “afectar” não é o mesmo que “danificar”⁵⁸³, e de todo o modo a fronteira entre essas duas esferas deve ir sendo forjada consoante a conduta danosa que se analisa de momento.

Por último, refere-se ainda o potencial apresentado pelo *harm principle* para que se abuse do seu conceito principal para criminalizar condutas que em princípio não deveriam ser proibidas (pelo menos pelo Direito Penal). Muito desse potencial evidencia-se na possibilidade de regular penalmente condutas antecipatórias do dano, fazendo equivaler dano actual e possível dano futuro – não só naquelas situações que são mais familiares ao nosso ordenamento (como as situações tradicionalmente abrangidas pelos crimes de perigo), mas também através de argumentos falaciosos que utilizam raciocínios próprios do *harm principle* para justificar a criminalização de condutas com base, na verdade, no moralismo⁵⁸⁴.

Mas a verdade é que esta última crítica e algumas outras⁵⁸⁵ não se devem dirigir propriamente ao princípio, mas sim a quem o aplica – nomeadamente o legislador penal, cuja tendência é distorcer o conteúdo exclusivo de qualquer princípio de criminalização para assim atingir o objectivo por ele desejado.

⁵⁸² PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 85; v. também as observações de STEPHEN, James Fitzjames, *Liberty, Equality, Fraternity*, 2nd Edition, London, H. Elder and Co., 1874, pág. x.

⁵⁸³ Como refere KNOWLES, Dudley, “A Reformulation of the Harm...”, pág. 236.

⁵⁸⁴ Como escreve p. ex. HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 110: “A similar shift in justification is evident in a wide range of debates over the regulation or prohibition of activities that have traditionally been associated with moral offence”, referindo-se à tendência então observável em Chicago, cujas propostas de regulação claramente moralistas apelavam antes aos perigos que certas condutas representavam para o público, como se pode ver nas afirmações do presidente da câmara Giuliani – “[M]urder and graffiti are two vastly different crimes. But they are part of the same continuum...”, *ibid.* pág. 110. Um estudo bastante interessante sobre este tema foi apresentado por SOOD, Avani and DARLEY, John, “The Plasticity of Harm...”, através do qual se pode concluir que existem mecanismos psicológicos (no caso, a teoria da cognição motivada) que levam o público a acreditar existir um dano ou prejuízo em condutas que na verdade não deveriam motivar a criminalização (e assim demonstrando a elasticidade de que é capaz o conceito de *harm*); este tipo de raciocínio é utilizado – mesmo que inconscientemente – pelos proponentes de legislação penal moralista para justificarem a necessidade de sanção penal no caso em apreço.

⁵⁸⁵ As referidas ainda em PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 89 ss – dirigidas à formulação original de Mill – onde se reconhece também que alguns dos problemas evidenciados pelo *harm principle* não são verdadeiras dificuldades atinentes à construção teórica do mesmo, mas aos aplicadores do princípio e processo inevitavelmente político da criminalização.

3.8. Conclusão – a utilidade do *harm principle*

Muito à semelhança do que acontece em outras teorias, as opiniões quanto à utilidade do *harm principle* dividem-se. Existem autores que concluem que este será um princípio fundamentalmente inútil, porque se revela vazio de conteúdo e, conseqüentemente, em vez de limitar o poder do legislador penal, fornece-lhe um conceito a ser preenchido com qualquer convicção ou valores que se perfilhem⁵⁸⁶; outros acreditam que este até poderia ser útil a restringir o legislador, mas esse efeito estaria dependente de alterações institucionais que prevenissem o abuso do conceito⁵⁸⁷; por fim, existe ainda quem acredite que apenas este princípio poderia fornecer a legitimidade necessária ao processo de criminalização, devido a variadas vantagens que apresenta⁵⁸⁸.

É verdade que hoje podemos dizer com relativa segurança que qualquer princípio que se dirija à questão da criminalização, individualmente considerado, se encontra em crise – fala-se, especificamente em relação ao *harm principle*, no seu “colapso”⁵⁸⁹. No entanto, este princípio nunca pretendeu ser uma condição suficiente para que se justificasse uma nova criminalização, sendo necessária a intervenção de outras considerações para que fundamentadamente se chegue à conclusão da sua efectiva necessidade⁵⁹⁰. De facto, o problema da hiperactividade legislativa penal (*overcriminalization*⁵⁹¹) não é exclusivo dos países onde se adopta o *harm principle*, mas antes uma tendência também dos ordenamentos que adoptam primariamente o conceito de bem jurídico⁵⁹²; talvez por isso, e tendo em conta também a intervenção posterior de todos os outros princípios relevantes (da legalidade, proporcionalidade, *ultima ratio*...), fosse benéfico considerar, pelo menos no plano

⁵⁸⁶ SMITH, Steve, “The Hollowness of the Harm Principle”, pág. 8.

⁵⁸⁷ DRIPPS, Donald A., “The Liberal Critique...”, pág. 12.

⁵⁸⁸ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 128 / 129, aí enunciando as suas vantagens. Também argumentando a favor do *harm principle* (pelo menos num dos sentidos que identifica), EDWARDS, James, “Harm Principles”, *in* Legal Theory, Vol. 20, 2014.

⁵⁸⁹ “The proliferation of harm arguments in the debate over the legal enforcement of morality has effectively collapsed the harm principle.” – HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 182. “As a result, today, we no longer focus on the existence or non-existence of harm. Instead, we focus on the types of harm, the amounts of harms, and the balance of harms.” – *ibid.*, pág. 114.

⁵⁹⁰ “It functions as a consideration that is always a good reason for criminalization, even though there may be other reasons not to criminalize.” – HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, pág. 114, nota 13. No mesmo sentido, ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Second Edition, pág. 57: “The other part of this equation is what form of social control is likely to be most appropriate and, perhaps, most effective”.

⁵⁹¹ Sobre os seus efeitos perniciosos (que infelizmente não se coaduna analisarmos extensivamente aqui), v. HAUGH, Todd, “Overcriminalization’s New Harm Paradigm”, *in* Vanderbilt Law Review, Vol. 68, No. 5, October 2015.

⁵⁹² Como já então escrevia ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 402: “Science and industrialization have made tremendous progress, but their welcome fruits have also created dangers to individual life and liberty and social security. They marked the commencement of an irresistible flow of modern criminal legislation, which, even today, continues to add to an already vast number of so-called welfare offences. This movement, of course, would not have been possible without the social and legal recognition of those newly discovered goods and interests.”

transnacional (europeu), a aplicação concertada de *ambos* os princípios prévios à afirmação de necessidade de norma penal, ou seja, *simultânea* ou *alternativamente* do *harm principle* e da protecção de bens jurídicos. Esta afirmação baseia-se no potencial vantajoso de ambos: quando utilizados de forma *simultânea*, o *harm principle* conferiria uma dimensão liberal ao bem jurídico⁵⁹³, afastando a potencial criminalização de comportamentos com motivações puramente paternalistas ou moralistas, já que requereria o elemento da danosidade a outrem, enquanto o bem jurídico poderia responder à questão do conteúdo do *harm* (dano a quê?); quando utilizados de modo *alternativo* (sentido em que, como posteriormente se averigiará, iria a nossa proposta para o ambiente próprio da União Europeia), poderiam conferir a possibilidade de opção necessária a uma harmoniosa integração de (e interacção entre) ordenamentos jurídicos.

Analisemos por isso, preliminarmente, a sua potencial interacção conjunta.

⁵⁹³ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 118, apesar de nem toda a doutrina concordar – SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut...”, pág. 39, afirma: “Für die kritischen Maßstäbe der Rechtsgutslehre bietet das *harm principle* trotz guter Analyseansätze daher keinen Ersatz.”

4. Bem jurídico e *harm principle*: pontos de convergência e potencial liberal conjunto

Para além de ambas as teorias pretenderem atingir o mesmo objectivo, a saber, o de limitar a liberdade do legislador penal, procurando para isso oferecer critérios segundo os quais se possa aferir da legitimidade das normas penais, tanto o bem jurídico como o *harm principle* partilham alguns pontos de convergência, que certamente facilitariam uma visão de conjunto de ambos⁵⁹⁴. Os aspectos em que se justapõem estes dois princípios são a questão de ambos considerarem ilegítimo o moralismo e o paternalismo legal, de rejeitarem como legítima a criminalização de ofensas a sentimentos⁵⁹⁵, e de terem na sua base uma referência a um interesse que deverá ser protegido⁵⁹⁶.

As diferenças residem, do lado do bem jurídico, em não fazer expressa referência a um conteúdo liberal (nomeadamente a menção explícita do bem jurídico afectado pertencer a um “outro” que não o autor da acção⁵⁹⁷), e de permitir “a incriminação de comportamentos muito distantes da concreta ofensividade”⁵⁹⁸; e do lado do *harm principle*, principalmente em não possuir um referente material explícito⁵⁹⁹ ao qual se ligar, e em relação ao qual se possa aferir, o dano⁶⁰⁰.

Assim, ao combinarmos ambos, vemos que a teoria do bem jurídico passaria a possuir um referente em relação ao dano legitimamente susceptível de criminalização em DP, constituindo esse o lado negativo do crime (o resultado da afectação do interesse)⁶⁰¹; e o *harm principle* passaria, por seu turno, a possuir uma dimensão normativa, através da afirmação de que o dano só passaria a ser penalmente relevante a partir do momento em que afectasse bens jurídico-penais⁶⁰².

É claro, esta proposição não garante, como nenhuma seria capaz de o fazer, a existência exclusiva de Direito Penal liberal e livre de críticas – ambas as teorias permitem um grau de elasticidade capaz de englobar variadas condutas que não se consideram susceptíveis de

⁵⁹⁴ “Debido a estas similitudes entre sistemas jurídicos considerados anteriormente como muy distintos, ROXIN constata que se puede hablar ahora de una ‘globalización de la discusión sobre los fundamentos penales’ – VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 40.

⁵⁹⁵ VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría...”, pág. 40.

⁵⁹⁶ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 105.

⁵⁹⁷ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 105

⁵⁹⁸ BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 83; ARÊDES, Sirlene, “O conceito material de bem jurídico penal”, pág. 113 – ambas referindo-se a críticas de Zaffaroni.

⁵⁹⁹ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 360.

⁶⁰⁰ ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 411, mencionando que o conceito de *harm* possui apenas uma dimensão negativa, de afirmar a destruição ou afectação de algo – esse algo não é *explicitamente* definido apenas por esse princípio, sendo necessário determinar qual o conteúdo material a que essa lesão se reporta.

⁶⁰¹ AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 315.

⁶⁰² AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 316.

legítima criminalização⁶⁰³; apesar disso, passaria a ser uma proposta mais completa⁶⁰⁴, sem que fosse necessário recorrer a demasiadas ficções jurídicas para justificar a utilização de critérios liberais e substanciais na emanação ou revisão de legislação penal.

4.1 Multiplicidade de ordenamentos integrados – uma tentativa de solução

Antes de passarmos a uma tentativa de solução deve ser sublinhado que a utilização, na União Europeia, do *harm principle* teria que ser primeiramente *possível*; ou seja, não fazendo parte da nossa (maioritária) tradição legal, este princípio teria que ser de alguma forma adoptado no continente. Essa recepção não parece ser problemática, por vários motivos: desde logo, ambos os princípios têm o objectivo de restringir e conferir legitimidade à criminalização, pretendendo destrinçar aquelas condutas que justificadamente serão proibidas pelo Direito Penal daquelas que deveriam estar excluídas da sua esfera de aplicação⁶⁰⁵.

Em segundo lugar, ambos têm na sua base um conceito de “interesse” a proteger⁶⁰⁶, o que faz com que a sua utilização não seja demasiado contrastante. Por outro lado, ambos os princípios apresentam as mesmas dificuldades quanto à possibilidade de abuso dos seus conceitos, nomeadamente em relação à incriminação de condutas que representam um risco, que tutelam de forma antecipada o dano ainda remoto, ou o perigo abstracto para bem

⁶⁰³ AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 317. Eser fornece um exemplo para aqui bastante interessante, de um caso (*State v. Bruns*) em que um decreto municipal (*borough ordinance*, no original) determinava a condenação de quem: al. a) utilizasse uma linguagem demasiado ruidosa, profana, etc. num local público; ou al. b) utilizasse uma linguagem ofensiva, indecente, etc. tendente a colocar em perigo a ordem pública (*public peace*). Após analisar estas proibições a partir do caso concreto (o autor encontrava-se numa loja de fotografia, e não num local público, e não havia risco para a ordem pública), Eser acaba por concluir que mesmo que todos os requisitos estivessem preenchidos, não se poderia afirmar a existência do dano proscrito; a verdade é que isso resulta muito tenuemente da interpretação do *harm principle*, enquanto uma referência à teoria do bem jurídico neste caso permitiria verificar se a ordem e segurança públicas (*public peace*) configurariam de facto um bem jurídico-penal necessitado de protecção do DP, e desse modo concluir pela ilegitimidade da norma (e, por arrasto, de uma eventual condenação à luz da mesma) – ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 385.

⁶⁰⁴ “Both theories have a lot to gain from each other, and should therefore strive to explore their limitations and possibilities” – D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition...”, pág. 337. Não obstante a nossa proposta para a União Europeia não passar por uma conjugação sobreposta dos dois princípios, mas apenas alternativa, maximizando as suas vantagens relativamente às situações diferenciadas que surgem na UE.

⁶⁰⁵ AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 312, afirma mesmo que o *harm principle* pode ser visto como “o lado negativo” do bem jurídico, na medida em que se centra nas consequências desfavoráveis decorrentes da conduta que o viola. Para o seguimento da proposta do autor, v. ainda AMBOS, Kai, “Bién Jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para determinar la «Función Global» del Derecho Penal Internacional. Una Segunda Contribución para una Teoría Coherente del Derecho Penal Internacional”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 10, Julio de 2013.

⁶⁰⁶ Pese embora se sublinhe que o *bem* jurídico quer significar tanto a realidade que pode ser violada com o acto criminoso, como o valor que lhe confere a necessidade de ser penalmente protegida (interesse), embora na doutrina anglo-americana não se utilize a expressão “*interest*” de modo tão restritivo, referindo-se por isso simultaneamente a ambas as acepções – AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 316, nota 84. Sobre a noção de interesse no *harm principle* v. também HIRSCH, Andrew von, “Der Rechtsgutsbegriff und das ‘Harm Principle’”, in HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von, und WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pág. 16 ss.

colectivos – apesar de muitas das normas assim formuladas desvirtuarem o conteúdo próprio de ambos os princípios, a surgirem soluções satisfatórias poderão sê-lo para os dois.

Por último, e devido às diferentes tradições forçadas a conviver no seio da União Europeia, uma aproximação entre o sistema da *common law* e *civil law* pode já ser observado, pelo que não seria estranha a introdução de mais um conceito⁶⁰⁷ até agora estranho à tradição continental; isto sem mencionar, claro, que os diferentes ordenamentos podem ser influenciados (e influenciar) outros, directamente.

Quanto à questão mais prática de saber como tal recepção deveria ser feita, tendemos a concordar que não seria estritamente necessário esta adoptar uma forma escrita⁶⁰⁸, já que são princípios que antecedem a acção do legislador (penal); no entanto, deveriam ser reconhecidos de forma explícita para que não se sucedessem deturpações constantes em novas criminalizações⁶⁰⁹.

Aqui chegados, como se faria então esta aplicação conjunta no âmbito de legislação cujo autor é a União Europeia (UE)?

De acordo com o ponto de vista deste estudo, como se verá com mais detalhe em altura própria, seria necessário em primeiro estabelecer dois domínios de acção distintos: aqueles bens jurídicos ou interesses que apenas dizem respeito à UE e ao seu funcionamento; e aqueles que são partilhados por todos os Estados Membros (EM), adquirindo relevância supranacional pela sua particular gravidade ou dimensão transfronteiriça. Neste sentido, os interesses que se integrassem naquele primeiro grupo – chamar-lhe-emos de *interesses próprios ou individuais* da UE –, a serem alvo de protecção através do Direito Penal a sua criminalização deveria ser efectuada com respeito pelo princípio de protecção de bens jurídicos, uma vez que a União teria que justificar de forma mais concreta *que* interesse seu adquire relevância suficiente para que se empreguem as medidas mais restritivas da liberdade individual no combate a condutas que o violem. Já os interesses da segunda esfera identificada – chamemos-lhes *interesses comuns ou colectivos* da UE –, aqueles que correspondem a interesses partilhados por todos os EM, mas protegidos a nível europeu porque a acção violadora se pode afirmar afectar mais do que um EM (e nesse sentido afectará também colateralmente a UE, enquanto conjunto de Estados)⁶¹⁰, poderão ser alvo de uma norma incriminadora europeia que justifique a sua necessidade apenas através do *harm principle*, que se revela um pouco mais flexível quanto ao

⁶⁰⁷ Um dos outros exemplos será o de “*fair trial*”, também anglo-americano, e adoptado por alguns ordenamentos jurídicos devido ao seu reconhecimento na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁶⁰⁸ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 133.

⁶⁰⁹ Como já foi acima explorado, o facto de o *harm principle* não estar insito na Constituição dos EUA nem de outra forma indubitavelmente reconhecido na prática judicial leva a que a sua utilização dependa das particulares convicções de quem analisa o caso, o que gera discrepância nas motivações ao longo do tempo e leva ao enfraquecimento do princípio enquanto restrição ao poder do Estado.

⁶¹⁰ P. ex. os domínios de criminalização mencionados no n.º 1 do art. 83.º TFUE.

que pretende proteger, focando-se de forma mais concreta na consequência negativa que se pretende evitar.

Esta distinção revela importância, desde logo, porque permite à UE prevenir condutas cujos resultados considera danosos sem ter que determinar em concreto que interesse ou bem se pretende com isso proteger – podem, por isso, ser múltiplos os interesses que relevam para essa conduta; isso possibilita, por sua vez, aos EM determinar, ao transpor a Directiva que condena esse comportamento, que bem jurídico (se for essa a finalidade do Direito Penal no ordenamento) pretendem com essa incriminação proteger, assim adequando a nova norma penal ao seu ordenamento interno (coerência entre normas). Essa escolha por parte do Estado Membro do bem jurídico protegido por essa norma vai ainda cumprir outra importante função do *harm principle*, nomeadamente aquela de permitir uma comparação entre danos ou prejuízos, assim atribuindo-lhes níveis de sanção correspondentemente gravosos: aos danos que a sociedade considerar menos gravosos serão atribuídas consequências jurídicas menos graves do que àqueles que a sociedade considerar mais graves (o que em princípio não variará naqueles bens como a vida, a propriedade ou outros dos considerados “clássicos”, mas poderá variar exponencialmente noutras questões) – e assim atinge-se também a coerência entre sanções dentro do ordenamento jurídico nacional.

Antecipando uma crítica no sentido de tal liberdade de determinação de bem jurídico protegido pela norma interna poder criar mais desarmonia do que uniformidade na aplicação de um Direito que deveria em princípio ser o mais unitário possível, uma vez que emana da UE a necessidade de incriminação, podemos referir que a conduta criminosa em si não se altera: a consequência danosa, a descrição dos elementos que desse comportamento fazem parte, a liberdade normativa que a União entender deixar aos EM permanece inalterada; o que poderá não ser estritamente igual, pelos motivos acima explanados, será o que com isso se pretende proteger. Quanto aos níveis da sanção determinados supranacionalmente, desde que definidos com suficiente amplitude⁶¹¹, deverão em princípio permitir que as exigências de punição europeias sejam satisfeitas e que cada ordenamento consiga integrar essa nova norma sem com isso sacrificar a sua coerência interna.

Portanto, e resumidamente: nos interesses individuais, a UE deverá determinar qual o bem jurídico em concreto afectado pela conduta que pretende proibir ou regular⁶¹²; nos interesses colectivos, na UE seria determinado que de acordo com o *harm principle* existe um dano ou prejuízo que se pretende evitar, de tal modo grave (e com dimensão transfronteiriça)

⁶¹¹ O que seria conseguido, por exemplo, estudando que bem jurídico seria expectável ser protegido em cada EM e o nível médio das sanções abstractamente definidas para as condutas que o violam.

⁶¹² Numa perspectiva puramente *de iure condendo*, se eventualmente a UE puder aprovar Regulamentos com conteúdo penal, deverá obedecer também ao princípio de protecção do bem jurídico, uma vez que os EM não terão oportunidade de definir eles próprios o interesse que consideram afectado através da conduta descrita; nas Directivas poderiam continuar a fazer a distinção acima mencionada, já que, ao incluírem um dever de transposição, permitem aos Estados determinar posteriormente que bem pretendem com essa nova norma proteger, e manter assim as vantagens de utilização apenas do *harm principle*. Em todo o caso, pelo menos num futuro próximo, não se veria possibilidade da União Europeia emanar normas penais em Regulamentos que não correspondessem a interesses próprios, pelo que a solução sugerida não se alteraria.

que não se conseguirá regular satisfatoriamente de outro modo que não através do emprego de normas penais – o interesse a proteger que se encontra na base dessa incriminação deverá ser determinado pelos EM, adequando assim, e dentro do mesmo sistema de estabelecimento de regras mínimas por parte da UE, as sanções atribuídas (e bem assim, o relativo desvalor associado à conduta) tanto ao seu ordenamento interno quanto às exigências europeias.

Por último, questiona-se a possibilidade da existência de bens jurídicos próprios ou individuais da UE, se se considerou anteriormente que os Estados apenas poderiam ser objecto de protecção penal quando os seus interesses de alguma forma se reflectissem em interesses dos indivíduos⁶¹³. Os crimes que de momento se considera afectarem exclusivamente a União são aqueles que colocam em perigo a sua existência (p. ex. fraudes ao orçamento da EU, corrupção de funcionários da UE, etc.), pelo que não se julga implausível afirmar que, desde que exista interesse por parte dos cidadãos europeus na manutenção dessa organização, e desde que sejam verdadeiros bens jurídicos e não incriminações com justificativas verdadeiramente moralistas, não haverá um impeditivo teórico a esta possibilidade de criminalização.

Tendo em conta tudo o que foi *supra* mencionado, analisemos então agora as especificidades da União Europeia que pugnam por uma solução diferenciada para o seu ordenamento jurídico-penal, bem como, com maior detalhe, os aspectos concretos dessa solução, seguindo-se depois um exemplo prático de como a aplicação do *harm principle* no espaço europeu poderia facilitar a questão da criminalização, mantendo tanto a integridade teórica dos princípios como a coerência dos diversos ordenamentos envolvidos.

⁶¹³ Isto à luz do *harm principle*, embora, como vimos, a questão também seja controversa no âmbito dos autores que perfilham a teoria da exclusiva protecção de bens jurídicos.

Parte II

Da Função do Direito Penal Europeu

Introdução

Como decorre da análise efectuada nos títulos anteriores, existem alguns elementos que se devem encontrar presentes para que se consiga efectivamente imputar ao Direito Penal da UE uma função semelhante àquela existente para o DP estadual. É tendo em atenção as diferenças fundamentais entre os ambientes jurídicos em causa – nacional e supranacional – que se inicia então esta segunda parte: mais uma vez, o primeiro capítulo será dedicado à averiguação das finalidades das sanções penais, agora quando estas são da responsabilidade de uma entidade política superior ao Estado e se encontram por isso fora da exclusiva disponibilidade deste.

Os capítulos seguintes dirigem-se depois às restantes condicionantes do *ius puniendi* (da União) e as limitações deste: assim, o segundo título pretende responder à questão da natureza da EU – no estritamente essencial para o que releva ao nosso tema –, que irá influenciar também a função que deverá assumir o Direito Penal Europeu. Uma outra condição da aplicação dos princípios orientadores da actividade legislativa penal mencionados na primeira parte é a existência de toda uma envolvente valorativa constitucional, algo que se procura determinar, em relação à União Europeia, no terceiro capítulo desta parte: se esta possui uma dimensão constitucional, e a existir, quais as especificidades da mesma.

Dado que o poder punitivo da União não iguala aquele dos seus Estados-Membros (que, apesar do que antes poderia ter sido, hoje também já não é ilimitado), estudam-se seguidamente os limites decorrentes da sua competência penal: primeiramente de uma breve perspectiva histórica (capítulo quarto), essencial para perceber alguns dos conceitos ainda hoje utilizados; e posteriormente (capítulo quinto) de um ponto de vista das limitações actuais e especificidades que essa competência penal conhece ao nível supranacional.

O sexto e último título desta parte será então dedicado à função do Direito Penal Europeu, tanto de uma perspectiva do que *é* actualmente (ou *não é*), como do que *poderia* (na nossa opinião, *deveria*) *ser*. É neste último capítulo que se averigua especificamente da possibilidade de aplicação tanto do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos como do *harm principle* no contexto específico da UE, tendo em atenção as características desta e daqueles, bem como todas as considerações dos capítulos anteriores que se revelem aqui pertinentes.

1. Fins das penas e função do Direito Penal para além do Estado

Tradicionalmente, o direito de determinar uma conduta como indesejável e de a punir de acordo com esse juízo pertencia exclusivamente ao Estado soberano, apesar de também este ter adquirido tal poder – o direito de punir, *ius puniendi* – após uma longa evolução histórica e social. De facto, antes da concentração do poder punitivo na esfera do soberano, a questão da vingança ou ressarcimento pelo crime cometido encontrava-se privatizada, na medida em que a autoridade para a exercer se encontrava na disposição da vítima ou familiares da mesma⁶¹⁴. A autotutela foi eventualmente substituída pela agregação da punição, tanto quanto à definição das condutas puníveis quanto à pena que lhes correspondia, na figura que detinha a autoridade na comunidade: o soberano, e depois os Estados.

O *ius puniendi* encontra-se, deste modo, intrinsecamente ligado à ideia da soberania estatal, fazendo parte das tarefas que apenas ao Estado competem pela circunstância de este expressar, em princípio, os valores e vontade da comunidade que representa, e deter a autoridade necessária para impor o cumprimento dessas normas.

Este princípio de alocação do poder punitivo na esfera *exclusivamente* dos Estados vê-se, no entanto, na actualidade cada vez mais condicionado⁶¹⁵ pela evolução (inicialmente evolução económica) mundial que deu origem ao fenómeno da globalização⁶¹⁶. No mundo globalizado de hoje, os Estados foram confrontados com a necessidade de colaborarem na protecção de determinados interesses, para a qual não possuíam agora a capacidade de actuar isoladamente – seja porque se trata de bens jurídicos globais cuja protecção não pode ser atribuída a um só Estado (como no caso, p. ex., do genocídio), seja porque os contornos do crime não permitem uma clara atribuição de jurisdição territorial (pense-se no *cyber crime*), ou ainda porque a criminalidade em causa tem dimensão transfronteiriça (como mencionado no art. 83º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE)⁶¹⁷. Existem agora, consoante os interesses em causa, os Estados envolvidos e os objectivos pretendidos, vários espaços jurídicos entre si comunicantes, que não mais se podem organizar em pirâmides normativas estanques, mas dão antes origem a uma *rede normativa*⁶¹⁸, formada pelas normas

⁶¹⁴ AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”, pág. 196.

⁶¹⁵ Não se crê que existam, pelo menos por enquanto, motivos para afirmar que o princípio da soberania popular se encontra em crise – como afirma FONDEVILA MARÓN, Manuel, “Soberanía y Legitimidad en el Proceso de Integración Europea”, *in* Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 17, 2013, pág. 332.

⁶¹⁶ “[A]quele processo pelo qual decisões que antes permaneciam estritamente no seio dos Estados se internacionalizam, produzindo-se com isso uma redução dos espaços políticos e uma necessária adaptação dos sistemas jurídicos estatais” – definição de FONDEVILA MARÓN, Manuel, “Soberanía y Legitimidad...”, pág. 332 (tradução livre).

⁶¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung in der Ära des Global Law”, *in* REINDL-KRAUSKOPF, Susanne (etc.) (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Fuchs*, Wien, Verlag Österreich, 2014, pág. 342.

⁶¹⁸ O que faz com que também os cidadãos se encontrem sujeitos às obrigações, quando aplicáveis, decorrentes dessas variadas ordens normativas. Também sobre a emergência deste modelo em rede, v. SANTOS, Margarida, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia. Uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, pág. 53 ss.

de Direito Penal Internacional, Direito Penal supranacional ou transnacional (no nosso caso, europeu), e Direito Penal nacional⁶¹⁹ – o Direito Penal já não é hoje tarefa ou prerrogativa exclusiva do Estado. A circunstância de pertencermos a um “mundo onde proliferam as redes”⁶²⁰ faz com que o potencial de conflito entre elas aumente naqueles ordenamentos jurídicos que mais contactos com outros ordenamentos apresentem – o exemplo paradigmático neste caso será a União Europeia, ambiente político em que os Estados Membros estão sujeitos ao Direito Internacional que seja aplicável⁶²¹, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (e interpretação da mesma pelo respectivo Tribunal)⁶²², ao Direito da UE⁶²³, e por fim ao seu próprio Direito interno⁶²⁴. Os Estados (assim como os juízes constitucionais) devem hoje

⁶¹⁹ Esta realidade, de vários organismos que interagem entre si mormente através da cooperação, faz com que surjam duas teorias opostas no âmbito do Direito Internacional: a teoria do *constitucionalismo global*, que postula uma tradicional hierarquização vertical de normas ao nível global (afirmando por isso a precedência de umas em relação às outras); e a teoria da *interconstitucionalidade* ou *pluralismo legal global*, que opta por reconhecer que os vários ordenamentos constitucionais interagem entre si, sem ter forçosamente que se reconhecer a unívoca supremacia estanque de um em relação ao outro: se o primeiro se considera largamente inatingível, uma forma pura do segundo é considerada indesejável – VIELLECHNER, Lars, “Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law”, *in* Goettingen Journal of International Law, Vol. 4, No. 2, 2012, pág. 601; v. também ULFSTEIN, Geir, “The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism”, *in* Goettingen Journal of International Law, Vol. 4, No. 2, 2012, e RAUBER, Jochen, “On Communitarian and Constitutional Approaches to International Law”, *in* Leiden Journal of International Law, Vol. 26, 2013. Na construção do mundo contemporâneo, no entanto, é inevitável a aceitação de que os vários ordenamentos jurídico-constitucionais mantêm entre si relações de variada natureza, determinadas pela “concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político” – CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1425. Conforme este autor afirma, as relações entre ordens constitucionais não são um fenómeno novo; “[o] que há de especificamente novo é: (1) a existência de uma *rede de constituições* de estados soberanos; (2) as *turbulências* introduzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); (3) a *recombinação* das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; (4) a articulação da *coerência constitucional* estadual com a *diversidade* de constituições inseridas na *rede interconstitucional*; (5) a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbrincadas na rede e entre a «constituição» revelada pela organização política de grandeza superior” – *ibid.*, pág. 1425 (sublinhados do autor).

⁶²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 16.

⁶²¹ Um dos exemplos que melhor ilustra o potencial de conflito será o caso que originou os Acórdãos *Kadi*, relativo à relação entre o ordenamento da UE e a protecção que confere aos direitos fundamentais e o ordenamento internacional: o problema então em apreço era a legalidade do congelamento de bens em cumprimento de resoluções do Conselho de Segurança da ONU, sem que fosse permitida a contestação em Tribunal dessa decisão ou dos factos que levaram a que a mesma fosse tomada – processos C-402/05P (*Kadi*) e C-584/10P (*Commission and Others v Kadi*) do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ).

⁶²² Um dos casos mais conhecidos neste âmbito será o de *Bosphorus* (do TEDH), relativo à apreensão de bens (no caso, aviões) executada ao abrigo de um Regulamento da CEE (Comunidade Económica Europeia), por sua vez em cumprimento de uma resolução do Conselho de Segurança da ONU relativa às sanções então a aplicar à Jugoslávia, e a compatibilidade dessas medidas com a protecção conferida aos direitos humanos no espaço europeu – *Bosphorus v. Ireland*, de 30 de Junho de 2005.

⁶²³ Neste caso os melhores exemplos provirão do Tribunal Constitucional Alemão e as suas decisões *Solange*, em que esse Tribunal se reservava o direito de avaliar a adequação do Direito emanado pela UE em relação à protecção que a sua ordem jurisdicional conferia aos direitos fundamentais, afirmando que em caso de conflito prevaleceria o Direito Constitucional alemão, e não o Direito europeu; eventualmente veio a estabelecer que desde que o grau de protecção assegurada pelo Direito da União fosse equivalente, dadas as significativas melhorias entretanto verificadas, se absteria de analisar as disposições do mesmo em detalhe – *Solange I* (2BvL 52/71); *Solange II* (2BvR 197/83).

⁶²⁴ Referindo os três níveis de constitucionalismo presentes na Europa (a que nós acrescentaríamos um quarto, quando inserimos a Europa no contexto internacional), NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 345. Ainda em demonstração da

aceitar que, na falta (ou impossibilidade?) de um sistema normativo em pirâmide global, resta o inevitável reconhecimento da existência de relações em rede que conectam distintos ordenamentos jurídicos, cada um com os seus requisitos de legitimidade, que devem de alguma forma, através do diálogo e consenso dirimir do melhor modo os possíveis conflitos que entre eles surjam⁶²⁵. Uma “ordem constitucional” legítima na esfera internacional deve por isso basear-se no pluralismo⁶²⁶ e no reconhecimento da sua relevância para uma mais facilitada convivência entre ordenamentos jurídicos.

Se a soberania não corresponde já ao único critério de atribuição de competência penal⁶²⁷, qual será então o fundamento no qual basear o poder punitivo de uma determinada entidade? Nesta situação devemos concordar com a afirmação de Pedro Caeiro: o *ius puniendi*

necessária interação entre Tribunais, não bastando a simples consideração do Direito interno quando o espaço jurídico integra elementos de várias ordens normativas, o julgamento *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, de 20 de Setembro de 2011, onde o TEDH avalia da bondade da decisão de Tribunais da Bélgica se terem recusado a enviar um processo para o TJ, de acordo com o procedimento de reenvio prejudicial (art. 267º TFUE); apesar de considerar que o facto de tribunais nacionais não referirem um julgamento para tribunais de outras ordens jurídicas com as quais se prende a decisão do caso em apreço pode ter um efeito negativo na protecção conferida pela CEDH ao direito a um processo equitativo, acabou por decidir não existir qualquer violação do art. 6º CEDH *in casu*, devido à existência de circunstâncias que eximiam o tribunal belga de recorrer ao TJ.

⁶²⁵ “In den verschiedenen Szenarien der Globalisierung müssen sich die (Verfassungs-)Richter daran gewöhnen, ohne *Grundnorm* zu arbeiten, oder akzeptieren zu müssen, dass ein ganzes Netz von Grundnormen besteht und in ihrer Entscheidungen den notwendigen gemeinsamen Konsens finden” – NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 365. É claro que na maior parte dos casos, pelo menos nas ordens em que alguns elementos hierárquicos existem, existirão também normas de conflito que estabelecem a solução a dar a casos em que várias normas se contradigam; a validade da afirmação anterior permanece, no entanto, para aquelas situações que não se encontram previstas ou que despoletam questões novas de conciliação dos ordenamentos em causa. Por outro lado, e ilustrando não um conflito, mas antes a inspiração que uns ordenamentos podem retirar de outros, o caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 (2003)), onde é referido, entre outras fontes, um julgamento do TEDH (*Dudgeon v. The United Kingdom*, de 22 de Outubro de 1981) para justificar a não conformidade com a Constituição americana de uma lei do Texas que criminalizava condutas homossexuais consentidas entre adultos – caso referido em NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 363.

⁶²⁶ Este pluralismo assume várias vertentes: *pluralismo político*, indicando que os interesses de uma comunidade não serão necessariamente os mesmos que relevam para uma outra; *pluralismo ao nível dos intervenientes*, não devendo os Estados manter o monopólio das intervenções legítimas; *pluralismo ao nível da autoridade*, reconhecendo que não existe uma hierarquia, mas antes uma heterarquia, não se dispondo de apenas um centro de controlo legítimo, mas vários; *pluralismo normativo*, no sentido de indicar precisamente as várias ordens normativas a que se encontram sujeitos os cidadãos (não somente normas jurídicas decorrentes dos diversos ordenamentos presentes na rede constitucional, mas outras normas de controlo social que informam o comportamento individual no seio de uma comunidade, e que devem ser respeitadas pela ordem jurídica quando isso não interfira com algum direito juridicamente reconhecido) – diferentes significados do pluralismo em KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, *in* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne e ULFSTEIN, Geir (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 43 e 44.

⁶²⁷ Correspondendo não à questão sobre a legitimidade da existência do Direito Penal supranacional – essa é a questão que nos ocupará de seguida –, mas sim em relação à questão de saber quem tem efectivamente o direito de incriminar e punir comportamentos – CAEIRO, Pedro, “The relationship between European and international criminal law (and the absent(?) third)”, *in* MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTRÖM, Maria and KONSTADINIDES, Theodore (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pág. 582 ss (explorando diversas situações de jurisdição penal não centrada no Estado soberano); no mesmo sentido, PALUMBO, Filiberto, *Studi di Diritto Penale Comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, pág. 13: “[...] il potere di incriminare talune condotte non deve necessariamente essere inteso quale espressione del principio di sovranità nazionale, perché siffatto potere normativo si esplica anche attraverso altre vie e com altri strumenti”.

daquela resulta precisamente da sua “*responsabilidade* [...] pela segurança de uma dada comunidade”⁶²⁸. Este é o motivo pelo qual será necessário avaliar, numa dimensão diversa da estatal (pois já se concluiu que hoje os Estados não conseguem sozinhos responder adequadamente a determinadas formas de criminalidade ou proteger certos interesses), quais os princípios e objectivos que informam o emprego do Direito Penal, assim como se se poderão transpor, com as devidas adaptações, as doutrinas já desenvolvidas ao nível nacional para ambientes transnacionais. Deste modo, e dado o escopo deste estudo, uma breve menção será feita em relação ao espaço internacional, para que depois nos possamos centrar apenas nas particularidades da União Europeia.

1.1 O problema do fim das penas e a função do Direito Internacional Penal

A circunstância de as condutas criminalizadas transcenderem a esfera nacional confere-lhes muitas vezes a qualificação de “internacional”; no entanto, uma distinção deve ser feita entre Direito (Penal) Internacional (DPI) e Direito (Penal) Transnacional (DPT). Assim, o DPI⁶²⁹ diz respeito ao conjunto de normas internacionais que criminaliza uma determinada conduta, acoplando-lhes uma consequência tipicamente penal, e que são directamente aplicáveis aos indivíduos⁶³⁰; o DPT será já o conjunto de normas que regula as acções (criminalizadas) que transcendem, ou têm o potencial de transcender, as fronteiras nacionais⁶³¹, correspondendo assim a uma supressão indirecta desses fenómenos por parte das normas transnacionais, uma vez que para tal utilizam o aparelho punitivo dos diversos Estados sobre quem recai a obrigação de assegurar a vigência dessas normas⁶³².

O DPI distingue-se do DPT em vários aspectos⁶³³: desde logo, os crimes verdadeiramente internacionais resultam normalmente de Direito Internacional

⁶²⁸ CAEIRO, Pedro, “The relationship between European and international...”, pág. 587 (tradução livre, sublinhados do autor); esclarecendo, CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues: why and how should the EU legislate on criminal sanctions?”, in KERT, Robert e LEHNER, Andrea (Hrsg.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag*, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2018, pág. 648: “[...] jurisdiction in criminal matters is not an attribute of sovereignty (even if they usually coincide), but rather of such responsibility. This means that non-State entities can be legitimate holders of jurisdiction”.

⁶²⁹ Para o que este estudo releva, referimo-nos aqui apenas ao Direito Penal Internacional *stricto sensu*, uma vez que foram identificados seis significados distintos para a lei penal internacional: alguns dizendo respeito à implementação nacional de incriminações derivadas de Tratados ou de princípios geralmente reconhecidos; outros relativos à cooperação existente entre Estados; e ainda o Direito Penal Transnacional – AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, in *Oxford Journals of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, pág. 295. Uma distinção deste último grupo em abstracto pode ser difícil de alcançar, mas apontam-se aqui algumas diferenças identificadas pela doutrina especializada.

⁶³⁰ Definição de Otto Triffterer, referida em CAEIRO, Pedro, “The relationship between European and international...”, pág. 588, e AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...”, pág. 296.

⁶³¹ Definição de Philip Jessup, referida em CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational Criminal Law*, Second Edition, Toronto, Irwin Law, 2013, pág. 17.

⁶³² CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 17, em relação à distinção operada por Neil Boister.

⁶³³ Seguindo a exposição de CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 17 ss.

consuetudinário⁶³⁴, e são crimes que se considera transcenderem a lei interna de qualquer Estado⁶³⁵ – ao contrário do DPT, que diz respeito a condutas cuja criminalização resulta de um acordo expresso num Tratado, no qual os Estados se obrigam a cooperar na repressão das mesmas⁶³⁶. Os crimes internacionais violam ainda “os mais importantes interesses da comunidade internacional”⁶³⁷, enquanto as condutas criminalizadas no plano transnacional reportar-se-ão a actos que transcendem as fronteiras dos Estados em causa e que representam um perigo para os interesses por eles definidos como valiosos⁶³⁸. Por último, os crimes internacionais poderão ser julgados por um qualquer Estado (nomeadamente ao abrigo do princípio da jurisdição universal) ou por tribunais internacionais, enquanto a jurisdição sobre crimes transnacionais é mais limitada, normalmente efectivando-se através do recurso ao aparelho punitivo nacional de um dos Estados⁶³⁹.

A razão pela qual nos detemos um pouco na questão do Direito Penal Internacional deriva de lhe serem apontados alguns aspectos problemáticos que são de igual modo referidos em relação à União Europeia, e que devem por isso ser elencados e desconstruídos, ao menos liminarmente, para que se possa de seguida afirmar a necessidade de um pensamento conjunto sobre os fundamentos de um Direito Penal Europeu (DPE) e do estabelecimento de uma política criminal que oriente a acção do legislador penal europeu. Por outro lado, e sendo o Direito Penal supranacional identificado como um dos significados de “DPI”, será importante

⁶³⁴ Os únicos até hoje concretamente *codificados* são aqueles que dizem respeito à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI); isso não é, no entanto, característica indispensável para que se afirme a responsabilidade individual de quem os comete, uma vez que provêm de Direito Internacional consuetudinário – CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 20. Um outro autor, Terje Einarsen, chegou a introduzir também neste âmbito o conceito de *crimes universais*, que deveriam possuir cinco características: conduta que viola um interesse universal; universalmente considerado punível devido à sua gravidade inerente; reconhecido como uma preocupação séria da comunidade internacional; proibido por normas vinculativas de Direito Internacional; responsabilidade penal não dependente do consentimento de um Estado – EINARSEN, Terje, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pág. 297.

⁶³⁵ CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 19. Os autores mencionam também os crimes internacionais em virtude do princípio da jurisdição universal: crimes que, embora ainda não tenham atingido a notoriedade e consenso dos chamados “*core crimes*” – genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão –, são considerados de tal forma graves que os Estados não necessitam de nenhuma particular ligação com os mesmos para que sobre eles tenham jurisdição.

⁶³⁶ O crime transnacional é definido em resultado da presença de uma de quatro características alternativas: crime cometido em mais do que um Estado; cometido num Estado, mas uma parte substancial da sua preparação ou controlo encontra-se num outro Estado; cometido num Estado, mas envolve uma organização criminosa que opera em mais do que um Estado; cometido num Estado mas cujos efeitos (substanciais) se dão também noutro Estado – BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 4.

⁶³⁷ Daí que seja normal configurarem normas de *jus cogens* – CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 17 e 19; também AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”, pág. 195.

⁶³⁸ CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 17 – o que faz com que possam depender das diferentes valorações existentes nas sociedades em causa.

⁶³⁹ CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational...*, pág. 18 e 22.

perceber que soluções se propõem (quanto à finalidade e função do Direito Penal), para que se determine se as mesmas poderão de igual modo ser atribuídas ao DPE.

Neste sentido, e de acordo com Kai Ambos (perspectiva à qual no essencial se adere), questiona-se primeiramente a existência de uma *comunidade internacional*, entendida enquanto grupo de pessoas que partilha um dado conjunto de “valores, convicções e sentimentos subjectivos”⁶⁴⁰, que necessite da protecção de um Direito Penal verdadeiramente internacional – enquanto alguns autores negam a possibilidade de existência de Direito Penal sem o respectivo monopólio punitivo⁶⁴¹, hoje reconhece-se que o *ius puniendi* internacional se encontra ligado à comunidade internacional enquanto tal⁶⁴². A legitimidade do DPI encontra-se assim directamente relacionada com as especificidades do detentor do *ius puniendi*: a legitimidade formal provém dos poderes que lhe são conferidos pelos Estados (ou carácter obrigatório dos princípios em causa), mas a legitimidade material das normas deverá retirar-se da existência de valores partilhados, que formam um conjunto de preocupações comuns dessa comunidade⁶⁴³. Por último, também o facto de esta comunidade internacional não dispor de um sistema judiciário centralizado capaz de punir as condutas que criminaliza⁶⁴⁴, uma vez que se encontra largamente dependente dos aparelhos estatais para dar cumprimento ao sancionamento estipulado, não é impedimento bastante para o reconhecimento da existência de um verdadeiro *ius puniendi*⁶⁴⁵.

Estabelecida a existência de um Direito Penal Internacional, impõe-se agora procurar determinar que finalidades cumpre a pena no cenário internacional, e qual a função que se pretende que esse Direito realize (algo que, apesar de referirmos aqui de modo a verificar a

⁶⁴⁰ A *comunidade* deve, assim, assumir um sentido para além da mera *sociedade*: enquanto esta última se refere apenas a um conjunto de interrelações, a ideia de comunidade requer um elemento normativo de coesão entre os seus membros – ou seja, uma dimensão valorativa. Ao nível internacional, esses valores terão necessariamente que ser o mínimo denominador comum, que neste momento se identifica com a defesa dos direitos humanos universais (existem todavia autores que identificam neste tema um pensamento tendencioso que favorece os Estados mais poderosos na cena internacional – aqui p. ex. SATŌ, Hiromi, “Modes of International Criminal Justice and General Principles of Criminal Responsibility”, *in* Goettingen Journal of International Law, Vol. 4, No. 3, 2012, pág. 781); AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” , pág. 297, nota 27. No mesmo sentido, e referindo a opinião de Payandeh, que acaba por identificar a comunidade internacional com o conjunto de todos os seres humanos (apesar de tradicionalmente os sujeitos em Direito Internacional serem apenas os Estados), por existência de determinados valores comuns a todos, RAUBER, Jochen, “On Communitarian and Constitutional...”, pág. 203.

⁶⁴¹ Nomeadamente Jakobs, cujos argumentos são analisados em AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” , pág. 299 ss.

⁶⁴² AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” (baseado numa ideia kantiana de dignidade humana, e com extensas referências bibliográficas); RAUBER, Jochen, “On Communitarian and Constitutional...”.

⁶⁴³ AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” , pág. 301 ss, invocando ainda os conceitos de justiça e autoridade moral.

⁶⁴⁴ Ainda que tenha dado um importante passo com a criação do Tribunal Penal Internacional (e também com os diversos Tribunais *ad hoc*, se bem que aqui de forma muito mais limitada).

⁶⁴⁵ AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” , pág. 313; RAUBER, Jochen, “On Communitarian and Constitutional...”, pág. 206.

adequação da extrapolação de doutrinas nacionais para um ambiente internacional – *lato sensu* –, ainda se encontra em desenvolvimento para o DPI *stricto sensu*⁶⁴⁶).

Existem autores que atribuem às penas internacionais um sentido ainda marcadamente *retributivo*: a pena assim estabelecida teria o fim de “compensar, ao nível individual, pela injustiça material”⁶⁴⁷ do crime internacional, correspondendo a algo que é devido à vítima do mesmo. Outros acreditam que será uma lógica de prevenção geral positiva que estará em causa, servindo a pena para reforçar a validade das normas de protecção aos direitos fundamentais das pessoas⁶⁴⁸; Jescheck, por seu turno, identificou finalidades preventivas gerais, tanto positivas (o respeito necessário pelo Direito) como negativas (o efeito dissuasor da pena perante a comunidade em geral)⁶⁴⁹, existindo ainda tendências também neste tema que apontam para modelos alternativos ao DP puro⁶⁵⁰. Kai Ambos acredita que as finalidades retributivas devem ser afastadas, bem como, devido às especificidades dos crimes e das penas internacionais, não faria sentido atribuir à sanção uma finalidade de prevenção especial negativa⁶⁵¹; por outro lado, também não parece que as finalidades de prevenção especial positiva estejam particularmente na mente dos Tribunais internacionais⁶⁵². Restam, deste modo, finalidades preventivas gerais: por ora identificadas mais com a sua vertente positiva, “entendida no sentido de efectuar uma *contribuição ao estabelecimento e consolidação de uma*

⁶⁴⁶ AMBOS, Kai, *Direito Penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuricidade e outros aspectos*, tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, pág. 36.

⁶⁴⁷ Assim Katrin Gierhake e Adil Ahmad Haque, ambos referidos em AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” , pág. 307 e 312; v. também, daquele último autor, HAQUE, Adil Ahmad, “Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law”, *in* Buffalo Criminal Law Review, Vol. 9, 2005 (sobretudo pág. 277 ss).

⁶⁴⁸ Como MERKEL, Reinhard, “»Lauter leidige Tröster«. Kants Friedenschrift und die Idee eines Völkerstrafgerichtshof“, *in* MERKEL, Reinhard und WITTMANN, Roland (Eds.), *Zum ewigen Frieden. Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pág. 309 ss.

⁶⁴⁹ AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”, pág. 207.

⁶⁵⁰ Como Mark Drumbl propõe – v. DRUMBL, Mark, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York, Cambridge University Press, 2007, pág. 206; AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?...” , pág. 312; outras considerações ainda em: AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”, pág. 208; AMBOS, Kai, *Direito Penal...*, pág. 38 ss; sobre o abolicionismo e reducionismo em geral, v. também CRESPO, Eduardo Demetrio, “Del «Derecho Penal Liberal» al «Derecho Penal del Enemigo»”, *in* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 14, 2004.

⁶⁵¹ AMBOS, Kai, *Direito Penal...*, pág. 33 e 35.

⁶⁵² AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”, pág. 206, em referência a afirmações constantes do processo *Prosecutor vs. Delalic*, no âmbito do Tribunal *ad hoc* para a ex-Jugoslávia; outros autores argumentam que os conceitos de reintegração e restauração ainda não adquiriram internacionalmente a mesma importância que a retribuição ou a dissuasão – v. em AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, 2015, pág. 324, nota 129. Isso contradiz, no entanto, o reconhecimento da importância da reinserção social das pessoas condenadas na esfera internacional, nomeadamente no Pacto Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos; nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos; Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos; e ainda nas Regras Penitenciárias Europeias – para especificação dos artigos ou regras em que se mencionam essas finalidades, v. com mais detalhe Comunicação da Comissão — Manual sobre a transferência de pessoas condenadas a penas privativas da liberdade na União Europeia (2019/C 403/02), nota 42.

*ordem jurídica internacional (penal) de valores comuns*⁶⁵³, mas sem no entanto renunciar à “esperança de alcançar um efeito de prevenção geral negativo”⁶⁵⁴, numa perspectiva de prevenção geral integral.

Quanto à função do DPI, o que prevalece parece ser também uma lógica de aproximação das várias teorias nacionais existentes: como já foi sendo por necessidade referido, o que se encontra na base da existência do DPI será a protecção de determinados valores ou bens da comunidade internacional, o que nos leva a mencionar aqui o princípio de protecção de bens jurídicos enquanto função das normas de incriminação internacional⁶⁵⁵. Por seu turno, Kai Ambos, após afirmar que o funcionalismo deve de igual modo ser afastado enquanto função legítima do DP internacional⁶⁵⁶, propõe um critério inovador, na medida em que combina o princípio de protecção de bens jurídicos com o *harm principle* anglo-americano, identificando-se a legítima incriminação internacional primeiramente de acordo com os bens jurídicos afectados pela conduta (que deveriam ter uma ligação com a dignidade da pessoa humana, afectando algum interesse existente ao nível internacional), e de seguida segundo uma avaliação do grau de violação a que os mesmos são sujeitos com esse comportamento, de acordo com o *harm principle* – deste modo, poder-se-ia proteger valores abstractos de acordo com uma avaliação naturalística do dano causado⁶⁵⁷.

Como se verificou, as considerações tecidas em contexto nacional não são susceptíveis, sem mais, de transferência directa para uma dimensão internacional – não podemos dizer que a finalidade da pena é exactamente a mesma, ou que o Direito Penal cumpre exactamente a mesma função; no entanto, parece que são susceptíveis de aplicação os mesmos enquadramentos doutrinários, pelo que devemos de seguida verificar, tendo em conta as

⁶⁵³ AMBOS, Kai, *Direito Penal...*, pág. 37 (sublinhados do autor).

⁶⁵⁴ AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena...”, pág. 211; apontando que a “crescente determinação da comunidade internacional de combater crimes graves contra a humanidade mediante a utilização de meios militares aponta precisamente nesta direcção” – AMBOS, Kai, *Direito Penal...*, pág. 37.

⁶⁵⁵ NEUBACHER, Frank, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pág. 415 ss utiliza o conceito de interesses legais universais, enquanto outros autores referem os direitos humanos – v. nesta questão AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign?..”, pág. 307 e 308; com referência à noção de “bens” (materiais ou morais, em relação à protecção conferida por Estados a bens que não são seus), VITU, André, “Un aspect particulier du Droit Pénal International: la protection des intérêts publics étrangers par le Droit Criminel Français”, in BOULAN, Fernand (etc.) (Ed.), *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Larguier*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, pág. 359. Por último, com uma clara afirmação de que a função do DPI deveria ser, tal como no Direito interno, a inegável protecção de bens jurídicos, e sublinhando a necessidade de distinguir estes dos direitos humanos, GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999 (pág. 27, em relação a essa afirmação; pág. 31 ss em relação à distinção entre ambas as categorias) – com extensas referências bibliográficas que corroboram a sua posição.

⁶⁵⁶ AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, tradução de Ezequiel Malarino, Duncker & Humblot, Programa Estado de Derecho para Sudamérica e TEMIS, Uruguai, 2005, pág. 53 ss.

⁶⁵⁷ AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 320 ss; v. ainda, do mesmo autor, AMBOS, Kai, “Bién Jurídico y Harm Principle...”. A utilização única do *harm principle* é também criticada por RENZO, Massimo, “A Criticism of the International Harm Principle”, in *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 4, Issue 3, October 2010.

especificidades do DPE, se o panorama acima descrito também se aplica ou se se deve encontrar uma solução própria para o mesmo.

1.2 Fins das penas e função do Direito Penal Europeu

Para que possamos verificar, em primeiro lugar, se existe verdadeiramente a necessidade de avaliar a finalidade das sanções e da função do Direito Penal ao nível europeu devemos iniciar por uma caracterização do modelo de organização (em relação aos actores) existente na UE, e neste âmbito surgem três possibilidades⁶⁵⁸: pode entre as várias entidades envolvidas existir apenas um modelo de cooperação clássica, pode existir ainda uma cooperação avançada, ou um modelo supranacional.

O primeiro modelo, de *cooperação clássica ou tradicional*, caracteriza-se por estabelecer entre os vários actores apenas uma relação horizontal, aplicando-se o princípio da soberania estatal e ditando este o alcance e limites da cooperação que cada Estado deseja estabelecer com o(s) outro(s) na prossecução das suas próprias tarefas punitivas, de forma a evitar a impunidade de agentes delinquentes. Este modelo pressupõe a validade de todos os obstáculos tradicionalmente existentes para a cooperação⁶⁵⁹, e não desperta, por isso, qualquer necessidade de se atribuir uma finalidade ou função ao DP divergente daquela que os Estados internamente lhe atribuem, uma vez que não existe verdadeiramente um Direito Penal distinto do dos Estados: cada ordenamento jurídico, de cada um dos Estados, é independente dos restantes e a cooperação é executada na medida em que as normas internas (e o acordo pelo qual se determina a existência de uma vontade de cooperar, que na maioria das situações existe) o permitem, reservando-se o Estado requerido o direito de não cooperar.

O segundo modelo, de *cooperação moderna ou avançada*, distingue-se do primeiro na medida em que alguns dos princípios que tradicionalmente regem as relações entre os Estados são suavizados ou mesmo afastados – este será o modelo na base, p. ex., da cooperação existente na UE no âmbito do Mandado de Detenção Europeu (MDE)⁶⁶⁰. Em lugar destes princípios surgem outros, que pretendem agilizar a cooperação entre os Estados, demonstrando simultaneamente o maior grau de confiança existente entre eles, derivado normalmente da

⁶⁵⁸ De acordo com a exposição de MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Madrid, Civitas, 2011, pág. 50 ss. A autora distingue entre os *modelos de organização entre actores* e *modelos de interacção entre ordenamentos*, distinção de que alguns autores prescindem, como Anne Weyembergh, que analisa as questões suscitadas apenas do ponto de vista legislativo (conforme exista ou não necessidade de reforma legislativa), e Ulrich Sieber, que concentra as distinções sob o ponto de vista das relações entre os autores – *ibid*, pág. 50, nota 5, com mais desenvolvimento; v. ainda SIEBER, Ulrich, “Die Zukunft des Europäischen Strafrechts”, *in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 121, Heft 1, 2009, pág. 16 ss.

⁶⁵⁹ Como em relação à aplicação de certas penas (como a pena de morte ou prisão perpétua), princípio de dupla incriminação, princípio de não extradição de nacionais, etc. – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 52.

⁶⁶⁰ Que dispensa p. ex. do princípio da dupla incriminação para a lista de crimes mencionada, e ainda do princípio de não extradição de nacionais.

partilha de valores em comum – como é o caso do princípio do reconhecimento mútuo⁶⁶¹. Paralelamente a esta cooperação entre Estados (que apesar de tudo ainda mantém a disposição horizontal entre os diversos actores) surge ainda, no âmbito deste modelo de organização e em virtude de os Estados concederem a uma organização supranacional algumas competências tipicamente suas, um elemento de verticalidade nas relações: a *coordenação*. Este mecanismo permite à entidade supranacional “concertar meios e esforços para uma acção comum com a finalidade primordial de eliminar os contrastes substanciais”⁶⁶², algo para o qual necessita de dispor de “uma espécie de subordinação funcional em que o órgão que coordena tem competências equivalentes às que se produzem nas relações hierárquicas”⁶⁶³.

Por último, o modelo *supranacional* pressupõe pelo menos um certo grau de harmonização das disposições penais dos Estados, uma vez que as decisões são agora adoptadas centralmente, para que produzam efeitos num novo e alargado espaço penal criado⁶⁶⁴ – é para este modelo que se dirige a UE com a criação da Procuradoria Europeia⁶⁶⁵, bem como com a clara atribuição de competências penais efectuada pelo Tratado de Lisboa⁶⁶⁶.

Todos estes modelos apresentam vantagens e desvantagens⁶⁶⁷, e não são entre si incompatíveis, sendo possível existir um “sistema europeu de direito penal onde tenham lugar os três modelos dependendo dos sectores da criminalidade”⁶⁶⁸ (o que pode justificar também uma possível divergência quanto à função do Direito Penal a atribuir a cada um deles – questão que nos ocupará posteriormente). Para o que entretanto aqui releva, se o primeiro modelo não suscita qualquer problemática adicional de política criminal, parece-nos que sobretudo este

⁶⁶¹ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 53 – como nota a autora, este princípio é ainda comum em Estados federais ou com estruturas judiciais descentralizadas, como os EUA ou a Bélgica. Para além deste princípio existem ainda outros que são típicos deste modelo organizacional, como o princípio da disponibilidade de informação e o princípio *forum regit actum* – sobre estes, *ibid*, pág. 55 e 56.

⁶⁶² MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 57 (tradução livre).

⁶⁶³ NIETO MARTÍN, Adán, “Modelos de organización del sistema europeo de Derecho penal”, in MORALES ROMERO, Marta Muñoz de (Coord.), *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pág. 174 (tradução livre).

⁶⁶⁴ “Bei diesem Modell ergehen bei der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit Entscheidungen nicht mehr aufgrund unterschiedlicher nationaler Regelungen, sondern nur noch einheitlich mit Wirkung für ein *neu geschaffenen, größeren strafrechtlichen Raum*. In Europa zielt dieses Modell folglich nicht auf ein nationalstaatliche, sondern unmittelbar auf eine europäische Territorialität” – SIEBER, Ulrich, “Die Zukunft des Europäischen Strafrechts”, pág. 22 (sublinhados acrescentados).

⁶⁶⁵ Já o afirmava MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 60. Sobre o modelo de intervenção penal que se pode divisar na UE com a instauração da Procuradoria Europeia v. também, com detalhe, SANTOS, Margarida, “A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?”, in Revista Brasileira de Direito Processual e Penal, Vol. 5, Nº 2, 2019, pág. 999 ss; e SANTOS, Margarida, *Para um (novo) modelo...*, pág. 279 ss e 328 ss.

⁶⁶⁶ Não só a atribuição de competências penais à União, mas também o modo como estas são agora adoptadas (Directivas).

⁶⁶⁷ V. nesta questão MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 62 ss. Sobre as noções anteriores em geral v. ainda MOUNCIF-MOUNGACHE, Mouna, “Les Méthodes Normatives: Intégration, Uniformisation, Harmonisation, Coopération, Coordination dans l’Espace Pénal Européen, in ZEROUKI-COTTIN, Djoheur (etc.) (Dir.), *L’Espace Pénal Européen: à la croisée des Chemins?*, Bruxelles, La Charte, 2013.

⁶⁶⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “Modelos de organización...”, pág. 181.

último exige uma abordagem informada por princípios, que torne a actividade legiferante do organismo supranacional (no caso, a UE) coerente e harmoniosa, para além de em maior conformidade com os ordenamentos singulares dos Estados-Membro (EM): é, de facto, uma das questões às quais se deve hoje dar resposta, no âmbito da actuação global em rede acima descrita⁶⁶⁹.

A existência de um espaço comum (penal) europeu é inegável: se antes, com as medidas adoptadas exclusivamente no âmbito do Terceiro Pilar, se poderia ainda argumentar que a lógica inerente às diversas intervenções legislativas continuava a ser a da cooperação inter-estadual – uma intervenção, portanto, esporádica, consoante surgisse um determinado interesse cuja protecção não fosse possível ou tão eficaz ao nível meramente nacional, ditada “*por objetivos*”⁶⁷⁰, que não demonstraria especiais necessidades de coerência global, uma vez que não se pretendia com as mesmas alterar (pelo menos directamente) o DP interno dos diversos EM –, a partir do momento em que se atribui aos organismos da UE uma competência própria para emitir também medidas de natureza penal (ainda que com limitações⁶⁷¹) passa a ser necessário que essas medidas obedeçam a princípios penais, que as antecedem, informam, e limitam. Por outras palavras, passa a ser necessário “um ‘pensamento’ sobre o penal [...], o travejamento de uma política criminal europeia”⁶⁷², à qual “caberá, por seu turno, responder à pergunta sobre o ‘dever ser’ do direito penal europeu”⁶⁷³. A necessidade de uma política criminal europeia torna-se ainda mais evidente quando se denota o carácter maioritariamente repressivo das medidas penais europeias, denunciando a doutrina a construção de um espaço europeu mais voltado para o valor da segurança do que propriamente para o da liberdade, correndo-se, por todos estes motivos, um sério risco de se ter um “sistema penal que não se escolheu [e] em relação ao qual se pode temer pelo carácter securitário”⁶⁷⁴.

a) A finalidade da sanção no Direito Penal Europeu

As especificidades do Direito Penal Europeu, nomeadamente o modo do seu surgimento (sem que se impusesse um pensamento global acerca do mesmo) e a particularidade de se desenvolver num ambiente exponencialmente multicultural (uma vez que se aplica em múltiplos ordenamentos jurídicos com tradições jurídicas e culturais

⁶⁶⁹ NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 345: “Die erste Frage ist keine andere, als die nach der Anpassung der Legitimität und der *Grenzen strafrechtlicher Intervention im globalen regulatorischen Netzwerk* [...]” (sublinhados acrescentados).

⁶⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 29 (sublinhados da autora).

⁶⁷¹ Referimo-nos aqui, num primeiro momento, desde logo à atribuição de competências penais *ad hoc* derivada dos conhecidos Acórdãos do então TJCE sobre poluição ambiental.

⁶⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 28.

⁶⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 25.

⁶⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 29.

divergentes⁶⁷⁵, também já eles hoje com sociedades multiculturais subjacentes), fazem com que a atribuição de uma finalidade a cumprir pela sanção penal seja ainda mais complexa⁶⁷⁶; esta é, no entanto, uma tarefa necessária para garantir uma maior coerência do DPE e o respeito por princípios básicos do Direito Penal em geral⁶⁷⁷. Analisemos, por isso, as diversas possibilidades existentes, para assim determinar quais são as finalidades que devem ser atribuídas às normas europeias com conteúdo penal.

Também ao nível europeu se deve afastar a legitimidade da atribuição de finalidades retributivas às sanções penais, embora a política primariamente securitária vigente (e criticada) nos pudesse reconduzir às teorias absolutas da pena. Não será de defender igualmente a prevenção geral negativa, uma vez que as normas europeias prevêm limites (ainda que duplamente abstractos, já que a moldura penal será depois determinada pelos EM, em concretização das regras mínimas estabelecidas na UE), mesmo que se refira normalmente o carácter “dissuasivo”⁶⁷⁸ da sanção, acoplado à proporcionalidade da mesma: não existe, por isso, um DP cujo limite só se alcança com o efeito intimidador que exerce na sociedade⁶⁷⁹. Estas finalidades serão não só de afastar, como também não nos parece que se encontrem na base do

⁶⁷⁵ Conforme nota PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas de sanções penais da Europa. Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 126, nos diferentes Estados Membro não se verifica “uma posição comum quanto às finalidades das penas”.

⁶⁷⁶ A razão pela qual nos ocupamos agora desta questão deriva do facto de finalidade das penas e função do Direito Penal se encontrarem tão intimamente ligadas que não poderíamos coerentemente debater a legitimidade material do DP da União Europeia sem que lhe atribuíssemos de igual modo uma finalidade às sanções que determina – isto apesar de, na verdade, as sanções serem posteriormente delimitadas e concretizadas pelos diferentes EM.

⁶⁷⁷ Essa necessidade é referida, em relação à legitimidade da acção da UE e do respeito pelo princípio da legalidade, por HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pág. 237; e ainda por MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts”, *in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 123, Heft 3, 2011, pág. 635, referindo o autor a necessidade de se assegurar agora, após as alterações operadas pelo Tratado de Lisboa, um *sistema* de Direito Penal europeu (ao invés de intervenções penais dissociadas umas das outras) em que as medidas adoptadas se encontrem em sintonia umas com as outras, com os princípios de Direito da União Europeia e com as tradições constitucionais dos EM, e que cumpra as tarefas atribuídas ao Direito Penal: “[...] müssen auch die doppelte Funktion des Strafrechts berücksichtigen, nämlich den Schutz der Grundfreiheiten, und zwar auf der Basis eines Systems, das die innersystematische Konsistenz ihrer Strafrechtssätze ermöglicht, die Vorhersehbarkeit deren Konsequenzen gewährleistet, für Rechtssicherheit sorgt, Willkür und Improvisationen bei der Rechtsanwendung ausschließt und schließlich *das Vertrauen auf die Geltung der Europäischen Rechtsordnung, d. h. das Systemvertrauen vertärkt*” (sublinhados acrescentados).

⁶⁷⁸ Mencionada pela primeira vez no Acórdão que ficou conhecido como *Milho grego* (C-68/88 (*Commission v Greece*), de 1989), a expressão “efectivo, proporcionado e dissuasivo”, utilizada para descrever o carácter das sanções a adoptar pelos EM na punição de comportamentos que atentem contra o Direito da União, ficou desde então associada ao DPE. Para uma análise sucinta destes três termos, v. a Opinião da Advogada-Geral Juliane Kokott no âmbito do processo C-387/02, C-391/02 e C-403/02 (*Berlusconi*), § 88-90. Especificamente sobre o efeito dissuasivo, que não se prende somente com a existência e a gravidade das sanções, mas também com a efectividade da sua aplicação nos EM, v. também o Acórdão relativo ao processo C-189/07 (*Commission v. Spain*) – sobretudo § 112 ss –, no qual se constata a ineficácia das medidas adoptadas por Espanha para garantir o cumprimento de um Regulamento relativo a pescas, recorrendo o Tribunal a uma análise do número de processos instaurados, número de condenações, o tempo decorrido entre os factos e a instauração do processo, e até o tempo decorrido entre condenação e pagamento da multa em causa.

⁶⁷⁹ Embora se reconheça, em geral, ao DPE um certo “endurecimento da repressão penal ao nível nacional”, buscando desse modo uma maior eficácia do Direito da União – RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 29.

pensamento penal europeu e dos valores que se propõe a defender⁶⁸⁰, até porque ínsito à própria natureza da sanção penal encontra-se sempre um certo efeito dissuasivo, sem que com isso se propugnem finalidades de prevenção geral negativa.

Em termos de prevenção⁶⁸¹ geral, portanto, resta-nos averiguar se haverá alguma finalidade positiva, de reafirmação da validade do Direito da UE infringido com o cometimento do crime. E de facto, parece ser sobretudo esta ideia que subjaz à insistência com que se menciona a *eficácia* do Direito europeu: não só a eficácia do Direito Penal, algo que desde sempre foi requerido deste ramo do Direito⁶⁸², mas também o salientar do papel deste na manutenção e no reafirmar da vigência do conjunto das normas europeias e do ordenamento europeu⁶⁸³ – o Direito Penal enquanto instrumento garante da vigência não só da norma violada com o cometimento do crime (a norma penal), mas também da validade e eficácia do restante ordenamento⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Art. 2º TUE. Afirma RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 21, após descrever aquilo que acaba por denominar de “política de segurança”, no âmbito de um quadro que, julgamos, apresenta características retributivas, de prevenção geral e especial negativas: “Neste quadro, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinquentes ou a invocação de direitos fundamentais deste afigura-se ‘anacrónica ou ingénua’ ” – algo que não nos parece ser o caso na UE, desde logo pela importância atribuída aos Direitos Fundamentais pelo menos de forma mais clara desde o Tratado de Lisboa (com a adopção da Carta de Direitos Fundamentais da UE e perspectiva de adesão à CEDH), e também pela questão da socialização, que será de seguida analisada.

⁶⁸¹ Nº 2 do art. 3º TUE e nº 3 do art. 67º TFUE. A prevenção deve aqui ser entendida em sentido próprio, enquanto finalidade do Direito Penal, e não no sentido dado pela Comissão na sua Comunicação sobre Prevenção da Criminalidade na União Europeia – COM (2004)165 final –, onde se pode ler, no ponto 1.2.2, que com “prevenção” se pretendem designar “todas as medidas destinadas a reduzir ou a contribuir para a redução da criminalidade e dos sentimentos de insegurança dos cidadãos, tanto quantitativa como qualitativamente, quer através de medidas directas de dissuasão de actividades criminosas, quer através de políticas e intervenções destinadas a reduzir as potencialidades do crime e as suas causas”, o que significa que “as medidas preventivas não devem apenas abordar a criminalidade em sentido estrito, mas também abranger os «comportamentos anti-sociais» que são, de certo modo, «precursores» da criminalidade”. Também denunciando este sentido da “prevenção”, CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012, pág. 310: “[...] prevention (meaning deterrence) is no longer used to signify the goal of punishment. Instead, prevention describes police activity *stricto sensu*, i.e., the development of strategies to prevent risk from materialising into damage (prevention as in *Präventionsstaat* [Prevention state])”.

⁶⁸² RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 29.

⁶⁸³ De acordo com esta finalidade, já MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 635; no mesmo sentido também a argumentação da Comissão no âmbito do Acórdão C-176/03 (sobre crimes ambientais), § 19, onde se pode ler que “[...] a Comissão considera que este último é competente, a título do artigo 175.º CE, para impor aos Estados-Membros a obrigação de preverem sanções penais para infracções à regulamentação comunitária em matéria de protecção do ambiente, quando entender que esse meio é necessário para garantir a *eficácia dessa regulamentação*. Segundo a Comissão, a harmonização das legislações penais nacionais, especialmente dos elementos constitutivos das infracções cometidas contra o ambiente e puníveis com sanção penal, é concebida como um instrumento ao serviço da política comunitária em questão” (sublinhados acrescentados). De qualquer modo, salienta-se que qualquer Direito Penal, seja de origem nacional ou supranacional, só será verdadeiramente eficaz se os próprios sujeitos estiverem convencidos da sua validade, originando desse modo uma obrigação moral de cumprimento da norma, pelo que a sua simples existência poderá não ter o efeito dissuasivo pretendido – ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions for the Enforcement of EU Law?”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014, pág. 378.

⁶⁸⁴ A este propósito refere, no entanto, SIEBER, Ulrich, “Das Sanktionsystem zum Schutz der europäischen Gemeinschaftsinteressen”, in SCHLÜCHTER, Ellen, *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70.*

A eficácia do Direito da União não pode, no entanto, ser o único objectivo da atribuição de competências penais à UE, uma vez que isso implicaria o desvirtuamento do desvalor específico existente na censura operada pelo Direito Penal, e significaria ainda o combate ao crime “a qualquer custo”⁶⁸⁵, o que já se determinou acima não ser legítimo; assim como a “proporcionalidade” a que se apela na determinação das sanções por parte dos EM poderia evocar finalidades retributivas⁶⁸⁶, quando na verdade se pode identificar a mesma com o princípio da culpa (enquanto pressuposto e limite da pena). Haverá sempre, portanto, resquícios de outras finalidades das sanções penais, o que não implica que essas finalidades sejam o principal objectivo a atingir, ou sequer preponderantes (ou mesmo incompatíveis) – a primeira finalidade a atribuir ao estabelecimento de sanções num contexto europeu deverá, por isso, ser a prevenção geral positiva⁶⁸⁷ (quer em relação às normas penais infringidas quer, lateralmente, à reafirmação da validade do restante ordenamento europeu, no caso de as normas penais em causa terem na sua base o objectivo de assegurar a eficácia de uma política da UE⁶⁸⁸).

Analisadas as finalidades de prevenção geral, resta agora verificar se existem, de igual modo, elementos que permitam afirmar a existência de alguma finalidade de prevenção especial na legislação da União Europeia; e apesar de em princípio essas serem estabelecidas pelo Estado Membro que aplica o DPE e executa a sanção, também aqui já se encontra uma

Geburtstag, Lübeck, Verlag Schmidt-Römhild, 1995, pág. 118: “[...] Sanktionen sichern nicht pauschal die Geltung des Gemeinschaftsrechts, sondern eine Vielzahl gemeinschaftsrechtlicher Einzelinteressen” – o que não contradiz a existência, pelo menos implícita, de finalidades preventivas gerais, mas antes as confina a determinados interesses (que o autor identifica em três grupos distintos: interesses da UE, interesses derivados das suas políticas, e interesses dos cidadãos da UE).

⁶⁸⁵ MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law and its Effect on the General Part of Criminal Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014, pág. 275.

⁶⁸⁶ MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 286. A proporcionalidade em termos europeus é definida pelo TJ nos seguintes termos: “a fim de averiguar se uma disposição de direito comunitário é conforme a esse princípio, importa verificar se os meios que ela aplica são aptos a realizar o objectivo prosseguido e se não vão além do que é necessário para o alcançar” – § 126 do caso C-26/00 (*Netherlands v. Commission*).

⁶⁸⁷ Sem precisar a vertente da prevenção em causa, também Merita Huomo-Kettunen concorda que a clara importância conferida pela UE à necessidade de eficácia das suas normas nos remete para finalidades “utilitárias”, ou “orientadas para o futuro”: “Forward-looking justifications are based on utilitarianism and lead the individuals to act in conformity with the rules society has established [...]. In criminal law terms, utilitarianism focuses on the future good the use of punishment entails (deterrence). The efficiency-driven EU criminal policy clearly represents utilitarian philosophy” – HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads between Effectiveness and Traditional Restraints for the use of Criminal Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014, pág. 316.

⁶⁸⁸ Sem embargo de, como já referido, não ser a simples previsão de sanções penais que garantirá uma maior eficácia do Direito: “[...] there seems to be an over-reliance on the magic of criminal law, and [...] one cannot assume that EU law automatically becomes effective through criminal legislation or penalties” – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 3, 2014, pág. 397, concordando com a opinião de Ester Herlin-Karnell. A autora denuncia ainda a circunstância de a eficácia no Direito Penal Europeu se encontrar maioritariamente ligada ao carácter progressivamente repressivo do mesmo, seja porque leva a uma re-criminalização das condutas nos EM (porque geralmente já possuem normas que criminalizam esses comportamentos), porque ampliam o âmbito de condutas abrangidas pela criminalização efectuada em ambiente nacional, ou porque aumentam o nível abstracto das sanções aplicáveis – *ibid.*, pág. 403 ss.

preocupação específica com a reintegração do agente na sociedade⁶⁸⁹, estabelecendo-se deste modo um paralelismo com as doutrinas nacionais de prevenção especial positiva (no sentido de reintegração do agente na sociedade).

Essa finalidade resulta em particular do regime do Mandado de Detenção Europeu (MDE), ao listar como causa de não execução facultativa do mesmo o facto de a pessoa cuja entrega se busca ser nacional, residente, ou encontrar-se⁶⁹⁰ no território do EM de execução (nº 6 do art. 4º da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, e entre nós al. g) do nº 1 do art. 12º da lei de transposição da DQ, L65/2003) – em diversos casos, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) reforçou que a razão da existência dessa opção seria permitir ao Estado-Membro de execução ponderar se o cumprimento da sentença no seu território aumentaria as possibilidades de reintegração da pessoa procurada na sociedade⁶⁹¹ (neste caso, na sociedade com a qual aparenta ter mais laços). Deste modo, e mesmo que o Direito Penal Europeu não

⁶⁸⁹ Pese embora não se possa afirmar que existe uma reflexão generalizada sobre essa finalidade na legislação europeia – como nota RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 311. Existem, no entanto, algumas normas que indicam alguma preocupação (europeia) com a reintegração do agente na sociedade, para além da admissão explícita, por parte do TJ, da importância e interesse da finalidade de reinserção social do condenado não só para o EM em causa, mas também para a União – v. caso C-145/09 (*Tsakouridis*), § 50; C-316/16 e C-424/16 (*B e Vomero*), § 75; e ainda Opinião do AG Yves Bot no âmbito do processo C-247/17 (*Raugevicius*), § 60 a 65.

⁶⁹⁰ A expressão “se encontrar no EM de execução” é utilizada na tradução oficial para português da DQ em causa, cuja versão em inglês é “staying in”, o que denota um carácter de maior permanência no território do que o simples facto de lá se encontrar (o que poderia ser fortuito) – o TJ já teve oportunidade de se pronunciar acerca da diferença entre a pessoa procurada residir no EM de execução ou se encontrar lá, no âmbito do processo C-66/08 (*Kozłowski*), em particular o § 54. O Tribunal chegou à conclusão que a autoridade judicial do EM deveria avaliar todos os factores à sua disposição para determinar a ligação da pessoa procurada com o Estado de execução, nomeadamente em relação à “duração, natureza e condições da sua presença e as ligações familiares e económicas” existentes (tradução livre); estes conceitos adquirem ainda um significado autónomo, pelo que os EM não poderão atribuir-lhes significados diferentes – § 42 e 43 do Acórdão.

⁶⁹¹ C-66/08 (*Kozłowski*), § 45; C-123/08 (*Wolzenburg*), § 62 / 67-68 / 76-77, relativamente à legitimidade da imposição de permanência no território por um período mínimo de tempo (neste caso de 5 anos para ser considerado residente) e assim poder cumprir a sentença no EM onde se encontra – para uma análise detalhada deste caso v. também HERLIN-KARNELL, Ester, “European Arrest Warrant Cases and Principles of Non-discrimination and EU Citizenship”, *in* *The Modern Law Review*, Vol. 73, Issue 5, 2010, e HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 30/40. Ainda o caso C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), § 32-33 / 40-41, em particular em relação ao facto de a França só prever essa excepção no caso de a pessoa procurada ter nacionalidade francesa, o que se julgou ser incompatível com os princípios legais europeus (em especial de não discriminação em razão da nacionalidade – § 50-51) e com o objectivo da norma legal que prevê essa excepção ao cumprimento do MDE (referindo-se também o princípio da interpretação conforme – § 53-57); e também C-579/15 (*Popławski*), § 21-22 / 43, neste caso a respeito de, ao ser dada a possibilidade do EM de execução recusar o cumprimento do MDE com base nesta excepção, dever assegurar o cumprimento da sentença imposta no seu território (mais uma vez recorrendo ao princípio da interpretação conforme, de modo a assegurar a eficácia do Direito da União – § 31). Em território nacional existem também vários exemplos jurisdicionais que dão conta da racionalidade implícita na existência desta excepção ser precisamente permitir à pessoa procurada cumprir a pena no EM que maiores possibilidades apresenta de conseguir uma efectiva reintegração na sociedade: vejam-se, a título de exemplo, os Ac. STJ de 27-04-2006 (Processo 06P1429); Ac. STJ de 10-09-2009 (Processo 134/09.6YREVR); Ac. STJ de 12-05-2011 (Processo 50/11.1YFLSB); Ac. STJ de 22-06-2011 (Processo 89/11.7 YRCBR.S1); Ac. STJ de 29-11-2012 (Processo 117/12.9YREVR.S1); Ac. STJ de 10-01-2013 (Processo 142/11.7YREVR.E1.S1); Ac. STJ de 21-11-2013 (Processo 753/13.6YRLSB.S1); Ac. STJ de 05-05-2016 (Processo 875/15.9YRLSB.S1); e Ac. STJ de 22-02-2017 (Processo 1861/16.7YRLSB.S1) – todos eles avaliando da existência (ou não) de factos que permitissem aplicar a excepção de cumprimento do MDE.

seja (pelo menos até agora) dotado de uma Parte Geral⁶⁹², e de serem os EM os responsáveis pelo sancionamento do desrespeito às normas europeias (aplicando, nesse processo, os princípios e procedimentos internos), a verdade é que já se denota alguma preocupação por parte das instituições europeias quanto ao esboço de princípios de política criminal que deverão ser respeitados por todos os EM quando aplicam normas da União.

Para além disso, também a transferência de pessoas condenadas a penas privativas de liberdade no espaço da UE obedece a considerações sobre a reinserção social das mesmas, procurando-se facilitá-la através de mecanismos que permitam uma cooperação simplificada entre os EM⁶⁹³.

Mais uma vez (e de certo modo algo mais exacerbado no caso das sanções estabelecidas pela União, dado o normal endurecimento penal a que dão lugar, e do apelo ao seu carácter dissuasivo), acoplada a esta finalidade existe ainda o objectivo de se prevenir, com a aplicação e cumprimento da pena, a reincidência do agente (prevenção especial negativa), de modo a cumprir assim a função última a que se dirige o Direito Penal – qual será essa função relativamente ao DP europeu é o que procuraremos estabelecer de seguida.

b) A função do Direito Penal Europeu – uma primeira aproximação

Como resulta do exposto na primeira parte deste estudo, a atribuição de uma função ao Direito Penal, que fundamente e limite as intervenções do legislador nesse campo, prende-se invariavelmente com a questão da *legitimidade* das normas penais: dependendo da doutrina que se adopte, o Direito Penal será *ilegítimo* quando não sirva o propósito de protecção de algum bem jurídico digno da mesma, ou quando não pretenda evitar um dano ou prejuízo a outrem, também esse de uma gravidade que justifique a intervenção do aparelho punitivo estadual. A legitimidade, portanto, deve ser a primeira questão a analisar também no âmbito do Direito Penal Europeu.

A legitimidade⁶⁹⁴ consubstancia-se na convicção normativa de que uma certa instituição ou norma deve ser obedecida – é, por isso, uma “noção subjectiva, dependente das percepções (ou sentimentos) de um actor”⁶⁹⁵, sendo que a partir do momento em que esse

⁶⁹² Em Portugal, tanto a finalidade quanto a função do Direito Penal encontram-se claramente definidos no n.º 1 do art. 40.º CP: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

⁶⁹³ V. p. ex. os considerandos 9, 10 e 15 da Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de Novembro de 2008, bem como os arts. 4.º e 17.º da mesma; com um maior grau de análise, v. a já referida Comunicação da Comissão (2019/C 403/02), pág. 13/14. Será ainda o cumprimento dessa finalidade o que subjaz à al. h) do n.º 1 do art. 9.º da mesma DQ, ao mencionar o limite mínimo de 6 meses de sentença para cumprir – neste sentido, BONDY, Wendy De and MIETTINEN, Samuli, “Minimum Criminal Penalties in the European Union: In Search of a Credible Justification”, *in* *European Law Journal*, Vol. 21, No.6, November 2015, pág. 734. De acordo com os mesmos autores, esse terá sido também um dos motivos que levou a Comissão a tentar incluir um limite mínimo de 6 meses para as sanções a impor no âmbito da Proposta de Directiva para a protecção dos interesses financeiros da União Europeia – *ibid*, pág. 734 (e nota 65).

⁶⁹⁴ A legitimidade deve ser distinguida de “poder” e “autoridade”: estes podem existir e ser ilegítimos – KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 37.

⁶⁹⁵ HURD, Ian, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, Princeton, Princeton University Press, 2007, pág. 7: “ ‘Legitimacy’, as I use the term, refers to an actor’s normative belief that a rule or institution ought to be

sujeito se encontre convencido da legitimidade dessa instituição ou norma tenderá a comportar-se de acordo com os parâmetros por ela estabelecidos. Mas para que se avalie essa qualidade em relação às normas é necessário distinguir entre as várias dimensões de “legitimidade”: temos, por um lado, a *legitimidade formal*, que se prende com questões de emanção da lei penal e do procedimento para isso definido – no âmbito da UE, a legitimidade formal para legislar em questões penais foi durante muito tempo contestada⁶⁹⁶, e avaliada em relação ao défice democrático europeu que expunha e à falta de competência expressa para emissão de normas com conteúdo penal por parte da União⁶⁹⁷. Por outro lado, temos a *legitimidade material*, esta sim a que diz respeito ao efectivo *conteúdo* das normas penais: uma norma pode, por isso, ser formalmente legítima se seguir de modo correcto todo o procedimento previsto para a sua emanção, mas no entanto ser materialmente ilegítima, se previr a adopção ou proibição de um comportamento com o qual os sujeitos que deverão obedecer a essa norma não concordam⁶⁹⁸. A função que se atribua ao Direito Penal pretende, deste modo, conferir legitimidade material às normas penais, confrontando o seu conteúdo com o objectivo que devem perseguir – no caso específico do DP Europeu, esta é uma questão que continua “difusa”⁶⁹⁹ e a necessitar de esclarecimento, uma vez que as medidas até agora adoptadas pela União, de carácter díspar e sem critério aglutinador em termos de teoria penal, se dirigem apenas a atingir, separadamente, determinados objectivos: a segurança interna da UE, a repressão de determinadas formas de criminalidade grave, e a protecção dos seus interesses financeiros, ficando a organização sistemática dessas normas e a sua adequação a uma qualquer teoria penal a cargo dos EM individuais⁷⁰⁰.

obeyed. It is a subjective quality, relational between actor and institution, and is defined by the actor’s *perception* of the institution” (sublinhados do autor). Para BEETHAM, David, *The Legitimation of Power*, 2nd Edition, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2013, pág. 15 ss, a legitimidade prende-se em primeiro lugar com a conformação com determinadas regras estabelecidas (validade legal), devendo essas regras, por seu turno, corresponder a crenças partilhadas tanto por quem exerce o poder como pelos seus subordinados, e tendo ainda estes últimos consentido de algum modo no exercício desse poder – esta é, como se pode observar, uma definição que se centra mais no aspecto formal da legitimidade do que propriamente no conteúdo legítimo ou ilegítimo das normas.

⁶⁹⁶ É uma questão que hoje (após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa) perdeu muita da sua relevância, apesar de ainda ser mencionada – MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 636.

⁶⁹⁷ Esta questão será também evidente aquando da exposição da evolução histórica da competência penal da UE. Sobre a legitimidade formal do DPE, começa por afirmar Rainer Hamm, em geral: “Relativ schnell einigen können wir uns wohl über die erste Voraussetzung: dass nur ein Staat im Rahmen seiner Rechtsprechungsaufgabe das Recht haben kann, Bürger dafür zu bestrafen, dass sie gegen die bestehende Gesetze verstoßen haben. Strafrecht darf also nur dort existieren, wo es einen Staat gibt, der als demokratischer Rechtsstaat verfasst ist und somit über eine unabhängige Justiz verfügt, welcher die Aufgabe des ‘gerechten Strafens’ anvertraut hat” – HAMM, Rainer, “Grundprinzipien eines europäischen Strafrechts”, in ANAGOSTOPOULOS, Ilias (Hrsg.), *Internationalisierung des Strafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pág. 55.

⁶⁹⁸ Por exemplo, se previr um conteúdo “odioso” ou “algo substantivamente injustificável” – KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 39 (tradução livre).

⁶⁹⁹ MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 636.

⁷⁰⁰ MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 634. O que, como se percebe, não facilita a percepção de coerência nas medidas adoptadas na esfera europeia, nem permite definir um objectivo geral que se pretenda atingir com a

Uma outra distinção em termos de legitimidade (que na verdade acaba por se reflectir noutros conceitos) identifica a *legitimidade pelo contributo* e a *legitimidade pelo resultado*⁷⁰¹, numa espécie de aferição da legitimidade *a priori* e *a posteriori*: a primeira diz respeito à questão de todos os interessados terem a oportunidade de expressar a sua opinião e de participarem no processo decisório (o que, no nosso caso, se pode identificar com a existência de um processo verdadeiramente democrático no âmbito da adopção de medidas penais europeias⁷⁰²); e a segunda refere-se à legitimidade atribuída às medidas adoptadas pelos resultados que estas obtêm, pela sua eficácia no atingir dos objectivos que se propõem⁷⁰³.

A legitimidade material das normas da União Europeia não é, no entanto, apenas uma questão teórica ou sistemática: quanto maior for a percepção acerca dessa legitimidade, maior será a conformação do comportamento dos sujeitos (neste caso, tanto indivíduos como Estados-Membro) em relação ao prescrito por essas normas, estando por isso intimamente ligada com a própria autoridade da UE ou contestação da mesma⁷⁰⁴, bem como com o próprio poder de persuasão ou convicção gerado por essas normas (*Überzeugungskraft*)⁷⁰⁵. Do mesmo modo, não pode a legitimidade formal substituir ou mesmo diminuir a falta de uma justificação material para a existência das normas penais europeias⁷⁰⁶: esta é necessária também no âmbito

utilização de medidas penais europeias, sendo só possível averiguar, em termos puramente casuísticos, qual o fim imediato da medida em causa. No mesmo sentido, SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 415, concluindo que o que demonstra ser mais necessário é precisamente um debate acerca dos fins a atingir com a utilização de normas penais ao nível europeu.

⁷⁰¹ Do inglês “input legitimacy” e “output legitimacy” – KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 40.

⁷⁰² A legitimidade pelo contributo pressupõe ainda a existência de uma base social coesa, uma vez que será mais “fácil” aceitar a adopção de uma opinião divergente da nossa quando existe um certo sentido de pertença a uma comunidade do que quando se identifica a opção adoptada com aquela de “estranhos” – KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 40. Esta questão assume particular relevância no DPE, uma vez que ainda é discutido o facto de existir realmente uma comunidade europeia, um sentido de pertença e de partilha de valores comuns a todos os EM que faça com que a UE tenha um *demos* capaz de conferir uma verdadeira legitimidade democrática às medidas penais. De todo o modo, a questão da participação quanto à legitimidade pelo contributo no âmbito europeu pode ser relacionada com o princípio da subsidiariedade e com a possibilidade de participação dos vários Parlamentos nacionais (Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia, anexo ao Tratado de Lisboa), dirimindo deste modo as maiores críticas neste sentido; v. ainda as disposições do TUE em relação ao cumprimento dos princípios democráticos – arts. 9º a 12º.

⁷⁰³ Também este é um aspecto caro ao Direito da União em geral, como já se referiu, e como se pode ainda observar pelos vários mecanismos à disposição da UE para avaliar do impacto da sua legislação e valor acrescentado da mesma, tanto *ex ante* como *ex post* – v. European Parliamentary Research Service, “Impact Assessment and European Added Value”. Apesar disso, a opinião da doutrina especializada aponta para o carácter meramente formal dessas avaliações, não constituindo por isso um verdadeiro exercício de justificação da legislação que se pretende adoptar e da sua racionalidade – v. sobre o tema, detalhadamente, os vários artigos da obra de NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016.

⁷⁰⁴ KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 42.

⁷⁰⁵ MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 637.

⁷⁰⁶ “Eine strafrechtliche Norm, die zwar nach allen demokratischen Formalitäten eingeführt wurde, wohl aber gegen wesentliche Rechtsgrundsätze verstößt, ist ebenso wenig legitim wie eine, die völlig willkürlich durchgesetzt wurde” – MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 637. No mesmo sentido, STEFFEK, Jens, “The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach”, *in* European Journal of International Relations, Vol. 9, Issue 2, 2003, pág. 264: “[w]hat creates legitimacy is less the fact of having consented, but rather having consented to a certain normative reasoning, linking

nacional, e a aplicação dos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e necessidade não é suficiente⁷⁰⁷ para conferir às normas penais a legitimidade que estas exigem⁷⁰⁸.

É por isso imperativo que se defina um critério claro para determinar da legitimidade material das normas penais da União, sob pena de não se possuir qualquer salvaguarda em relação ao potencial conteúdo ilegítimo de uma norma (para além do facto de um EM poder utilizar o denominado “travão de emergência” previsto no TFUE, quando considere que existem “aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal”⁷⁰⁹ que seriam prejudicados por um projecto de Directiva; isso não impede, porém, que outros Estados continuem com o projecto suspenso em modo de cooperação reforçada, o que pode levar a que, pelo menos em parte da UE, vigorem normas penais ilegítimas). E isso implica que deva ser feita uma escolha, uma opção clara por um critério de criminalização, uma função a atribuir ao Direito Penal Europeu: e nesse caso, deve optar-se pela adopção do *harm principle*? Admitem-se intervenções penais manifestamente paternalistas⁷¹⁰? Será que a utilização do conceito de bem jurídico fará sentido no espaço europeu⁷¹¹? E se sim: cabe à UE definir o bem jurídico em causa na norma, ou ficará ao critério dos EM individuais? Quais as consequências a atribuir ao facto de uma determinada norma penal europeia não proteger qualquer bem jurídico? Serão estas as questões que nos ocuparão agora, e para cuja resposta se mostra necessário analisar vários temas, nomeadamente a competência penal da UE, as diferentes tradições existentes no espaço europeu, e a divergente qualidade dos interesses defendidos ao nível supranacional – para que depois se possa sugerir um critério racional de criminalização através do qual conferir (e averiguar da) legitimidade material das normas penais europeias.

shared values and principles to practice type norms”, contestando o autor, neste artigo, a ideia generalizada do problema fundamental da falta de democraticidade na cena supranacional e internacional.

⁷⁰⁷ MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 648.

⁷⁰⁸ Referindo-se à alteração de valoração a que dão origem as normas penais europeias nos diferentes EM, afirma Nuria Muñoz que, mais do que um problema aparente, esta é uma questão que deve ser resolvida com argumentos mais convincentes do que a simples invocação da legitimidade formal, sendo mais necessário esclarecer *se* ou *porque* é que é legítimo as instituições europeias operarem essa alteração de valoração nos EM – PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union”, in Goldammer’s Archiv für Strafrecht, Vol. 157, n. 2, 2010, pág. 85.

⁷⁰⁹ N.º 3 dos arts. 82.º e 83.º TFUE.

⁷¹⁰ Como, p. ex., a criminalização no plano europeu da tentativa de suicídio ou de uma autolesão da dignidade humana – MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 648.

⁷¹¹ Não apenas devido à crise em que se encontra o conceito actualmente mas também por nem todos os Estados-Membros da UE reconhecerem o conceito na sua própria ordem jurídica – MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 649. O mesmo se pode dizer em relação ao *harm principle*, existente apenas na tradição jurídica anglo-americana, e também ele sujeito a várias críticas; de qualquer modo, fazendo estes princípios parte do acervo das tradições jurídicas dos EM são susceptíveis de ser utilizados e de adquirir um significado independente também na dimensão europeia.

2. A natureza da União Europeia

Como já mencionado em momento anterior, a função que se há-de conferir ao Direito Penal não resulta de considerações teóricas isoladas, mas surge antes no seguimento da atribuição (ou da verificação) de certas características do Estado, enquanto principal – na verdade praticamente único⁷¹² – agente que determina sobre as penas a aplicar aos indivíduos que se encontram sujeitos à sua jurisdição. As diferentes proposições acerca da função a cumprir pelo Direito Penal, acerca do próprio sentido de acoplar sanções a certos comportamentos, hão-de encontrar-se por isso “imanadas no próprio Estado, hão-de ser aquilo que o Estado for”⁷¹³, não podendo ser construídas à margem do “modelo de Estado característico da Europa dos nossos dias [e supondo] uma cadeia de funções que se condicionam por esta ordem: função do Estado, função do Direito Penal, função da teoria do delito”⁷¹⁴. A determinação de uma função para o Direito Penal Europeu, algo que se mostra cada vez mais necessário, há-de depender assim da natureza da União Europeia e das funções próprias a cumprir pela mesma.

Começemos, por uma questão de simplicidade, pelas funções que se propõe cumprir. Em relação ao que releva para a matéria penal, encontramos desde logo no Preâmbulo do Tratado da União Europeia (TUE) algumas considerações importantes, como o facto de a União se inspirar “no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito”; ou a confirmação do seu “apego aos princípios [...] do respeito pelos direitos do Homem e liberdades fundamentais” e “apego aos direitos sociais fundamentais” – algo que é reiterado nos arts. 2º e 3º, nº 2 e 3 TUE. O art. 3º, nº 2 estabelece ainda o já muito conhecido espaço de liberdade, segurança e justiça, especificamente mencionando a necessidade de *prevenir e combater* a criminalidade. Também importantes para esta questão revelam ser os arts. 4º, nº 2 – o respeito que a UE se compromete a demonstrar pelos diversos EM e sua identidade nacional – e 6º TUE, que confirma a importância que os direitos fundamentais adquirem no seu seio.

⁷¹² Dizemos “praticamente único” porque hoje também o Tribunal Criminal Internacional tem o poder de determinar penas directamente a pessoas individuais; o caso do DPE é um pouco distinto, porquanto existe sem dúvida uma influência da UE ao nível das penas abstractas, mas não detém, pelo menos até agora, normas penais directamente aplicáveis aos indivíduos – não consideramos, para este efeito, toda a teoria da interpretação conforme (à qual voltaremos *infra*) enquanto norma penal directamente aplicável aos indivíduos, uma vez que também esta exige a intermediação de uma norma nacional que possa ser interpretada de acordo com os objectivos da norma europeia, nem os possíveis efeitos directos das Directivas, uma vez que estas não podem só por si determinar ou agravar a responsabilidade penal individual (questão que também iremos posteriormente abordar).

⁷¹³ MONTE, Mário Ferreira, “Da autonomia constitucional do Direito Penal nacional à necessidade de um Direito Penal europeu”, in OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.), *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 691.

⁷¹⁴ MIR PUIG, Santiago, “El sistema del Derecho Penal en la Europa Actual”, in SCHÜNEMANN, B., FIGUEIREDO DIAS, J. de (Coord.) e SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. española), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, pág. 28 (tradução livre).

Ora, da leitura conjunta destas disposições parece ser possível retirar que, relativamente ao Direito Penal e às funções que se pretendem cumprir, a União se encontra próxima dos compromissos assumidos pela forma de Estado Social e Democrático de Direito: deverá proteger efectivamente os cidadãos, mas limitar os custos dessa protecção para os mesmos, sujeitando à aplicação do ramo mais severo do Direito apenas aqueles comportamentos que realmente comprometam o exercício da liberdade e direitos fundamentais do cidadão europeu⁷¹⁵. No entanto, esta análoga sobreposição entre as funções da pena no plano estadual e europeu e proclamação de identidade com os mesmos fundamentos valorativos será inevitavelmente condicionada pelo restante da relação mencionada: a forma de Estado, ou no nosso caso, mais propriamente a questão sobre a natureza da União Europeia, que irá na prática influenciar o modo de prossecução dessas funções devido às substanciais diferenças existentes entre a UE e os Estados que a compõem.

2.1 As propostas actuais

A questão sobre a natureza da União Europeia não tem uma resposta fácil ou evidente: praticamente o único aspecto inegável e em que, portanto, toda a doutrina concorda, é a sua origem internacional, com base em Tratados. A partir daqui, e tendo em contas as várias características da UE, abre-se todo um leque de sugestões: será de afastar, no momento actual, a classificação da UE enquanto *organização internacional*, já que “a amplitude e intensidade das competências”⁷¹⁶ que lhe são atribuídas não permitem comparação com as demais organizações internacionais, bem como as tarefas a seu cargo não se encontram definidas de forma estática, mas sim dinâmica, podendo ser alargadas sempre que necessário; também a natureza dos instrumentos legislativos de que dispõe se mostra incompatível com uma tal classificação. A não conformação das características da União com os moldes tradicionalmente existentes na doutrina levou a que fosse então classificada como uma organização internacional *sui generis*, apelando-se ainda ao novo conceito de *supranacionalidade* para transmitir a peculiaridade da sua natureza⁷¹⁷: esta “comunidade de direito internacional”

⁷¹⁵ Só assim se poderia justificar a existência do Direito Penal no âmbito deste modelo de Estado, de modo que as limitações que opera relativamente aos direitos dos cidadãos sejam ainda assim menos gravosas do que aquelas que resultariam da inexistência de um sistema de controlo social centralizado (vingança privada) ou da existência de um sistema penal sem limites ou garantias (como num Estado absoluto) – MIR PUIG, Santiago, “El sistema del Derecho Penal...”, pág. 29. Para chegar a esta conclusão o autor faz um percurso breve pelas funções assumidas pela pena ao longo da História em relação aos vários modelos de Estado (pág. 28/29), as quais mencionaremos apenas para contraposição com as acima mencionadas e atribuídas à UE: a pena enquanto analogia do castigo divino (Estado teocrático); enquanto instrumento garante da submissão dos súbditos (Estado absoluto); enquanto retribuição e exigência de justiça (Estado liberal); e por último enquanto instrumento de prossecução de uma política de prevenção especial, legitimadora de intervenções divergentes em face de crimes iguais (Estado social, que em alguns países levou a Estado totalitário).

⁷¹⁶ DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, in InDret Revista para el Análisis del Derecho, nº 4, 2008, pág. 4.

⁷¹⁷ DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 5. Apesar de alguns autores criticarem o uso da expressão *sui generis* para descrever a UE, a Comissão procurou utilizá-la a seu favor, afirmando o seu primeiro presidente (em 1973) que

diferiria das restantes organizações internacionais pela sua “tendência para a forma de um Estado federal”⁷¹⁸, sem no entanto se poder afirmar que é de facto um Estado⁷¹⁹; foi neste sentido classificada como *entidade paraestatal* ou *parafederal*⁷²⁰ (a sua potencial natureza federal será analisada de seguida em maior pormenor).

A tentativa de definição da União europeia enquanto fenómeno a meio caminho entre o âmbito internacional, estatal e federal deu ainda origem a denominações como *superestrutura paraestatal*⁷²¹ ou *associação de Estados soberanos*⁷²² – esta última utilizada mais

esse facto não impediria de se considerar a estrutura que então surgia como “a semente de uma federação incipiente”, já que todas as federações são *sui generis* – em BLOCKMANS, Steven, “Is it a bird? Is it a plane? It’s the European Union! The German Constitutional Court’s *Lissabon-Urteil*” Editorial Note, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 5, 2009, nota 12. Para SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pág. 63/64, classificar a UE como algo *sui generis* não constitui solução alguma: “In the absence of a federal theory beyond the State, European thought invented a new word – supranationalism – and proudly announced the European Union to be *sui generis*. [...] There are serious problems with the *sui generis* argument. First of all, it lacks explanatory value for it is based on a conceptual tautology. Worse, the *sui generis* theory ‘not only fails to analyze but in fact asserts that no analysis is possible or worthwhile, it is in fact an “unsatisfying shrug”’. Secondly, it only views the Union in *negative* terms – it is *neither* international organization *nor* Federal State [...]. Thirdly, in not providing any external standard, the *sui generis* formula cannot detect, let alone measure, the European Union’s evolution. [...] But worst of all: the *sui generis* ‘theory’ is historically unfounded. [...] This poses – unsolvable – problems for an analysis of the political and constitutional *dualism* that characterises the European Union”.

⁷¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, “Possibilità e limiti de un diritto penale per la protezione dell’Unione europea”, *in* PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, pág. 15.

⁷¹⁹ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional. A União Europeia depois do Tratado de Lisboa”, *in* CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas e LOUREIRO, João Carlos (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 512 ss. O autor destaca o facto de a EU não ter soberania originária, não possuir a competência para definir as suas próprias competências, não poder definir o critério que determina os seus cidadãos, não ter forças de segurança próprias, entre outras questões para justificar a UE não ser um Estado; contudo, apresenta “traços estatais”, como as suas instituições públicas e respectivas autoridades legislativa, administrativa e judicial, as competências que exerce, a sua ordem jurídica autónoma, a cidadania europeia e direitos (políticos e fundamentais) dos cidadãos europeus, a moeda única, a vigilância e gestão das fronteiras externas, entre outras características.

⁷²⁰ Ambas as expressões são utilizadas em MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 518.

⁷²¹ Opinião de Oppermann, comentada em LERCHE, Peter, “Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes”, *in* BENDER, Bernd; BREUER, Rüdiger; OSSENBUHL, Fritz und SENDLER, Horst (Hrsg.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1993, pág. 132. O autor utiliza a expressão *parastaatlichen Superstruktur* argumentando que a cooperação existente entre os EM não consubstanciaria a classificação da UE como uma espécie de antecedente de uma Federação.

⁷²² Apesar de mais recentemente comentada a propósito da decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca do Tratado de Lisboa, já em 1993, na sua decisão sobre o Tratado de Maastricht, o Tribunal utilizou a mesma expressão: “Der Vertrag begründet einen europäischen Staatenverbund, der von den Mitgliedstaaten getragen wird und deren nationale Identität achtet; er betrifft die Mitgliedschaft Deutschlands in supranationalen Organisationen, nicht eine Zugehörigkeit zu einem europäischen Staat” – 2BvR 2134, 2159/92, § 90. Um ano antes discursava já a doutrina acerca dessa classificação, que é algo mais do que uma confederação de Estados, mas menos do que uma federação: Kirchhof falava então de uma “unidade de Direito” emergente, à qual se atribuem determinadas tarefas e se desenvolve ainda enquanto “comunidade cultural” elementar – em LERCHE, Peter, “Europäische Staatlichkeit...”, pág. 132. Após o Tratado de Lisboa, continua a ser essa a opinião do autor: “The European Union is a union of states that exceeds a confederation (*Staatenbund*) because of the intensity of commitment [...]. However, this intensity does not reach as far as the statehood of a federal state (*Bundesstaat*). The roots of the European Union lay within the Member States, but it cannot and does not want to fulfil their universal functions” – KIRCHHOF, Paul, “The European Union of States”, *in* BOGDANDY, Armin von, and BAST, Jürgen (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Second Revised Edition, Oxford, Hart Publishing, 2010, pág. 743.

recentemente pelo Tribunal Constitucional Alemão na sua decisão acerca da compatibilidade do Tratado de Lisboa com a Lei Fundamental alemã, na qual se define aquele conceito como “associação de Estados que permanecem soberanos, uma associação que exerce autoridade pública na base de um Tratado, cuja ordem fundamental se encontra, no entanto, ao dispor apenas dos Estados-Membros e na qual os povos – isto é, os cidadãos nacionais – dos Estados-Membros permanecem os sujeitos de legitimação democrática”⁷²³. Este conceito é criticado na doutrina por não conseguir explicar algumas das características da UE, nomeadamente⁷²⁴: o facto de a UE se dirigir aos EM, mas também directamente aos cidadãos *da UE* (cidadania europeia); o TJ ser chamado a pronunciar-se preliminarmente acerca da interpretação e validade da legislação europeia; as competências do Parlamento Europeu; o afastamento (progressivo) da regra da unanimidade na tomada de decisões do Conselho⁷²⁵; a possibilidade de suspensão de direitos de EM que violem os valores da UE; e a acção da União nas relações internacionais.

Outros autores propõem ainda conceitos que consideram descrever com maior propriedade a União Europeia e a sua relação com os EM (ou o que esta relação deveria ser), como é o caso de *federalismo multifacetado*⁷²⁶, *federalismo cooperativo*⁷²⁷, ou *federalismo*

⁷²³ 2 BvE 2/08 vom 30. Juni 2009, § 229 (tradução livre).

⁷²⁴ Enumeração em BLOCKMANS, Steven, “Is it a bird?...”, ponto 8.

⁷²⁵ O aumento do campo de aplicação da regra da decisão por maioria no Conselho é visto, por um lado, como conferindo uma necessária eficiência à UE ao elaborar nova legislação, e por outro, como desprotegendo a soberania dos EM, que não possuem assim um direito de veto, o que alguns autores interpretam como um inexorável movimento da União em direcção ao supranacionalismo – para uma análise detalhada, v. SIEBERSON, Stephen C., “Inching Toward EU Supranationalism? Qualified Major Voting and Unanimity Under the Treaty of Lisbon”, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 4, 2010.

⁷²⁶ GARBEN, Sacha, “Confronting the Competence Conundrum: Democratising the European Union through an Expansion of its Legislative Powers”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, No. 1, 2015, pág. 73. O federalismo multifacetado foi proposto por RESNIK, Judith, “Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender, and the Globe”, in *The Yale Journal*, Vol. 111, 2001, pág. 622 ss, enquanto opção viável de divisão de competências, querendo com esse conceito realçar a atribuição das mesmas ou o seu exercício por uma das esferas de poder (supranacional ou nacional) poder ser transitório, ou seja, uma determinada competência pode hoje encontrar-se atribuída à União, e no futuro voltar aos EM (e vice-versa), consoante julgamentos interpretativos actuais (e com possibilidade de revisão) o determinassem. No nosso entender esta não é uma possibilidade corrente para a União, tendo em conta as suas características (pelo menos como até agora se verificaram) e toda a doutrina associada ao princípio de atribuição de competências e preempção – não parece ser possível, pelo menos de forma espontânea e sem alteração dos Tratados (art. 48º TUE), que uma competência já atribuída à União volte para a esfera de actuação estadual (de outra forma não faria sequer sentido falar em *acquis communautaire*); mesmo no âmbito das competências partilhadas, veja-se a formulação do nº 2 do art. 2º TFUE: “Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua”, voltando a exercê-la “na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua” – ou seja, o centro de decisão actual, a existir um federalismo multifacetado, encontrar-se-ia atribuído à UE. Em termos mais gerais, ainda que tal fenómeno seja teoricamente atractivo, parece pouco provável que vários centros de poder se auto-regulem de forma satisfatória (em termos de contenção legislativa) por forma a ceder ao outro a prioridade de acção em determinado momento sem que tal divisão esteja legalmente estipulada.

⁷²⁷ O conceito de federalismo cooperativo foi proposto por SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pág. 241 ss / 345 ss para descrever a UE, dizendo respeito a níveis de governo distintos que se interligam, por força da existência de uma esfera legal partilhada, através da interpretação mútua de conceitos e interligação de leis, explicando assim a impossibilidade da divisão de competências em categorias estanques.

*supranacional*⁷²⁸. Torna-se necessário neste momento comparar a União Europeia com outros sistemas federais, para que daí se possam retirar mais conclusões acerca da sua natureza.

2.2 A UE e o seu possível enquadramento no federalismo

Uma Federação é tão única quanto a Constituição que a institui e as regras de funcionamento que determina, e por isso não se pode afirmar que existe apenas uma forma de Estado federal válida para todos os países – a admissão de uma dimensão federal na União Europeia não equivaleria a aceitar um modelo federal estereotipado ou rígido, mas permitiria antes a conformação desse sistema às especificidades europeias⁷²⁹. É no entanto possível discernir certas características que costumam encontrar-se presentes, e também dividir os diversos exemplos federais existentes em três modelos⁷³⁰: Federações em que tanto o DP substantivo como o DP processual se encontram unificados, existindo ainda um sistema judicial federal e/ou local; Federações em que tanto o DP substantivo como processual se encontram descentralizados; e Federações em que o DP substantivo se encontra unificado, mas o DP processual permanece descentralizado.

Acompanhando nesta questão a exposição de Marta Morales Romero, alguns exemplos de Estado Federal são, para o primeiro modelo, a Alemanha ou o Canadá. Na *Alemanha* existe um só Código Penal e de Processo Penal válido para todo o território, ficando a cargo dos diferentes Estados Federados (*Länder*) apenas a interpretação de normas penais em branco ou a emissão de algumas normas penais em casos específicos de especiais circunstâncias regionais; em caso de conflito, a validade do Direito Federal é assegurada pelo princípio da primazia do mesmo; a aplicação do Direito, no entanto, encontra-se a cargo dos diversos Estados, salvo em relação aos tipos de crime que afectam “a integridade da Federação”⁷³¹. Devido ao facto de a lei policial continuar a ser competência de cada Estado, existe também na Alemanha um dever de cooperação entre autoridades (estatais e federais) e a afirmação do princípio do

⁷²⁸ DÍEZ, Carlos, “Models for a System of European Criminal Law: Unification vs. Harmonisation”, *in* New Journal of European Criminal Law, Vol. 1, No. 3, 2010, pág. 397, apoiando a conceptualização de Armin von Bogdandy. Pretende-se com este conceito aceitar que a União possui algumas características federais e algumas características supranacionais, e identificar as necessidades de uma e outra – p. ex., a delimitação de políticas criminais claras de âmbito federal, deixando aos juízes nacionais, no entanto, a sua execução. O problema reside (em relação ao Direito Penal), como reconhece o autor, na determinação de quais os crimes que deveriam ser adstritos à esfera “federal” e aqueles que deveriam permanecer na esfera nacional e ser gradualmente harmonizados.

⁷²⁹ NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, *in* ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), ROMERO, Marta (Coord.) *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pág. 14. O autor refere algumas possibilidades: poderia existir um verdadeiro Direito Penal supranacional, independente e paralelo aos vários DP nacionais; outra hipótese seria a existência de alguns tipos penais nacionais harmonizados, que facilitassem a actuação dos órgãos europeus; tipos penais supranacionais aplicados por órgãos dos vários EM; instrumentos de *soft law* que operassem uma harmonização diferente daquela exigida por instrumentos legislativos como as Directivas ou os Regulamentos; a possibilidade de combinação das diversas modalidades também em relação à vertente processual penal.

⁷³⁰ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 159 ss.

⁷³¹ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 162. Para uma crítica ao modelo federativo europeu v. SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism...*, pág. 36 ss.

reconhecimento mútuo (algo que, apesar de tudo, resulta menos problemático quando as normas substantivas a aplicar são idênticas em todo o território).

No *Canadá* a competência penal encontra-se atribuída ao Estado Federal, restando algumas competências nesse âmbito aos diversos membros da Federação em relação às matérias da sua competência⁷³²; a aplicação do Direito e a administração penitenciária repartem-se entre o nível federal e provincial.

No âmbito do segundo modelo referido destacam-se os exemplos dos EUA e também do México. Nos *EUA*, em relação à matéria penal, impera uma cláusula de limitação dos poderes da Federação (*enumerated powers*)⁷³³, ficando os Estados federados responsáveis pela maioria da regulamentação criminal; no entanto, essa limitação é suavizada pela atribuição à Federação da competência de emanação de normas (também penais) sempre que tal se mostre adequado à prossecução dos fins para os quais tem competência⁷³⁴. Num tal sistema de repartição de competências e cooperação existirá sempre a necessidade de harmonização, o que foi acontecendo neste caso tanto através de instrumentos de *soft law* (como o Código Penal modelo) como da jurisprudência harmonizadora do Supremo Tribunal Federal, e eventuais conflitos legislativos são resolvidos através da afirmação do primado da legislação federal⁷³⁵. Em relação à administração da justiça, esta encontra-se também descentralizada, sendo alocada à esfera federal ou federada de acordo com a norma infringida em questão⁷³⁶.

Já no *México* não existe competência federal para legislar em matéria penal, pelo que cada Estado federado possui o seu próprio código penal e de processo penal; mesmo as

⁷³² MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 166. Refere a autora que o “principal problema [...] es que no existen criterios claros de distinción entre el Derecho penal que es competencia de la Federación (*criminal offences*) y el Derecho administrativo sancionador adoptado con la finalidad de hacer ejecutar las leyes provinciales cuya competencia ostentan tanto el Parlamento Federal como las provincias (*regulatory offences*)”, razão pela qual o Tribunal Constitucional procurou definir a competência penal em relação ao seu objecto próprio (aquilo que denominaríamos os crimes *mala in se*, deixando as infracções de normas regulatórias para a competência partilhada entre ambos os níveis de governo) – *ibid.*, pág. 167 e 168. A harmonização em relação à aplicação do Direito é ainda assegurada por sentenças (federais) vinculativas para todas as províncias, e não apenas para aquela que deu origem ao caso.

⁷³³ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 171. Sobre o federalismo americano, também SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism...*, pág. 22 ss.

⁷³⁴ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 172 – nesta questão é interessante a análise jurisprudencial efectuada, que demonstra que a tendência federal, após uma inicial cautela na utilização destes poderes implícitos, foi a de ampliar cada vez mais a esfera de actuação penal do Governo central.

⁷³⁵ É interessante notar neste caso, dadas as óbvias semelhanças com o sistema da UE, que o Estado Federal não pode obrigar os membros da federação a legislar (*non-commandering*), obrigação que os EM assumem livremente no cumprimento, por exemplo, dos deveres que resultam da adopção de Directivas – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 180.

⁷³⁶ V. nesta questão a potencial sobreposição na aplicação de normas penais estatais e federais e a possibilidade de cumulação das duas sanções a um mesmo facto, em reconhecimento dos dois níveis distintos de poder (soberania dualista) – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 181. Na Europa a situação é um pouco diferente, uma vez que o princípio *ne bis in idem* se encontra já bastante desenvolvido na UE – *ibid.*, pág. 193. Sobre o dualismo federal na Europa, SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism...*, pág. 157 ss.

tentativas de harmonização não foram bem-sucedidas, dada a resistência dos diversos membros da Federação a conceder essa sua parte da soberania⁷³⁷.

Por fim, exemplos do terceiro modelo identificado são a Suíça e Argentina – na *Suíça* o Estado Federal é responsável pelo Direito Penal substantivo, enquanto a sua dimensão processual se encontrava a cargo dos vários membros federados, existindo também aqui um princípio do primado do Direito Federal⁷³⁸; a cooperação é igualmente muito mais estreita, apesar de problemática para os direitos dos arguidos⁷³⁹.

Na *Argentina* existe similarmente um Direito Penal substantivo unificado, mas a aplicação do mesmo por tribunais federais ou das entidades federadas (segundo os seus procedimentos próprios) resulta das regras de atribuição de jurisdição a cada uma das esferas⁷⁴⁰.

2.2.1 Divergências e semelhanças

Para além destes modelos de organização e distribuição de competências, existem ainda, em geral, certas características que são normalmente atribuídas às federações e onde também se podem estabelecer paralelismos ou *divergências* com a UE. Começemos pela circunstância de normalmente as Federações serem estabelecidas através de uma Constituição, e não por Tratado (essa seria uma característica das Confederações⁷⁴¹), perdendo por isso os seus membros a qualidade de Estado a nível internacional – o Estado seria apenas o Federal. Na realidade, no entanto, esta estrita separação entre a origem convencional e constitucional de um Estado foi sendo desenvolvida apenas pelos juristas a partir do final do séc. XIX, sendo que antes não existia uma linha nítida entre ambos os planos nem uma suposta incompatibilidade entre eles⁷⁴²; de resto, existia apenas o princípio estabelecido em Vestefália de que os Estados são soberanos e iguais, daí que posteriormente não se tenha dividido qualquer possibilidade de os Estados fundarem uma nova entidade com poderes soberanos e permanecerem ainda assim com a sua esfera de soberania própria⁷⁴³.

⁷³⁷ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 183 – também aqui a motivação foi a diversa identidade cultural e necessidades locais.

⁷³⁸ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 184; com a adopção da Constituição de 2000, no entanto, foi outorgado ao Parlamento Federal a possibilidade de unificar os processos penais.

⁷³⁹ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 185/186.

⁷⁴⁰ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 187.

⁷⁴¹ Releva ainda notar que os exemplos históricos de confederações acabaram por se transformar em federações (EUA, Suíça, Países Baixos) – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 18.

⁷⁴² Mesmo nos Estados Unidos estas duas concepções estiveram presentes no início da sua formação, havendo Estados que viam a Constituição como a norma que fundava uma nova entidade política e outros que determinadamente a viam como um acordo entre Estados soberanos; o Supremo Tribunal pendia naturalmente para a primeira concepção, formulando um princípio de supremacia da Constituição sobre os Direitos dos diversos Estados, não devendo esta ser vista apenas como um acordo entre os mesmos – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 19. Sobre o desenvolvimento do federalismo nos EUA, SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism...*, pág. 75 ss.

⁷⁴³ Como veremos, esta distinção insuperável veio a ser contestada pela realidade da UE, onde existem poderes soberanos em ambas as esferas de poder (tanto nos EM como na entidade central).

O facto de os EM na UE poderem manter a sua forma de governo nacional, e não se encontrarem limitados a não ser pela obrigatoriedade de serem uma democracia (arts. 2º e 4º TUE)⁷⁴⁴ – princípio da autonomia institucional – também constitui uma característica que normalmente difere daquela presente nas federações – p. ex. nos EUA exige-se a forma de governo republicano aos Estados federados; já na Alemanha exige-se o cumprimento dos princípios do Estado de Direito republicano, democrático e social, e a eleição dos representantes por sufrágio universal, directo, livre, igual e secreto⁷⁴⁵.

As maiores divergências surgem nos tradicionais elementos que se têm em conta quando se pensa numa federação⁷⁴⁶: a União não é um Estado, não tem (pelo menos segundo entendimentos mais rígidos) um povo, um território próprio, ou forma de garantir directamente a aplicação das suas normas – de facto essa é uma área onde permanecem, como únicos responsáveis, os EM⁷⁴⁷; não tem um exército ou forças policiais próprias; e não existe nenhuma área onde o poder central detenha a totalidade das funções legislativa, administrativa e judicial⁷⁴⁸ (como acontece normalmente nas Federações em relação à parte das normas federais). Os EM continuam a deter ainda uma considerável parte do poder em relação às instituições da UE (os governos dos EM integram o Conselho, nomeiam vários

⁷⁴⁴ O mesmo já não se pode dizer em relação aos sistemas económicos dos EM, domínio em que, devido à integração económica já alcançada, não seria possível divisar diferenças substanciais sem que as mesmas colocassem em causa a concorrência e o mercado interno – Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 40.

⁷⁴⁵ Art. 28º (1) GG: “Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist”.

⁷⁴⁶ Com PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation in Federal Systems: Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects”, in PERNICE, Ingolf (ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pág. 17.

⁷⁴⁷ Não só a aplicação, mas também a própria eficácia de alguns actos da União (os que carecem de implementação legislativa nacional) depende dos EM – MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 278.

⁷⁴⁸ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 19. Pernice argumenta que esse facto não é impeditivo da comparação da UE com um sistema federal, já que demonstraria apenas que o federalismo existente na Europa é mais cooperativo, e não propriamente à imagem daquele existente noutras Federações, nomeadamente nos EUA. Na UE existe na verdade uma certa incoerência penal: por um lado, existem opções que demonstram um maior federalismo do que o existente, p. ex., nos EUA – referimo-nos aqui ao Mandado de Detenção Europeu (MDE), com o seu muito conhecido regime que contempla poucas causas de recusa de execução (algo não disponível entre os juízes dos EUA) –; por outro lado, não existe uma lei verdadeiramente federal para responder a problemas próprios da União, cujo caso paradigmático será a fraude ao seu orçamento ou a corrupção dos seus funcionários – Díez, Carlos, “Models for a System...”, pág. 385 ss. Este autor conclui por isso, em relação à unificação e / ou harmonização do Direito Penal na UE, que existem ambas as necessidades, uma vez que as duas técnicas legislativas correspondem a necessidades distintas (sendo que também os órgãos de administração da justiça em ambos os casos deveriam ser distintos). Referindo também a questão de nos EUA se cooperar ainda através da extradição e de o Estado Federal não ter competência para harmonizar o Direito Penal dos diversos Estados federados, MARTÍN, Adán, “An approach to current problems in european criminal law”, in ZAPATERO, Luis and NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *European Criminal Law: an overview*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pág. 47; sobre o método de integração diferenciado que se pode observar na UE (em relação aos tradicionais Estados Federais) v. a análise de GENSCHER, Philipp and JACHTENFUCHS, Markus, “More integration, less federation: the European integration of core state powers”, in *Journal of European Public Policy*, Vol. 23, No. 1, 2016.

membros de outros órgãos da União, e os parlamentos nacionais fiscalizam a acção comunitária, p. ex., através do princípio da proporcionalidade), existindo também um fenómeno de “geometria variável” dentro da UE, devido aos vários mecanismos previstos para cooperação reforçada e regimes de *opt out* e *opt in* (principalmente em áreas consideradas sensíveis como o DP)⁷⁴⁹.

Em relação às *semelhanças*, vimos já como também algumas Federações têm uma competência limitada (tal como acontece na UE por força do princípio de atribuição de competências – art. 5º TUE, e também 4º, nº 1 TUE e 2º TFUE), assim como competências implícitas necessárias para que possam realizar os objectivos que lhes são atribuídos⁷⁵⁰ – cláusulas de flexibilidade que também existem na União (arts. 114º e 352º TFUE). Também a modificação do esquema de atribuição de competências só poderá efectuar-se através de uma alteração formal da Constituição (ou dos Tratados⁷⁵¹). Mesmo a resistência dos EM e a necessidade ou pretensão de controlar os poderes da União é em tudo similar ao que acontece no exemplo federal, onde se elaborou (nos EUA) a doutrina da *interposição e nulificação*: a primeira diz respeito à possibilidade de cada um dos membros da Federação verificar os actos da mesma em relação aos direitos e liberdades que continuam a pertencer aos Estados-parte (verificação do respeito da base contratual em que se funda a Federação); a segunda consiste basicamente na atribuição de um direito de veto a cada Estado⁷⁵² – a diferença, em relação à União, reside pois na elaboração desta doutrina no seio dos Tribunais Constitucionais dos EM (a verificação da validade dos actos comunitários em relação à Constituição de cada um dos EM), e não no campo político.

O princípio fundamental de partilha de competências também é similar: existem certas matérias ou objectivos⁷⁵³ consignados à entidade central, que fica responsável por os promover

⁷⁴⁹ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 518 / 519.

⁷⁵⁰ Já em 1819 o Supremo Tribunal nos EUA afirmou – muito à semelhança, aliás, do que foi feito pelo TJ no âmbito dos conhecidos Ac. sobre poluição ambiental e por navios, antes da existência de uma competência penal explícita da União – que o Governo Federal tinha poderes implícitos derivados da Constituição desde que estes fossem considerados necessários para a prossecução dos objectivos explicitamente atribuídos à Federação – v. o pioneiro caso *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819).

⁷⁵¹ No caso da UE a maior diferença neste caso será o facto de os Tratados só poderem ser revistos por unanimidade, e não por uma qualquer regra de maioria – art. 48º TUE. Estes aspectos – atribuição explícita de competências e sua alteração apenas por unanimidade – leva os EM a afirmar que a UE não poderia ser uma Federação porque não detém a denominada *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, a competência para definir as suas próprias competências; concordamos, no entanto, com DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 27, quando afirma que isso não deriva de algum “atributo intrínseco da sua condição estatal [...] mas, simplesmente, porque os Tratados constitutivos optaram pela regra de revisão por unanimidade” (tradução livre). Por outro lado, a interpretação expansiva dos Tratados levada a cabo pelo TJ ao longo da sua existência levou alguns autores a considerar que existiria de facto uma *Kompetenz-Kompetenz* judicial – *ibid*, pág. 27 a 29.

⁷⁵² DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 34 / 35. A doutrina da interposição foi ainda utilizada como argumento na causa secessionista americana pelo primeiro Estado a separar-se dessa união, a Carolina do Sul.

⁷⁵³ Ao contrário do que acontece, p. ex., na Alemanha, a partilha de competências na UE não é feita por matérias, mas sim por objectivos, dando origem a uma competência dinâmica (e não estática) para que se possam atingir esses objectivos, potenciando uma influência do DUE em qualquer área do ordenamento legislativo dos EM; mesmo o Direito Penal foi sendo paulatinamente requerido pela União para que os objectivos que lhe foram atribuídos pudessem ser alcançados – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, München, C. H. Beck, 2012, pág. 54 e 61 / 62.

ou atingir, e o restante permanece nos EM, dando por isso origem a vários centros de poder cuja autoridade se encontra constitucionalmente garantida⁷⁵⁴; isso leva a que exista ainda um “poder legislativo de tipo bicameral”⁷⁵⁵, representando um dos órgãos os cidadãos da UE (Parlamento) e o outro os governos dos EM (Conselho). Algumas normas de DUE são directamente aplicáveis aos cidadãos europeus (aquelas dos Tratados e Regulamentos), e gozam em geral de efeito directo e primado sobre a legislação dos EM, quando em conflito⁷⁵⁶.

Em relação à harmonização da legislação, já tivemos oportunidade de referir que não existe uma regra uniforme nos modelos federais, dependendo a divisão de competências e o modo do seu exercício das escolhas efectuadas no acto constitutivo e alterações subsequentes⁷⁵⁷; na UE a harmonização refere-se ao necessário para que se possam atingir os objectivos da União, não constituindo um fim em si mesmo (v. p. ex. o nº 2 do art. 82º). Mas existem já alguns níveis de “federalização” legislativa⁷⁵⁸ em relação a determinadas áreas que se encontram já tão europeizadas (como a política comercial comum, agricultura, etc.) que a legislação existente em pouco difere daquela encontrada em sistemas federais; por outro lado, nestes sistemas a harmonização dirige-se ainda às próprias constituições dos Estados federados, algo que não se verifica na UE – mas existem também aqui certos elementos próprios de um Estado Federal, nomeadamente a contemplação de um catálogo de direitos fundamentais, assim como princípios fundamentais da União⁷⁵⁹. A criação de um mercado interno comum, motor inicial da UE, levou também a uma integração por vezes até maior do que a existente

⁷⁵⁴ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 14.

⁷⁵⁵ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 521.

⁷⁵⁶ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 17. Esta dimensão será explorada com maior detalhe posteriormente.

⁷⁵⁷ Há quem questione, por este motivo, a natureza federal dos EUA, não porque (como na UE) a entidade central não tenha poderes suficientes sobre os seus cidadãos, mas precisamente pelo contrário, ou seja, porque podem já não restar aos Estados parte da Federação competências suficientes ou salvaguardas em relação ao poder predatório central para se poder afirmar que continua a ser, em substância, um sistema federal – BRIFFAULT, Richard, “Paradoxes of Federalism: Ingolf Pernice’s ‘Harmonization of Legislation in Federal Systems: Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects’ – Comments”, in PERNICE, Ingolf (Ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pág. 47.

⁷⁵⁸ Como se opta por denominar a matéria legislativa emanada da autoridade central, que pouca ou nenhuma liberdade deixa aos EM – com maior detalhe, BERMAN, George, “Harmonization and Regulatory Federalism”, in PERNICE, Ingolf (Ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pág. 38 ss.

⁷⁵⁹ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 11. O autor também refere o sistema de bancos centrais na UE (no âmbito da política monetária comum) como aspecto central do federalismo, demonstrando a sua natureza federal através das garantias da sua independência, quer de pressões provindas do lado dos EM quanto da UE – *ibid.*, pág. 17.

em alguns Estados federados⁷⁶⁰, enquanto o Tratado de Lisboa contribuiu também para uma maior federalização da União⁷⁶¹.

Todos estes pontos de intercepção levam a que, para alguns autores, a União deva ser definida como uma *Federação de Estados*⁷⁶², conclusão a que se chega através de uma comparação entre a formação dos EUA e a realidade existente na UE, especialmente com o seu inicial carácter misto (Constituição nem verdadeiramente internacional nem nacional) e que acabou por ser identificada com o princípio do federalismo⁷⁶³. Quanto à soberania, também esta se encontrava dividida entre dois níveis de governo: “[a] soberania – enquanto residia ultimamente em algum lugar – era assim vista como delegada e dividida [...]. Cada Estado havia cedido parte da sua soberania, enquanto o governo nacional permanecia ‘incompleto’. [...] O federalismo implicava *duplo* governo, *dupla* soberania e também *dupla* cidadania”⁷⁶⁴. Esta visão seria de difícil acolhimento no continente europeu, onde as teorias constitucionais se focam exclusivamente na existência de um Estado⁷⁶⁵: a UE não poderia ser uma federação porque não é um Estado, e porque a soberania reside em última análise nos diversos EM, que retêm o poder de unilateralmente alterar a sua constituição e definir as suas competências⁷⁶⁶. Esta separação categórica entre a dimensão internacional e estatal foi criticada⁷⁶⁷, e a natureza verdadeiramente federal da União poderia ser afirmada porque a questão da soberania se encontra “suspensa”, “em equilíbrio” entre a união de Estados e os próprios Estados⁷⁶⁸ – uma

⁷⁶⁰ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 520.

⁷⁶¹ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 522 e 523 – o autor faz referência a diversos aspectos, entre os quais o processo legislativo actual e generalização da decisão por maioria, as novidades em relação à política e representação externas da União.

⁷⁶² SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 45; v. também SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism...*, pág. 69 ss – perspetiva que iremos no essencial seguir. Outras expressões também utilizadas para a descrever são “associação federal” ou “federação incompleta” – MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 279; optando por “Federação (política)”, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado : o caso português*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pág. 449, continuação da nota 1107, *in fine*.

⁷⁶³ SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 48.

⁷⁶⁴ SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 49 (tradução livre, sublinhados do autor).

⁷⁶⁵ Como veremos de seguida na análise da dimensão constitucional da UE.

⁷⁶⁶ SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 52: “[...] since the power to unilaterally amend the constitution was unlimited, the Federal State was said to enjoy the magical power of ‘competence-competence’ with which it could legally transform itself into a unitary State”. Hoje em dia estas afirmações não são sequer válidas para os Estados-Membros (os quais continuam a ser considerados Estados de pleno direito): em relação ao facto de poderem unilateralmente alterar a sua constituição, apesar de ser maioritariamente verdade, existem nos EM limitações derivadas da sua pertença à UE, não podendo por isso, p. ex., decidir estabelecer um governo totalitário (ou qualquer outra forma de governo que não a democracia); por outro lado, existem competências que se encontram entregues à UE de forma exclusiva (ou, mesmo sendo partilhadas, encontram-se já no domínio da União por efeito da preempção), pelo que também o poder de unilateralmente determinarem as suas competências se encontra hoje bastante limitado – sobretudo tendo em conta que a alocação de competências, conforme já mencionado, só poderá ser alterada através da revisão dos Tratados, o que de momento impõe a regra da unanimidade.

⁷⁶⁷ V. as críticas efectuadas por Kelsen e Carl Schmitt em SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 53 ss.

⁷⁶⁸ “The question of sovereignty may be posed, but it must never be answered. Only constitutional silence over the locus of sovereignty would *perpetuate* the federal equilibrium. Where the sovereignty question is – definitely – answered in favour of

leitura da União do ponto de vista do federalismo permite, portanto, que se considere a UE uma *verdadeira* federação⁷⁶⁹.

Parece ser possível afirmar, à luz destes argumentos, que existe um “sistema federal” na União Europeia: um sistema que “pode ser definido como uma organização, baseada [nos princípios de administração autónoma e administração partilhada], de autoridade pública, entre dois níveis de poder com o propósito de assegurar, por um lado, que finalidades comuns são atingidas por uma entidade (federal) comum, enquanto, por outro lado, as partes individuais mantêm autonomia nas áreas não cobertas pela acção comum”⁷⁷⁰. Por este motivo, não se pode afirmar, contrariamente, que existe apenas um modelo válido de federalismo, uma vez que a cooperação e divisão de competências se faz de acordo com a vontade dos Estados que dão origem à entidade federal; insistir na inexistência ou impossibilidade federal na UE “[t]rata-se de uma incoerência porque as Federações assentam precisamente num *compromisso constitucional de cooperação* e no reconhecimento da *igualdade dos entes federados*”⁷⁷¹.

Para o que aqui nos interessa, na verdade, a admissão da natureza da União enquanto sistema verdadeiramente federal acaba por ser lateral, (apenas) na medida em que, em relação ao Direito em geral e ao Direito Penal em particular, resulta inegável que os desafios que se lhe colocam são os mesmos com os quais os Estados federais se debatem⁷⁷² – e por esse motivo será necessário de seguida responder à questão de saber *se* a União possui de facto uma Constituição, *como* se articula o constitucionalismo no contexto europeu, e *que* limites coloca (ou deveria colocar) na prática ao Direito Penal da UE.

the Union, only it has political existence. The ‘Union’ is transformed into a sovereign State, *whose legal structure may be federal but whose substance is not*. Conversely, where the sovereignty question is – definitely – answered in favour of the Member States, the political existence of the federation disappears and the Union dissolves into an international league. *The normative ambivalence surrounding the location of sovereignty, by contrast, lay at the core of all – real – federations*” – SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 55 (sublinhados acrescentados).

⁷⁶⁹ Para um estudo mais pormenorizado da dimensão fundacional (Tratado-Constituição), institucional (principalmente Parlamento Europeu) e funcional (divisão de poderes) da UE, v. SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 56 ss, e SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism...*, pág. 129 ss.

⁷⁷⁰ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 14 (tradução livre). O autor refere, em conclusão, que nem todos os sistemas federais são necessariamente Estados: “To sum up, a ‘federal system’ is *any legal entity* comprised of states for the purpose of pursuing certain common ends and which has been given, to this effect, the power to exercise limited but direct jurisdiction over their citizens, but where for all other fields of public action the individual states maintain their full autonomy. This definition, therefore, *included federal states*, but does not necessarily mean that only states can be a federal system” – *ibid.*, pág. 15 (sublinhados acrescentados).

⁷⁷¹ SILVEIRA, Alessandra, “Notas sobre o constitucionalismo europeu”, in OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.), *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 16 (sublinhados da autora). Perderia assim importância o argumento do art. 50º TUE impedir que se considerasse a UE como uma Federação, já que nesta última não existiria nunca o direito de secessão unilateral de um Estado.

⁷⁷² BACIGALUPO, Enrique, “Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts”, in PAWLIK, Michael und ZACZYK, Rainer (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2007, pág. 2.

3. A dimensão constitucional da União Europeia

A estreita ligação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional não poderá ser obviada em relação às normas com conteúdo penal emanadas pela UE, por várias ordens de motivos. Desde logo, mesmo legislando (por ora) apenas através de Directivas, poder-se-ia concluir que a afirmação de uma dimensão constitucional no plano europeu não seria de especial relevo, uma vez que o que teria que se conformar com os padrões constitucionais (de cada EM) seria a lei nacional de transposição – isso não é suficiente, uma vez que a própria Directiva deve encontrar-se conforme a parâmetros constitucionais e também, porque estabelece obrigações que os EM devem respeitar, não devem, em si, ser emanadas sem qualquer referência valorativa superior. Por outro lado, se as disposições penais da UE devem ter por referência parâmetros constitucionais, estes não podem ser os de um EM, ou sequer de uma maioria de EM, mas sim os seus próprios, enquanto comunidade de Direito com poderes legislativos consideráveis na área penal. Ainda que esses seus poderes legislativos não igualem os de um Estado-Membro, uma vez que se encontra limitada pelo princípio de atribuição de competências, a União assumiu – numa primeira fase de forma praticamente implícita, e agora explícita, com o reconhecimento do valor legal da Carta de Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) e a sua adesão (prospectiva) à CEDH – uma dimensão protectora de direitos fundamentais, e por isso também (ou sobretudo) as disposições penais que emana, mesmo não sendo directamente aplicáveis aos cidadãos, devem encontrar-se conforme a esses direitos, não os restringindo mais do que o estritamente necessário em relação à infracção cometida.

Por fim, a intervenção penal de uma qualquer entidade interfere não só com os direitos fundamentais dos indivíduos, mas também com a dimensão valorativa que através daquelas normas se pretende afirmar – isto é, os valores que se desejam defender num determinado território, por um determinado povo, válidos devido às suas concepções culturais e sociais. A UE não deve ser excepção (não existem motivos para ser), o que significa que a sua política criminal deve espelhar as suas escolhas valorativas, e essas escolhas devem encontrar-se em sintonia com as opções fundamentais reflectidas na ordem constitucional existente.

Por todas estas razões, será necessário reflectir sobre a dimensão constitucional da União Europeia, uma vez que as conclusões daí retiradas influenciarão o exercício da sua competência penal (e a relação desta com a dimensão constitucional dos EM).

3.1 Constitucionalismo e forma de Estado

A identificação, na Europa, do fenómeno do constitucionalismo com a existência de um Estado – e não sendo a UE um Estado – levou a uma série de negações⁷⁷³ que tornariam impossível o reconhecimento de uma sua dimensão constitucional: a União não teria nenhum *povo*, nenhuma *Constituição*, e logo nenhum *constitucionalismo* próprio; faltar-lhe-ia ainda

⁷⁷³ SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 68.

um *território* onde aplicar essa identidade constitucional, para além de um *aparelho judicial* capaz de a defender⁷⁷⁴.

Do ponto de vista constitucional, no entanto, a existência de uma Constituição é independente da existência de um Estado⁷⁷⁵, existindo ainda quem defenda o constitucionalismo europeu, mas discorde profundamente da perspectiva de a UE vir algum dia a tornar-se num único Estado federal⁷⁷⁶.

Apesar disso, impõe-se uma análise destes elementos, para determinar afinal da sua existência e dimensão europeia.

3.1.1 Território europeu

Um elemento óbvio do constitucionalismo será o território: o espaço no qual aplicar os princípios fundamentais vertidos na Constituição. Ora, como a UE não é um Estado, não teria igualmente território próprio, e logo, nenhum espaço onde aplicar a sua hipotética identidade constitucional. Como já antes se referiu, no entanto, o Direito Constitucional deve transcender a mundivisão estática e fechada do Estado, e regular agora (também) o poder político que surge no âmbito de uma união de Estados, superando o dogma da sua vinculação a um território homogéneo⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Note-se que a análise de cada um destes elementos será feita de um ponto de vista tendencialmente penal (ou seja, na sua relação com o DPE e problemas próprios suscitados), mais do que exclusivamente constitucional.

⁷⁷⁵ O referente organizacional da Constituição pode ser encontrado no art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no qual se pode ler que “Toda a *sociedade* em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” – é, portanto, um corpo social que necessita de uma Constituição; a identificação da Constituição com o Estado só foi estabelecida a partir do século XIX – CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 88 / 89.

⁷⁷⁶ “Should the European Union become a State, following a course like that taken by the America in the 18th Century, forming itself into a nation? Those who hope that such a rigid association will be the result of the ongoing development of such an exceptionally successful supranational organization like the EU, those who promote the constitutional spirit because they intend it to lead to the foundation of a European state, actually do the whole project a disservice; they will reap distrust and probably discredit constitutionalism. In the beginning, constitutions were, and should continue today to be, at once the pragmatic and solemn recognition of civil rights, the confirmation of political compromise, and the rational organization of public power. In this light, and when viewed across history, there is no rigid, necessary association between the constitution as a concept and the state as a concept. Today, every sovereign state should be a constitutional state. But an organization that presides over states, consisting of constitutional states, need not be a state in order to have a constitution” – nas palavras de DI FABIO, Udo, “A European Constitutional Treaty: The Blueprint for the European Union”, *in* German Law Journal, Vol. 2, no. 14, 2001, em relação à possível adopção de uma Constituição para a UE, inicialmente proferidas em forma de discurso no Banco Central Europeu. A utilização do termo “Constituição” é, por outro lado, vista também pelo seu simbolismo, o que leva alguns autores a rejeitar essa nomenclatura: “When still-young democratic constitutional states in Central and Eastern Europe have just recently joined the European Union, the Union should not suggest wanting to impose a legal system on those states which would repress their young constitutions by using the term ‘European constitution’ – KIRCHHOF, Paul, “The European Union of States”, pág. 743.

⁷⁷⁷ SILVEIRA, Alessandra, “Notas sobre o constitucionalismo europeu”, pág. 12. No mesmo sentido, Consejo General del Poder Judicial, *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*, Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2010, pág. 662: “El espacio europeo necesita razonablemente de una superación del principio de *territorialidad*. [...] esa ideología será cada vez más difícil de compatibilizar con la *desaparición de las fronteras* unida a la *libertad de circulación* de personas y mercancías” (sublinhados do autor).

Em relação à União, uma distinção deve ser feita em relação ao território de aplicação do Direito: numa acepção mais imediata, o território da UE deve ser identificado *por remissão* para o território dos diversos EM (art. 52º TUE e 349º e 355º TFUE), o que significa que a ordem normativa da UE se aplicará em princípio nos territórios que integrem os EM⁷⁷⁸, e depende por isso do que *em cada momento* constitui o território de cada um dos Estados da União⁷⁷⁹, sem que a UE possa interferir na questão da aquisição ou perda desse território⁷⁸⁰. No entanto, devido às especificidades da UE, o território físico nem sempre poderá ser identificado com o território de aplicação de todo o Direito da União: em relação ao DP, o espaço de aplicação penal resulta da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, da harmonização de tipos penais, da cooperação judicial e policial, mas sobretudo, resulta do intrincado panorama de *opt-outs* (e *opt-ins*) possibilitados pelos Tratados⁷⁸¹.

Quanto ao território da União, portanto, não é tanto a questão de *não o possuir* que se coloca, mas antes *a que território* nos referimos: existe sem dúvida um referente físico (território *geográfico*) – o mais amplo –, que difere do território enquanto espaço *judicial* – espaço de aplicação do DUE em geral –, que difere ainda do território para efeitos de aplicação das disposições penais (território *penal*) – sendo este último o que mais varia, de acordo com as disposições normativas em causa.

Esclarecida a questão do território da UE para efeitos do seu constitucionalismo (que em princípio deverá vigorar em todo o território judicial, mas contendo princípios que, dado o seu conteúdo específico, só poderão surtir efeito no território penal⁷⁸²), voltemo-nos para a segunda questão: a (in)existência de um povo europeu.

⁷⁷⁸ O art. 355º especifica as exceções que conhece este princípio geral, por um lado porque existem EM com territórios (geograficamente) fora da Europa, e porque existem EM com partes do território submetidas a regimes constitucionais especiais – Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 45.

⁷⁷⁹ Isto porque, enquanto Estados e sujeitos de Direito Internacional, podem ver o seu território sujeito a alguma alteração, que da mesma forma se repercutirá no território de aplicação do Direito da UE.

⁷⁸⁰ Alguns exemplos são mencionados por Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 45 / 46 – o caso da reunificação da Alemanha em 1990, que determinou a inclusão da Alemanha de Leste no território da UE; ou ainda o caso da Gronelândia, que decidiu retirar-se da UE mas continua a pertencer ao território dinamarquês.

⁷⁸¹ Referimo-nos aqui não só aos Protocolos anexos ao Tratado de Lisboa relativos à posição do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca no que concerne às medidas adoptadas no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça, mas também à cooperação reforçada que pode tomar lugar por força do disposto nos arts. 82º, 83º e 86º TFUE, originando ainda mais disparidades, dependendo das normas em causa, dentro do território físico da UE. Comentando a mesma situação legal ainda antes do Reino Unido ter decidido retirar-se de todas as medidas adoptadas no âmbito do Terceiro Pilar e posteriormente da UE, MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pág. 52 ss; especificamente sobre o exercício do direito de *opt-out* por parte do Reino Unido, v. ainda o artigo de BAKER, Estella, “The United Kingdom and its Protocol 36 Opt-Out: Is Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters within the EU Losing Momentum?”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 21, Issue 3-4, 2013.

⁷⁸² Um exemplo bastante simples poderá ser dado pelo princípio *ne bis in idem*: um EM ou parte do território de um EM que não se encontre vinculado por nenhuma disposição penal da UE não deverá ser abrangido pelo conteúdo europeu concedido a este princípio – seria p. ex. a situação do Reino Unido; outro exemplo poderia ser ainda o princípio da interpretação conforme, na sua vertente penal, quando o EM em questão não se encontrasse vinculado por disposições penais.

3.1.2 Povo europeu

Com a alteração das correntes de pensamento constitucional ocorrida no século XIX passou também a ser considerado que um conjunto de indivíduos (um povo) não poderia simultaneamente fazer parte de mais do que um corpo político: o povo seria exclusivo de um Estado⁷⁸³, e o Estado teria na sua base um só *demos* unitário⁷⁸⁴, pelo que também por este motivo não se poderia cogitar a existência de um povo europeu, já que os distintos povos dos EM continuam a existir⁷⁸⁵. Em relação ao Direito Penal, é particularmente importante saber *a quem* se aplicam as normas, para que os indivíduos as possam interiorizar e aceitar como reflectindo os valores da sociedade em que se integram, e assim cumprir a sua finalidade de conformação do comportamento individual para alcance do seu objectivo último (definido pela função a que se atribui ao DP) – as normas penais devem por isso também *legitimamente* aplicar-se a um certo conjunto de indivíduos, para além das regras legais (como todas aquelas respeitantes à questão da jurisdição) que conformam o seu campo de aplicação.

Neste sentido, será correcto afirmar que a lei deverá aplicar-se a quem pretende vincular enquanto cidadãos⁷⁸⁶, entendidos enquanto indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade ou comunidade política⁷⁸⁷. Na UE, o reconhecimento explícito da cidadania europeia impede que se considere verdadeiramente que não existe uma comunidade de Direito, uma base valorativa com a qual os cidadãos se encontram em sintonia, permitindo por isso afirmar que existe um *povo europeu* enquanto *povo político*: “grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política [afastando], assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura

⁷⁸³ SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 68 / 69.

⁷⁸⁴ O que não se coaduna, p. ex., com a realidade de alguns Estados (também europeus), que possuem vários *demos*: é o caso do Reino Unido (constituído pelos vários *demos* inglês, escocês, gaulês, e parte do irlandês) ou Bélgica – MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 531.

⁷⁸⁵ Diferentemente, WEILER, J. H. H. “Federalism Without Constitutionalism: Europe’s *Sonderweg*”, in NICOLAIDIS, Kalypso and HOWSE, Robert (Eds.), *The federal vision: Legitimacy and levels of governance in the US and the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2001, afirma que o *demos* que cria a Constituição é simultaneamente criado por esta, pelo que se acaba por pressupor a existência do que se cria; v. também HILDEBRANDT, Mireille, “European criminal law and European identity”, in *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 1, 2007. Neste sentido, poderíamos inferir que, admitindo-se a existência de uma Constituição na UE, poder-se-ia igualmente pressupor a sua criação e aceitação por um *demos* europeu.

⁷⁸⁶ DUFF, R. A., “Towards a Theory of Criminal Law?”, in *Aristotelian Society Supplementary Volume*, Vol. 84, Issue 1, June 2010, pág. 5.

⁷⁸⁷ A cidadania assim entendida permite incluir o indivíduo em tantas comunidades legais quantas as que se considerarem existentes. Hoje em dia isso significa admitir um conceito de cidadania que varia em amplitude, assim como nos direitos e deveres que integra (visualmente, poderia ser utilizada a analogia de vários círculos concêntricos): para um cidadão europeu, existiria desde logo uma cidadania *global*, fruto da comunidade global que vai surgindo (pense-se na criação do TCI); uma cidadania *europeia lato sensu* resultante do espaço criado pelo Conselho da Europa; uma cidadania *europeia stricto sensu* circunscrita aos cidadãos da UE (esta existente já legalmente, art. 20º TFUE), e por fim uma cidadania *nacional*, definida de acordo com as regras de cada EM; quanto mais amplo o círculo, menos direitos e deveres derivam da pertença a essa comunidade, daí que se continue a defender a aplicação do princípio da subsidiariedade no exercício das competências da UE – art. 5º TUE.

comum⁷⁸⁸. O poder constituinte atribuído ao povo deve ser portanto referido ao “complexo de forças políticas plurais [...] capazes de definir, propor e defender ideias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à constituição jurídico-formal⁷⁸⁹. A (in)existência⁷⁹⁰ de um *demos* europeu não deverá constituir por isso um obstáculo à legitimidade da UE (em termos constitucionais ou penais⁷⁹¹).

Questão distinta, mas relacionada, é aquela do surgimento de um espaço público europeu, e da existência de uma comunidade de valores partilhados que fundamente a afirmação de uma dimensão constitucional europeia⁷⁹² e legitime a assunção de funções penais por parte da UE. O conceito de “espaço público europeu” pode ser entendido de um modo *unitário* e algo mais utópico, pretendendo significar a existência de um único espaço público europeu de discussão e comunicação entre os representantes decisores e o público; ou pode ser entendido de forma mais *fragmentada*, significando neste caso a europeização dos vários espaços públicos nacionais, que passam a incluir crescentemente questões de interesse europeu, avaliadas do ponto de vista também europeu, para além de meramente nacional⁷⁹³.

⁷⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 75.

⁷⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 75, em referência à plurisubjectividade do poder constituinte. A inexistência de um poder constituinte europeu também é contrariada pelos objectivos que se pretendiam alcançar com a atribuição daquele ao povo, os quais se podem identificar com a constituição e subordinação dos poderes do Estado; nesse sentido, “a ‘constituição pactuada’ da UE desempenha perfeitamente esse papel, visto que, primeiro, os Tratados são exteriores às instituições da União e indisponíveis por eles e, segundo, porque, uma vez que os Tratados só podem ser modificados por unanimidade, eles gozam de uma rigidez superlativa, superior à da generalidade das constituições nacionais” – MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 532, nota 22. Esse aspecto leva mesmo alguns autores a lamentar a rigidez que se manteve com o Tratado de Lisboa, e a inadaptabilidade dos Tratados que a mesma pode significar – WITTE, Bruno de, “International Law as a Tool for the European Union”, *in European Constitutional Law Review*, Vol. 5, 2009, pág. 271.

⁷⁹⁰ Existem vários autores que continuam a questionar a existência de um *demos* europeu – p. ex. Turner (v. em HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional Limits in European Criminal Law”, *in New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014, pág. 272); v. MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 531.

⁷⁹¹ A adopção do processo legislativo ordinário (maioria qualificada) para a legislação penal europeia (art. 83, nº 1 TFUE), para além dos imediatos efeitos em termos práticos, simboliza ainda o reconhecimento da crescente consciência e identidade europeia, que permite afastar em cada vez mais domínios a regra da unanimidade – v. a este propósito MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 530 a 533. A opinião do Tribunal Constitucional alemão é, no entanto, a oposta: afirmam que a democracia exige a existência de um povo *minimamente* homogéneo a nível cultural (o que, na nossa opinião, já existe na UE devido aos valores comuns que se pretendem defender, sobretudo após a afirmação do carácter vinculativo da CDFUE), e por esse motivo duvida que a legislação penal europeia possa cumprir com a sua função democrática de representar a vontade do povo – Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 29, e KUBICIEL, Michael, “Das »Lissabon«-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht”, *in Goltammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 157, n. 2, 2010, pág. 103.

⁷⁹² Como afirma MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 532: “No mundo globalizado de hoje, em que o poder político se distribui em várias camadas, podemos aceitar de bom grado um constitucionalismo sem nação e sem Estado; o que não pode dispensar-se é uma cidadania assumida e uma comunidade de objectivos e de valores. Nenhum desses factores falta no caso da União Europeia” – o autor identifica o espaço público europeu enquanto produto da eliminação de fronteiras de mobilidade, informação e comunicação, de programas de intercâmbio, ensino, formação ou investigação e ainda da partilha da moeda única; já a comunidade de interesses e valores foi precisamente o que originou e posteriormente impulsionou a UE, pelo que a sua existência não se considera controversa.

⁷⁹³ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 303. Dentro deste conceito, se considerado de um ponto de vista mais amplo, também se pode incluir a influência exercida pela CEDH, dada a interligação entre a ordem da UE e do Conselho da Europa (*ibid.*, pág. 304).

Já a *comunidade* (legal) refere-se à existência de laços entre os vários membros, o que implica, mais do que apenas um aglomerado de indivíduos, uma proximidade entre eles e a sua integração nessa comunidade, sendo regidos pela lei e não pela força; implica ainda alguma identidade ou espírito comuns⁷⁹⁴ – algo que é repetidamente reafirmado na UE⁷⁹⁵. No que concerne ao Direito Penal em específico, a existência de uma verdadeira comunidade europeia reveste-se de particular importância, dada a estreita relação normalmente estabelecida entre a matéria penal e os valores fundamentais de uma sociedade, colocando-se assim a questão de saber se na UE existe uma comunidade com a necessidade de fazer uso de tal instrumentário punitivo, e para defender que valores (com uma dimensão, ou intrinsecamente, europeus) – em relação à primeira, parece-nos ser implausível responder na negativa⁷⁹⁶, enquanto a resposta à segunda será dada posteriormente, no título próprio e após se tecerem todas as considerações prévias necessárias.

a) O défice democrático

Para além da importância que assume a existência ou não de um povo europeu para a dimensão constitucional da União, este conceito releva ainda para uma das questões (ainda) mais discutidas no âmbito da UE: o denominado problema do défice democrático. O

⁷⁹⁴ PETERS, Anne, “Membership in the Global Constitutional Community”, in KLABBERS, Jan; PETERS, Anne e ULFSTEIN, Geir (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 153 – referindo ainda que o estabelecimento de uma comunidade internacional é por vezes criticado, por esta ser pretensamente utilizada para ocultar a imposição de decisões por parte dos países mais fortes àqueles que a elas não se conseguem opor.

⁷⁹⁵ Veja-se no Tratado da União Europeia, apenas a título de exemplo, a referência explícita a uma “identidade europeia” no Preâmbulo (§ 11: “[...] fortalecendo assim a identidade europeia e a sua independência”), bem como as múltiplas referências aos valores europeus que se encontram na base dessa comunidade (arts. 2º, 3º, e ainda no Preâmbulo § 2 e 4).

⁷⁹⁶ Para os autores que hesitam ainda em reconhecer uma comunidade ou *demos* europeu a utilização do Direito Penal por parte da UE revela-se mais problemática, já que, ao invés de promover maior integração, acaba por degenerar inevitavelmente num Direito Penal do inimigo, através da identificação de valores “internos” que criam uma mundividência que deve ser defendida de todos os ataques externos, despoletando desta forma uma situação de “nós” *versus* “os outros” – v. a este propósito FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State: The European Model”, in *European Law Journal*, Vol. 19, No. 2, March 2013, pág. 189 e 194. O autor afirma ainda que a identificação de crimes transnacionais os transformou em “alvos a combater” ou “ameaças à integridade da sociedade”, o que por sua vez contribuiu mais para este paradigma penal e para um “sentimento de que a experiência de partilha de valores é forçada aos cidadãos a partir do topo e torna-se assim artificial” (tradução livre); também referindo a “imposição” de uma cultura jurídica comum, o artigo de HARTEN, Herman van, “Who’s Afraid of a True European Judicial Culture?”, in *Review of European Administrative Law*, Vol. 5, No. 2, 2012. Esta é uma opinião com a qual não concordamos no seu todo, dado que existem valores realmente comuns aos EM e que se pretendem defender de igual modo na UE enquanto entidade distinta daqueles, se bem que devemos reconhecer a validade do argumento em relação à identificação de alguma legislação penal problemática também criticada pela doutrina pelos mesmos motivos – vide a título de exemplo os vários artigos em GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012.

Da mesma opinião parece partilhar ainda CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law”, in *German Law Journal*, Vol. 10, no. 10, 2009, pág. 1370, quando afirma que, apesar de um “inimigo comum” ser um propulsor para a construção de uma identidade comum, isso não parece ser o caso na UE, uma vez que a reafirmação do seu compromisso para com os valores identificados nos Tratados (mormente art. 2º TUE) exclui a utilização do conceito de “inimigo”, permitindo antes uma identidade comum através da diferenciação (art. 4º TUE), e não da discriminação.

argumento utiliza as seguintes linhas de pensamento: apenas os elementos de uma comunidade que partilhe um núcleo (prévio e comum) de valores e tradições estariam em condições de democraticamente “organizar a sua vida colectiva”⁷⁹⁷; nesse sentido, se a UE não possuir um povo, uma comunidade, não constituirá uma base apropriada para o exercício da democracia, daí que só os EM poderiam ser a sede da democracia europeia; a conclusão que se segue é que existem determinadas funções nucleares estaduais que seriam insusceptíveis de transferência para a União (incluindo o Direito Penal⁷⁹⁸), constituindo desse modo um verdadeiro limite à integração europeia.

Esta argumentação é contrariada por vários factores: desde logo, historicamente as nações europeias não surgiram espontaneamente e de modo coeso, tendo sido alvo de construção por parte dos Estados mediante a implementação de diversas políticas (linguística, religiosa, etc.)⁷⁹⁹; também segundo o ponto de vista literal não é o surgimento da democracia algo natural, uma vez que pressupôs “a neutralização dos vínculos sociais preexistentes”⁸⁰⁰; de um ponto de vista puramente processual, a situação é distinta daquela que existia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa – para determinar quão distinta iremos brevemente analisar ambas, para se poder afirmar a persistência ou superação do défice democrático nessa acepção.

Em relação ao Direito Penal, é bem conhecido o arranjo institucional existente antes de Lisboa: as normas com conteúdo penal deveriam (em princípio) ficar restritas ao denominado Terceiro Pilar, o qual funcionava ainda segundo uma lógica intergovernamental, sendo as DQ adoptadas por unanimidade e necessitando de ser transpostas para o ordenamento interno dos EM por um acto legislativo nacional. Com o aumento de medidas adoptadas na esfera europeia, para além de todas as questões que posteriormente se seguiram – p. ex. todas as relativas aos efeitos do Direito da UE no DP dos ordenamentos internos, bem como a atribuição jurisdicional de competência penal (ainda que muito restrita) à Comunidade –, colocou-se a questão da legitimidade democrática dessas medidas, dado que eram adoptadas sem que interviesse qualquer representante do povo europeu⁸⁰¹ (o Parlamento Europeu – PE – tinha apenas o direito a um parecer consultivo). Mesmo que algumas opiniões imbuídas de boa vontade pró-europeísta procurassem dirimir este problema da União, a verdade é que nem a intervenção dos Parlamentos nacionais conseguiu suprir a falta de democraticidade europeia, por dois motivos principais: por um lado, como já se referiu (e como se poderá observar de

⁷⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 55.

⁷⁹⁸ V. BEYER-KATZENBERGER, Malte, “Judgment of the *Bundesverfassungsgericht*, Second Senate of 30 June 2009 on joint cases 2BvE 2/08, 2BvE 5/08, 2BvR 1010/08, 2BvR 1259/08 and 2BvR 189/09 (Lisbon Treaty)”, in ERA Forum, Vol. 10, December 2009, pág. 629 / 630. V. ainda os parágrafos relevantes do referido julgamento, § 248 a 253, limitando as transferências de competências, em princípio, apenas ao necessário para responder a situações transfronteiriças.

⁷⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 55.

⁸⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 56.

⁸⁰¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 101 ss – argumentando ainda que o défice democrático não se consegue solucionar simplesmente através da atribuição de mais poderes legislativos ao Parlamento Europeu.

forma mais pausada no capítulo referente à evolução histórica da competência penal da UE), não eram exclusivamente as normas com conteúdo penal que exerciam uma influência no DP dos Estados-Membro, o que significa que por vezes os Parlamentos nacionais não teriam sequer a oportunidade de intervir na legislação europeia, se esta assumisse a forma de um Regulamento; por outro lado, mesmo em relação às Directivas ou DQ a intervenção dos Parlamentos não era livre, estando condicionada, em maior ou menor escala, pelos limites estabelecidos pela norma europeia⁸⁰². A estes dois motivos principalmente jurídicos deve ainda ser adicionado um terceiro, de natureza mais política: o espaço de concertação europeu servia ainda como fórum de adopção de algumas medidas que só dificilmente seriam aprovadas a nível nacional (precisamente devido à intervenção dos Parlamentos), pelo que a negação de um défice democrático no seio da UE se tornava racionalmente impossível.

Com a aprovação do Tratado de Lisboa, contudo, foram maioritariamente corrigidos estes problemas⁸⁰³: desde logo com a introdução do arts. 9º a 12º TUE, referentes, respectivamente, à cidadania europeia, à democracia representativa (representação directa dos cidadãos europeus no Parlamento Europeu), à democracia participativa (reconhecimento de um *quasi* direito de iniciativa popular), e ao papel dos Parlamentos nacionais no funcionamento da União⁸⁰⁴. Para além disso, os poderes do PE foram ampliados⁸⁰⁵, os direitos fundamentais foram explicitamente acolhidos na UE (CDFUE), e o procedimento de revisão dos Tratados foi reformado, passando agora a reconhecer ambos os níveis de legitimação presentes na UE (EM e UE)⁸⁰⁶. Especificamente em relação ao Direito Penal, a abolição da divisão da UE em pilares distintos e o surgimento de uma única entidade supranacional, acompanhada do reconhecimento explícito de uma competência penal da União, fez com que às medidas com carácter penal fossem aplicados os procedimentos legislativos normais da UE⁸⁰⁷, o que neste momento significa a admissão de iniciativa por parte da Comissão, a

⁸⁰² DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 53.

⁸⁰³ Vital Moreira afirma que o défice democrático foi efectivamente superado com o Tratado de Lisboa – MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 508. Para uma análise extensa do problema v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 443 ss; para a opinião oposta, no sentido de afirmar que o problema do défice democrático persiste a despeito de todas as melhorias introduzidas pelo Tratado de Lisboa, v. DE BÚRCA, Gráinne, “An EU Citizens’ Assembly on Refugee Law and Policy”, *in German Law Journal*, Vol. 21, Issue 01, 2020.

⁸⁰⁴ Estes desempenham também um importante papel no âmbito do Direito Penal, de acordo com o definido no art. 12º TUE – sobretudo als. b) e c) – e no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

⁸⁰⁵ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 509.

⁸⁰⁶ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 511; antes de Lisboa os organismos da UE não tinham o direito formal de intervir no processo de modificação dos Tratados, consolidando assim a sua natureza puramente jus-internacional.

⁸⁰⁷ Os processos de adopção de actos legislativos encontram-se definidos nos arts. 293º ss TFUE. A regra geral é de facto a aplicação do processo legislativo ordinário (arts. 82º nº 1 e 83º nº 1), excepto nas situações em que as medidas sejam adoptadas no âmbito da chamada “competência penal acessória” (art. 83º nº 2) e o domínio ao qual se referem preveja um processo legislativo especial; devido ao carácter mais sensível do DP são introduzidos, porém, alguns mecanismos que flexibilizam as regras previstas para os processos legislativos comuns, nomeadamente o travão de emergência e regras especiais para a cooperação reforçada (arts. 82º nº 3; 83º nº 3, e ainda 86º nº 1).

participação do Parlamento enquanto órgão legislativo, a decisão por maioria e não por unanimidade no Conselho⁸⁰⁸, e ainda a revisão dos actos legislativos por parte do TJ (arts. 263º ss TFUE)⁸⁰⁹.

Fala-se agora, na União (e à semelhança do que acontece nos sistemas federais⁸¹⁰), de uma dupla legitimidade democrática⁸¹¹: intervêm no processo de legislação um órgão que representa directamente os cidadãos (PE) e um órgão que representa os vários membros da União (Conselho), daí que o respeito pelo princípio da democracia representativa se efectiva de modo *directo*, com a participação do Parlamento, *indirecto*, com a participação do Conselho (cujos membros são depois democraticamente responsáveis perante os seus respectivos Estados⁸¹²), e ainda de modo *indirecto ulterior*⁸¹³, através da participação prevista para os

⁸⁰⁸ Em relação ao Direito Penal existem autores que, apesar de tudo, consideram que o défice democrático não se encontra ultrapassado pela previsão do processo legislativo ordinário para essas medidas, propugnando ao invés a necessidade de um processo legislativo próprio, devido ao carácter especialmente restritivo de DLG das normas penais e da diferença de representação dos cidadãos dos vários EM no Parlamento Europeu. Neste sentido afirma Silva Dias que “por força da divergência entre o número de deputados e a população dos vários Estados-membros nas eleições para o PE, podem ser criadas leis penais comunitárias que não colhem a concordância da maioria da população europeia. Para contornar esse óbice e não sobrar dúvida de que as leis penais são aprovadas por uma maioria de deputados que representam a maioria dos cidadãos europeus, o Projecto Alternativo acrescenta [...] que, logo em primeira leitura, só haverá envio da proposta para o CM quando ela contar com a aprovação de dois terços dos membros do PE”. Outros autores argumentam que esse é um “dogma fundado numa lógica nacional” da democracia – DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal Comunitário”, in COSTA, José de Faria, e SILVA, Marco António Marque da (Coords.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, pág. 344; crítica de Duarte D’Almeida referida *ibid.*, nota 20.

⁸⁰⁹ Analisando o défice democrático em relação a três momentos distintos, antes, durante e depois do acto legislativo (no original *inputs*, *throughputs* e *outputs*, referindo-se à participação, ao processo e aos resultados da legislação adoptada), Occhipinti conclui, em relação a cada um deles, que a situação da União foi substancialmente melhorada pelas previsões do Tratado de Lisboa – com mais pormenor, OCCHIPINTI, John D, “Whither the withering democratic deficit? The impact of the Lisbon Treaty on the Area of Freedom, Security and Justice”, in *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 27, No. 1, 2014; também analisando alguns aspectos da consideração da legitimidade democrática através dos vectores de *input* e *output*, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 533 ss.

⁸¹⁰ Nos sistemas federais existe um órgão representativo do *demos* estatal (neste caso seria o Conselho) e outro do *demos* federal (o PE). Assim considerado, o défice democrático da UE revela ser apenas um “défice na teoria da democracia” – não se pode ver a UE à luz de um conceito exclusivamente *unitário* (de povo, Estado, Constituição, soberania, etc.), porque existem na realidade *dois* níveis de todos esses conceitos – SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 70 a 74. Também neste sentido, SIEBER, Ulrich, “Die Zukunft des Europäischen Strafrechts”, pág. 53: “Die supranationale Ebene bietet dabei für das Europäische Strafrecht die oben genannten dualen Legitimationsmöglichkeiten sowohl direkt über die Gesamtheit der Bürger (das Europäische Parlament) als auch indirekt über die Organisation der nationalen Staaten (den Rat)”.

⁸¹¹ V. também MOURA, Bruno, “O Tratado de Lisboa e a legitimidade do Direito Penal e Processual Penal Europeu emergente”, in *Revista Liberdades*, nº 8, Setembro-Dezembro 2011, pág. 39 ss.

⁸¹² RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 106, também defendendo que o défice democrático de então não seria solucionado apenas com o facto de se assegurar uma maior representatividade dos cidadãos, tendo em conta o peso dos EM na construção europeia; v. ainda JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels? National Parliaments and EU Constitutionalism”, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 8, 2012, pág. 230: “The Treaties thereby endorse the agency chain that links the EU level to the national level of government authority. The EU hence relies on the accountability and legitimation mechanisms that are ingrained in the domestic constitutional orders. [...] In other words, the EU level alone cannot provide a panacea for all of the Union’s democratic ills”.

⁸¹³ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 541; a autora afirma ainda que a força do vector de legitimidade directa deve deixar de ser sobrestimada (pág. 542), até porque, como aponta outro autor, os cidadãos da União são-

Parlamentos nacionais (sobretudo no momento da transposição da lei europeia para o ordenamento interno, mas agora também num momento anterior⁸¹⁴ à adopção da peça legislativa em causa, devido ao controlo do princípio da subsidiariedade e proporcionalidade para estes previstos pelo respectivo Protocolo anexo ao Tratado de Lisboa⁸¹⁵). Também a obrigação de fundamentação dos actos legislativos europeus (arts. 296º e 297º TFUE) é vista por alguns autores como um mecanismo que confere uma ainda maior democraticidade ao processo legislativo penal europeu do que aquele existente no contexto nacional, encontrando-se assim preenchidas as condições necessárias ao estabelecimento de uma democracia crítica na União⁸¹⁶.

b) Cidadania europeia

Conforme acima mencionado, outro aspecto relevante para se poder afirmar a existência de um povo europeu⁸¹⁷ e o cumprimento do princípio da democracia ao nível da UE é a cidadania europeia, introduzida já em 1992 com o Tratado de Maastricht; hoje encontra-se referida tanto no TUE (art. 9º) como no TFUE (arts. 20º ss), e continua, desde o seu inicial estabelecimento, a ser definida por remissão – ou seja, será cidadão europeu quem for cidadão de um EM; os Tratados esclarecem ainda que esta cidadania não substitui a cidadania nacional, mas antes acresce à mesma⁸¹⁸.

Com efeito, ao contrário do que acontece nos exemplos federais⁸¹⁹, a definição de quem são os seus cidadãos permanece uma questão na total responsabilidade dos EM, podendo estes escolher os critérios que julgarem ser adequados para o estabelecimento da cidadania nacional,

no porque são simultaneamente cidadãos de algum ou mais EM, e nesse sentido encontram-se então duplamente representados (no PE e nos respectivos Parlamentos dos EM) – JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels...”, pág. 230.

⁸¹⁴ JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels...”, pág. 264, referindo que neste sentido os Parlamentos nacionais devem ser vistos como sustentando, ainda que modestamente, o princípio democrático na UE.

⁸¹⁵ Apesar de tudo, o Tribunal Constitucional alemão continua a colocar os parlamentos dos EM na posição de destaque e maior relevo, em detrimento do PE, no que toca ao cumprimento do princípio da democracia em termos europeus, pelo menos enquanto a União se basear no princípio da atribuição de competências – v. 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 262 e 272; analisando a questão, JANČIĆ, Davor, “Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy after Lisbon?”, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 16, No. 3, 2010, pág. 355 ss. Esta posição é criticada pela doutrina, na medida em que colocam os EM enquanto “mestres da integração europeia” – v. com detalhe MILLER, Russell A., “Germany vs. Europe: The Principle of Democracy in German Constitutional Law and the Troubled Future of European Integration”, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 54, No. 3, August 2014. Também refutando estes pressupostos limites de integração, SOMEK, Alexander, “The European Model of Transnational Democracy: A Tribute to Ernst-Wolfgang Böckenförde”, in *German Law Journal*, Vol. 19, No. 02, May 2018.

⁸¹⁶ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale: Problemi e Prospettive*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, pág. 73 e 78. O autor faz ainda uma necessária comparação entre a democracia europeia e a nacional – *ibid.*, pág. 152 ss.

⁸¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, “Possibilità e limiti de un diritto penale...”, pág. 15.

⁸¹⁸ Este aspecto foi, aliás, vincado pelo Tribunal Constitucional Alemão na sua decisão sobre o Tratado de Lisboa, 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 346 a 350, onde explicitam que a cidadania da UE não estabelece um *demos* europeu, retendo os EM a soberania *in totum* no que concerne à definição de quem é seu cidadão (e logo, por extensão, cidadão da UE).

⁸¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 47.

e logo, europeia; a única intervenção da União de relevo neste momento originário da cidadania é o facto de determinar que, cabendo a cada EM a exclusiva competência de definir as condições de aquisição e perda de nacionalidade, não podem os restantes EM colocar nenhuma condição suplementar⁸²⁰ – ou seja, ao contrário também do que normalmente acontece em termos de Direito Internacional⁸²¹, os EM não podem entre si objectar à nacionalidade reconhecida por um deles, demonstrando a elevada confiança existente entre os membros da União⁸²². A circunstância de a cidadania da UE continuar a ser determinada pelos EM singularmente considerados implica reconhecer que o povo europeu se constitui, na verdade, de um “mosaico” de povos⁸²³, algo a que também os Tratados acabam por fazer referência, ao mencionarem “os povos” europeus⁸²⁴ – nesse sentido, “estrangeiros” são só verdadeiramente cidadãos de países terceiros, já que todos os cidadãos de um qualquer EM passaram a estar abrangidos por uma cidadania comum europeia.

A cidadania – qualquer que ela seja – configura um vínculo com um Estado (ou uma entidade política, neste caso) que traz consigo um conjunto de direitos e deveres, e a UE não é excepção (arts. 20º ss TFUE). De entre os vários direitos reconhecidos iremos destacar o direito de livre circulação e residência em qualquer EM, devido às conclusões que permite formular acerca do estatuto conferido pela cidadania europeia. Como em qualquer situação relacionada com o Direito da UE, normalmente exige-se alguma conexão com este Direito para que possa ser aplicável e as suas disposições reclamáveis em juízo, o que significa que uma situação puramente interna não terá, em princípio⁸²⁵, uma relação com as normas europeias e deverá ser julgada segundo o Direito nacional. A mesma regra aplica-se em relação à cidadania

⁸²⁰ Conforme determinado pelo TJ no seu Acórdão C-369/90 (*Micheletti*).

⁸²¹ De acordo com as regras internacionais, a atribuição de nacionalidade é da exclusiva competência do Estado soberano; no entanto, o dever de reconhecimento dessa nacionalidade por parte dos restantes Estados não é ilimitado, podendo estes não a reconhecer quando essa atribuição seja fictícia – ou seja, quando não exista nenhum vínculo real entre o cidadão e o Estado. Neste sentido decidiu o Tribunal Internacional de Justiça em 1955, no caso *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, uma vez que se determinou que *Nottebohm* havia adquirido a nacionalidade do Liechtenstein apenas por ser um país neutro durante a II Guerra Mundial, sendo fictícia precisamente por não existir nenhum vínculo genuíno com esse país. Esta possibilidade não existe, no entanto, no espaço europeu.

⁸²² Segundo Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 47, esta solução fica a meio caminho entre uma solução exclusivamente internacional e tipicamente federal: a UE continua sem o poder de definir as condições de aquisição ou perda da sua soberania, mas os EM não retêm todos os direitos que teriam numa situação puramente internacional.

⁸²³ Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 58 / 59, explicando ainda que isso permite aos EM decidir em cada momento (dentro do respeito pelos princípios da democracia constitucional e direitos humanos) quem querem que pertença ao seu povo, e assim ir forjando a sua identidade nacional conforme a imagem que tenha de si; assim, a UE baseia-se, mais do que num conceito exclusivamente unitário de povo, “numa pluralidade de identidades nacionais, tanto em sentido psicológico como jurídico, que conjuntamente formam um corpo político supranacional” (tradução livre).

⁸²⁴ A expressão é utilizada em vários parágrafos dos Preâmbulos do TUE e do TFUE, e ainda nos arts. 1º e 3º TUE.

⁸²⁵ Existem situações, no entanto, em que não é necessário tratar-se de uma situação europeia no sentido transfronteiriço da palavra para que se apliquem as disposições do DUE – a título de exemplo refere-se o caso C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), onde se encontrava em causa uma questão acerca da independência do poder judicial. O TJ afirmou (§29) que o Direito da União (no caso o art. 19º TUE) se aplica “independentemente da situação em que os Estados-Membros apliquem esse direito”, o que inclui, para este efeito, a existência de um poder judicial independente.

européia⁸²⁶: quando não existe situação de facto alguma que aponte para uma conexão com os direitos reconhecidos pelos Tratados e legislação derivada, deverá esse caso ser resolvido de acordo com o disposto no ordenamento interno do EM em causa⁸²⁷.

Em relação ao Direito Penal, também a cidadania europeia teve já oportunidade de intervir (na prática), demonstrando desse modo que existem direitos derivados especificamente do facto de se ser cidadão europeu, e não apenas de um ou outro EM. Começamos pelo início: o art. 20º TFUE institui a cidadania da UE, que *acresce* à nacional⁸²⁸; isso permite “aos que entre estes se encontrem na mesma situação obter, independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das excepções expressamente previstas a este respeito, *o mesmo tratamento jurídico*”⁸²⁹; acrescente-se ainda a expressa proibição de discriminação em virtude da nacionalidade prevista no art. 18º TFUE. O caso inicialmente em disputa teve origem na Alemanha, país onde (como na generalidade dos países) existe um princípio geral de não extradição dos seus nacionais. Era na Alemanha que se encontrava Pisciotti (em escala do seu voo da Nigéria para a Itália, país de onde é nacional) quando foi detido com vista a ser extraditado para os EUA para que contra ele fosse intentada acção penal⁸³⁰; confirmando que todas as condições se encontravam preenchidas, e apesar de Pisciotti se opor à extradição alegando que esta era uma discriminação em razão da nacionalidade não permitida pelo DUE,

⁸²⁶ V. a este propósito o caso C-434/09 (*Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department*), em que uma cidadã do Reino Unido (e da Irlanda), que sempre residiu no Reino Unido, ao casar-se com um nacional jamaicano – ao qual não foi reconhecido direito de residência de acordo com as regras inglesas – requereu a esse EM o seu direito de residência enquanto cidadã europeia, juntamente com o do seu marido, direito derivado que lhe assistiria. O TJ, tendo em conta que a requerente possuía nacionalidade do Reino Unido e que o seu direito de residência ilimitado derivava desse facto, e não da sua cidadania europeia, julgou o Direito da União inaplicável ao caso, uma vez que os direitos respeitantes à liberdade de circulação e residência reconhecidos na UE se reportam a cidadãos que circulam ou residem em território de um EM diferente daquele do qual são nacionais, não se divisando também neste caso uma situação em que a cidadã europeia se visse privada do exercício dos direitos que lhe assistem enquanto tal – v. em especial os § 32 a 54.

⁸²⁷ Nos casos, porém, em que uma situação puramente interna configure uma potencial violação dos direitos conferidos pelo Direito da União aos seus cidadãos, já se deverá proceder de forma distinta daquela do caso de Shirley McCarthy – num caso muito parecido (C-34/09, *Ruiz Zambrano*), decidiu o TJ que o EM em causa (a Bélgica) deveria conceder o direito de residência e de trabalho no seu território a um cidadão de um Estado terceiro cujos filhos eram nacionais e residiam nesse EM. Não obstante a situação ser idêntica e não se poder afirmar que existe uma situação transfronteiriça que implique, por isso, a aplicação do DUE, neste caso os filhos de Zambrano eram menores, pelo que a negação de um direito de residência e de trabalho derivado daquele que assistia aos seus filhos implicaria que estes últimos fossem obrigados a deixar o território da UE, fazendo assim com que as disposições nacionais interferissem com os direitos concedidos aos cidadãos europeus – v. em particular § 42 a 44.

⁸²⁸ O TJ considerou já que a cidadania europeia constitui na verdade o estatuto fundamental dos nacionais dos EM – v. a este propósito os Ac. C-184/99 (*Grzelczyk*), § 31 e C-413/99 (*Baumbast*), § 82.

⁸²⁹ C-184/99 (*Grzelczyk*), § 31 (sublinhados acrescentados).

⁸³⁰ Devido a cartelização na venda de mangueiras marinhas e falseamento das regras de concorrência, na sequência de que o Estado da Flórida requeria a sua extradição – v. com detalhe a descrição da situação prévia à decisão do TJ em ZIMMERMANN, Till, “Der Fall „Pisciotti“ vor dem EuGH. Oder: Vom Wert der Unionsbürgerschaft im Auslieferungsrecht”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2017, pág. 220 ss.

esta foi eventualmente concedida⁸³¹, tendo Piscioti cumprido pena nos EUA e intentado uma acção de indemnização contra o Estado alemão (no âmbito da qual foi feito o reenvio prejudicial ao TJ, e ao qual já voltaremos). Entretanto, e enquanto Piscioti se encontrava nos EUA surgiu um outro caso – inicialmente civil⁸³² – que teria implicações penais, mas cuja resposta acabou por não se basear na questão da cidadania⁸³³, permanecendo assim esta questão em aberto.

Existe, no entanto, um caso em tudo idêntico ao de Piscioti cuja resolução impulsionou o valor atribuído à cidadania da UE: referimo-nos ao caso de Petruhhin⁸³⁴, nacional da Estónia que se encontrava na Letónia quando foi pedido a este país, pela Rússia, que o extraditasse para que contra ele pudesse prosseguir uma acção criminal; estando em princípio reunidas todas as condições, a Letónia concedeu esse pedido de extradição. Mais uma vez, o cidadão europeu em causa alegou que essa extradição atentaria contra os direitos que lhe assistem enquanto tal, nomeadamente de exercer o seu direito de circulação pelos países da UE; confrontado com essa questão, o Tribunal letão decidiu questionar o TJ acerca da aplicabilidade do DUE (para o que aqui nos interessa, o art. 18º TFUE) em situações de extradição quando nada na situação apontasse para um caso europeu. O TJ respondeu afirmativamente quanto a essa primeira questão, uma vez que as regras nacionais devem estar de acordo com o estabelecido no DUE e a situação em causa configurava de facto o impedimento do exercício de direitos concedidos pelo mesmo⁸³⁵. Em relação, no entanto, à aplicação da norma que impede a extradição de nacionais para países terceiros e a sua eventual aplicação também a cidadãos europeus, o TJ não afirmou a vigência total do princípio de não discriminação reconhecido pelo art. 18º TFUE, encontrando antes uma solução intermédia: existem circunstâncias que podem justificar a diferença de tratamento concedido, mas tendo em conta as estreitas relações entre os EM e a possibilidade de se emitir um MDE, o Estado

⁸³¹ Todos os órgãos jurisdicionais alemães que apreciaram o caso de Piscioti negaram, surpreendentemente, uma ligação deste com o Direito da União – v. ZIMMERMANN, Till, “Der Fall „Pisciotti“ vor dem EuGH...”, pág. 221, e também § 26 do processo C-191/16 (*Pisciotti*) quanto à opinião do Tribunal Constitucional alemão.

⁸³² A querela civil baseava-se no facto de um médico austríaco que havia estado no Dubai, e lá havia sido condenado a pena de prisão perpétua no âmbito de um julgamento *in absentia* claramente manipulado, se ter comprometido com um escritório alemão a discursar em território também alemão sobre a sua experiência no Dubai. Enquanto uma extradição da Áustria para o Dubai estaria fora de questão, Adelsmayr temia que ao deslocar-se à Alemanha fosse detido e extraditado, razão pela qual não se sentia mais na disposição de comparecer na Alemanha, estando por isso obrigado (segundo convenção contratual para casos de não comparência culposa) ao pagamento de uma multa de 150€. O processo que deu entrada nos tribunais alemães destinava-se por isso a determinar a obrigação ou não de pagamento desta quantia, o que iria depender do fundamento da sua recusa ter sido justificado (caso em que não seria obrigado a efectuar o pagamento) ou não.

⁸³³ Dados os contornos do caso, uma extradição por parte de qualquer EM da UE estaria fora de questão devido à aplicação das disposições da CDFUE, que proíbem a extradição quando se verifique um risco sério de ser sujeito a pena de morte, tortura ou outras penas desumanas ou degradantes – v. caso C-473/15 (*Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR*), § 19, 26 e 28.

⁸³⁴ C-182/15 (*Petruhhin*). Sobre este caso, com desenvolvimento, v. COSTA, Miguel João, *Extradition Law. Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Maastricht University, Dissertação de Doutoramento, 2019, pág. 94 ss.

⁸³⁵ C-182/15 (*Petruhhin*), § 26 a 33.

requerido na extradição deverá contactar o EM de nacionalidade do indivíduo em questão⁸³⁶, dando-lhe assim a hipótese de o entregar a esse Estado, desde que este seja competente e esteja na disposição de o julgar pelos factos que originaram o pedido de extradição⁸³⁷, evitando-se assim a entrega a um país terceiro de um cidadão europeu. O TJ obvia deste modo os maiores prejuízos decorrentes da não cooperação internacional (nomeadamente o facto de se vir a favorecer uma situação de impunidade do agente), e concede o relevo necessário⁸³⁸ à cidadania europeia em questões penais.

Voltemos ao nosso primeiro caso. Tudo indicaria, tendo em conta a resolução do caso de *Petruhhin*, que também *Pisciotti* tivesse sucesso na sua querela com a Alemanha – como, aliás, entendia o órgão jurisdicional de reenvio alemão⁸³⁹ –; no entanto, não foi esse o caso, devido a algumas diferenças que se revelaram fundamentais. Após reiterarem que o DUE se aplicaria por força da cidadania europeia e direitos que lhe estão apensos (assim como, neste caso, por força da existência de um acordo de cooperação entre a UE e o EUA⁸⁴⁰), bem como o facto de se poderem introduzir diferenças de tratamento desde que os objectivos a prosseguir

⁸³⁶ A Alemanha questionou se essa obrigação de contactar com o EM de nacionalidade se impõe mesmo quando o indivíduo em questão não deseja que o façam, uma vez que pode levar a posteriores problemas relacionados com a protecção de dados e o princípio penal *nemo tenetur* – Paper by Germany, Council document 14745/18 of 2018-11-29. Tanto quanto conseguimos apurar, ainda nenhuma discussão entre os EM se seguiu a este propósito.

⁸³⁷ *Petruhhin*, § 34 a 43. O TJ salienta ainda (§ 46) que não existe acordo de cooperação entre a UE e a Rússia.

⁸³⁸ Apesar de se tratar de uma situação interna na medida em que não existia acordo entre a UE e a Rússia (§44 a 47), não estaria fora de cogitação equiparar na sua totalidade o cidadão nacional e o cidadão de um outro EM, afirmando assim de um modo mais assertivo a dimensão *externa* da cidadania europeia, e estendendo-lhe explicitamente as garantias que para o primeiro existem (enquanto no Ac. se opta por determinar que existe realmente uma diferença de tratamento, devendo os motivos que a fundamentam ser avaliados para que se determine se são legítimos ou não – § 32 a 34). Numa situação de cooperação internacional como a descrita, em que nem sempre o EM requerido terá competência para julgar os factos (desde logo porque o cidadão não é seu), a circunstância se dever simultaneamente respeitar o princípio *aut dedere aut judicare* requer, antes de negar o pedido de extradição com base na nacionalidade (através da equiparação operada pela cidadania europeia), que o EM requerido contacte o EM da nacionalidade em causa (como, aliás, refere o TJ) para cooperar com este, na medida em que isso se revelaria menos atentatório da liberdade de circulação (§ 48 e 49). Poderia, numa solução mais garantista, ter ficado estabelecido que, caso o EM da nacionalidade assim o pretendesse, o seu nacional ser-lhe-ia entregue, *independentemente* da contingência desse EM ser “competente, à luz do seu direito nacional, para proceder criminalmente contra essa pessoa por atos praticados fora do seu território nacional” (§ 50) – isto porque essa pode não ser uma contingência obrigatória para os nacionais do EM requerido, e estabelecem-se assim diferenças de tratamento que podem não ser totalmente justificáveis no âmbito de uma verdadeira cidadania europeia que se pretende ser “o estatuto fundamental” dos nacionais dos Estados-membros. Isso viria ainda a consubstanciar de modo mais concreto a existência da “quinta liberdade” referida por André Klip: a igualdade de tratamento na UE – KLIP, André, “Repensando o Direito Penal Europeu” (tradução de Pedro Caeiro), in ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de (Eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 721 ss. É claro, todavia, que essa margem que se deixou para a cooperação internacional e para prossecução de objectivos legítimos, como é o caso da justiça penal, e que justifica no Ac. a diferença de tratamento entre o nacional e o cidadão europeu (§ 39), poderá ser obviada a partir do momento em que o EM da nacionalidade emita um MDE, devendo nesse caso o EM requerido privilegiar a cooperação europeia (§ 49).

⁸³⁹ *Pisciotti*, § 27 e 28, discordando da opinião do Tribunal Constitucional Alemão e afirmando que não lhe parecia que a introdução de uma discriminação quanto à nacionalidade fosse possível no âmbito do Direito da União.

⁸⁴⁰ *Pisciotti*, § 33 a 35.

justifiquem essa diferença⁸⁴¹, o TJ acabou por considerar que a extradição de Pisciotti para os EUA por parte da Alemanha não havia violado o Direito da União⁸⁴², uma vez que, quando contactada, a Itália não emitiu qualquer MDE contra o seu nacional em questão⁸⁴³. Quando questionado ainda sobre a relevância de o cidadão europeu cuja extradição foi pedida ter também a nacionalidade do Estado terceiro requerente, o TJ respondeu mais uma vez no sentido de afirmar a validade dos direitos concedidos aos indivíduos em virtude da sua cidadania europeia⁸⁴⁴; a solução encontrada pelo Tribunal para a cooperação internacional para que contra o cidadão europeu seja conduzida acção penal deve ainda ser aplicada, com as devidas adaptações, para o caso em que a extradição é pedida para cumprimento de pena⁸⁴⁵.

Podemos concluir, portanto, que a cidadania europeia, embora não exactamente sobreponível à resultante da nacionalidade, produz já efeitos penais que a tornam algo mais do que apenas um “brinquedo”⁸⁴⁶ simbólico que procura forçar a existência de uma identidade

⁸⁴¹ C-391/09 (*Runevič-Vardyn*), § 83; C-353/06 (*Grunkin e Paul*), § 29; C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), § 81 (e jurisprudência aí mencionada). No caso em questão, *Pisciotti*, § 43 a 46.

⁸⁴² O TJ avalia se os objectivos em causa justificavam a introdução dessa diferença, bem como a existência ou não de uma medida menos atentatória da liberdade de circulação de Pisciotti pela qual pudessem ter optado, em vez de prosseguir com a cooperação com os EUA. No nosso entender, teria sido interessante, para além da cooperação com Itália, que se tivesse avaliado a possibilidade de a Alemanha ter prosseguido também a acção penal contra ele, evitando assim a sua extradição mesmo após a inacção do EM da nacionalidade (§ 49 e 50), uma vez que isso seria de facto também uma medida menos atentatória dos seus direitos enquanto cidadão europeu e adequada a cumprir com o legítimo objectivo em causa na cooperação (a prossecução da acção penal e prevenção das situações de impunidade).

⁸⁴³ § 55 e 56. Mais uma vez, o TJ afirma que deve ser dada prioridade à cooperação entre EM, embora esta não seja automática, estando dependente do MDE se referir aos mesmos factos pelos quais é pedida a extradição e o EM de nacionalidade ser competente para os julgar – § 53 e 54.

⁸⁴⁴ Caso C-247/17 (*Raugevicius*), § 29, afirmando que a particularidade de a pessoa em causa ter também nacionalidade russa (Estado requerente) para além da lituana é irrelevante para a resolução do caso, uma vez que, para o que a aplicação do Direito da União importa, é um cidadão da UE.

⁸⁴⁵ No caso de a extradição ser pedida para cumprimento de pena, uma resolução através da emissão de um MDE por parte do EM de nacionalidade estará em princípio fora de questão, devido à aplicação do princípio *ne bis in idem* (preocupação também levantada pelos EM no caso *Raugevicius*, § 35); dado que não existe também nenhum princípio que obrigue o EM que negue a extradição a fazer cumprir a pena ditada por um Estado terceiro no seu território, a questão colocava-se, neste caso, quanto à impunidade de que gozaria o indivíduo caso a extradição fosse recusada. O TJ lembrou os EM que, embora um MDE esteja em princípio excluído, existem outros mecanismos que permitem evitar a impunidade do agente e ainda assim restringir de modo menos agressivo os seus direitos à luz do DUE (§ 36 a 38). Neste sentido, deve ser dada prioridade ao objectivo de reintegração na sociedade ínsito às medidas referidas pelo Tribunal, e fazer cumprir a pena no território do EM requerido, quando isso seja possível (§ 47 e 48); se tal não for possível, utilizar-se-ão as regras internas ou internacionais, desde que o EM requerido verifique se não existe mais nenhuma objecção à cooperação com o Estado requerente (§ 49). Deste modo consegue o TJ estender os direitos concedidos aos nacionais de um EM aos cidadãos da UE, procurando sempre balançá-los com os objectivos que fundamentam a cooperação internacional penal – pese embora, mais uma vez, uma equiparação entre ambos para estas questões fosse mais simples e reforçasse exponencialmente o valor da cidadania europeia face ao exterior da União, apesar de se dever ter em consideração, neste caso, o objectivo último de facilitar a reintegração do agente na sociedade, razão pela qual a sua vontade também devia ser tida em conta. Para um resumo das consequências que os órgãos europeus retiram deste julgamento, v. também Paper by the Commission, Council Document 14744/18 of 2018-12-03.

⁸⁴⁶ Em ZIMMERMANN, Till, “Der Fall „Pisciotti“ vor dem EuGH...”, pág. 220. O autor faz ainda uma interessante avaliação própria dos vários argumentos em causa no processo de Pisciotti (antes deste ter obtido uma resolução por parte do TJ), que o leva a concluir, tal como era opinião do órgão de reenvio, que a Alemanha seria de facto responsável por ter violado o Direito da União – pág. 224 ss.

européia e uma união fictícia entre os cidadãos dos EM. Por tudo o exposto acima impõe-se ainda concluir que a UE dispõe já de um povo próprio, ao qual são impostos deveres e concedidos direitos por serem europeus, e não por serem nacionais de um ou outro EM em específico.

3.1.3 Aparelho judicial europeu

Um outro elemento que estaria em falta na UE seria um aparelho judicial próprio, através do qual poderia defender os seus interesses e aqueles dos seus cidadãos; esta questão releva para o tema do constitucionalismo europeu na medida em que este será desprovido de significado prático se as suas orientações normativas não forem de forma alguma justificáveis.

Tradicionalmente, a manutenção da ordem interna diz respeito a cada Estado individualmente considerado: só este tem o poder de perseguir e punir as infracções que tomam lugar no seu território, da maneira que determinar, dispondo para isso de todos os órgãos necessários à tarefa punitiva; acresce ainda a este facto a normal indiferença estadual perante ataques à autoridade ou interesses de outros Estados soberanos (ou outras entidades políticas), uma vez que os interesses em causa nessas infracções não são seus. Como já se referiu, a globalização e a intensificação das relações entre países fez com que também este entendimento tradicional sofresse alterações, passando cada Estado, segundo determinadas regras estabelecidas, a conferir uma certa protecção (através do emprego do seu aparelho punitivo e mediado pelas suas normas de DP) a órgãos, actos e interesses estrangeiros⁸⁴⁷. É precisamente esta a situação da UE: é uma comunidade de Direito actualmente com o poder de *incriminar*, mas não de *punir*⁸⁴⁸, empregando os diversos EM o seu aparelho punitivo e a sua lei penal (ainda que influenciada pela União) na punição de comportamentos que atentem

⁸⁴⁷ VITU, André, “Un aspect particulier...”, pág. 359.

⁸⁴⁸ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir». Réflexions sur le pouvoir d’incrimination (Directe et indirecte) de l’Union européenne prévu par le traité de Lisbonne”, *in* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 4, Octobre/Décembre 2010, pág. 773. Deve notar-se aqui que este “poder de incriminar” não é o mesmo que num Estado, uma vez que a UE de momento apenas define os comportamentos que deseja que os EM posteriormente criminalizem – não é, por isso, um poder de incriminar directamente os indivíduos, mas sim de mediatamente determinar comportamentos que despoletem a responsabilidade penal destes nos EM. Esta opção de se atribuir à União alguma competência em termos de jurisdição prescritiva mas nenhuma adjudicativa (v. ainda CAEIRO, Pedro, “The relationship between European and international...”, pág. 582 e 598) difere ainda diametralmente do que é normal observar nos Estados federais, onde este tem também o poder de agir contra os indivíduos, seja aprovando leis directamente aplicáveis (algo que, pelo menos de momento, a UE parece não ter de modo explícito), seja levando-os directamente a julgamento pelas infracções federais cometidas (algo que a UE também não pode fazer, visto não possuir um aparelho punitivo próprio), exibindo assim dois níveis completos de poderes públicos – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 43 e 48; sobre algumas das questões práticas que este sistema actual da UE coloca, v. também SCHOMBURG, Wolfgang, “Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 8, No. 1, 2000. Posteriormente será discutido se este sistema se adequa à estrutura actualmente já existente na UE ou se a concessão de mais algumas competências específicas na área penal não se justificariam.

contra o Direito da UE⁸⁴⁹. Fica claro, deste modo, que os EM optaram até agora por uma UE “predominantemente de regulação”⁸⁵⁰, e não de execução: ainda que se encontrem vinculados por diversos princípios de natureza europeia, os EM são os únicos responsáveis por zelar pela aplicação do DUE⁸⁵¹ (não podendo ainda invocar as suas disposições constitucionais para obviar ao cumprimento dos seus deveres para com a União nem à sua eventual responsabilidade por danos que decorram do incumprimento das mesmas⁸⁵²), correspondendo à Comissão principalmente uma acção de vigilância e controlo da aplicação dos Tratados e restantes medidas europeias adoptadas por força destes (art. 17º, nº1 TUE).

Esta característica específica da União não coloca apenas em causa a eficácia do seu Direito, cuja aplicação se encontra na esfera dos EM, mas também a *unidade* do seu sistema normativo, uma vez que sendo “outros” e não organismos da EU a aplicar as suas normas, as garantias de aplicação homogénea desse Direito não são sequer comparáveis às existentes nos diversos Estados, que dispõem de uma rede e hierarquia de Tribunais que vão zelando por essa unidade normativa – sem que algo equivalente exista no contexto europeu, será difícil alguma vez atingir a previsibilidade necessária à existência de um Direito Penal verdadeiramente supranacional⁸⁵³.

Existem ainda outros problemas associados à falta de um aparelho judicial especificamente europeu: desde logo, será de esperar (e é de facto o que acontece) que a protecção que os EM concedem aos interesses da União não será a mesma que conferem aos seus próprios, pelo que ao deixar por inteiro nas mãos de cada Estado a sua protecção, a UE potencia a existência de um défice de defesa no que concerne aos seus bens jurídicos

⁸⁴⁹ Referimo-nos, naturalmente, ao longo deste título ao poder da União punir indivíduos; o sancionamento de Estados por violações de DUE é algo distinto (v. arts. 7º TUE e 354º TFUE). A inexistência de uma faculdade de coacção por parte das instituições europeias ficou desde logo patente no Ac. C-46/89 (*Hoechst*), p. ex. § 32 a 35, onde se fazem múltiplas referências à colaboração, regras e instâncias nacionais.

⁸⁵⁰ Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 42. A regra de que a UE não aplica as suas próprias normas conhece algumas excepções, nomeadamente no âmbito da acção das variadas agências europeias especializadas, apesar de continuarem a não possuir competências executivas e terem uma fraca implementação nos EM – VERVAELE, John, “European criminal justice in the European and global context”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, 2019, pág. 10 e 12.

⁸⁵¹ O que inclui, sendo necessário, o dever de execução forçosa – art. 299º TFUE. A acção dos EM tem, no entanto, o limite de dever adoptar procedimentos eficazes à defesa do ordenamento jurídico europeu, e não devem ainda ser mais gravosos do que aqueles que se aplicam a interesses nacionais equivalentes – inicialmente estabelecido no âmbito do mercado comum, C-199/82 (*San Giorgio*), p. ex. as conclusões do Tribunal nas págs. 3604 e 3605. A sua aplicação no âmbito da competência penal será com mais detalhe referida *infra*; no entanto, podemos desde já adiantar que o facto de a UE ter apenas *algumas* competências prescritivas, e não ser a responsável pela *aplicação* desse seu DP faz com que não disponha de todos os instrumentos de que necessita para tornar o seu próprio Direito eficaz – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 407.

⁸⁵² O incumprimento por parte do EM pode resultar também de acções ou omissões do poder judicial – C-129/00 (*Commission v Italy*), § 41 e C-224/01 (*Köbler*), § 50.

⁸⁵³ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 142. A autora refere ainda que esta inexistência revela a “falta de confiança existente dos EM na hora de instaurar tribunais penais federais com verdadeiras competências para julgar as controvérsias suscitadas”, comprometendo desta forma “a ideia de uma legalidade europeia” (tradução livre). Tal motivo pode também derivar, em relação à temática penal, de os EM recearem ainda entregar os seus nacionais à jurisdição de um Tribunal supranacional – OEHLER, Dietrich, *Internationales Strafrecht. Geltungsbereich des Strafrechts. Internationales Rechtshilferecht. Recht der Gemeinschaften. Völkerstrafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1983, pág. 547.

próprios⁸⁵⁴, não podendo protegê-los (penalmente) de outro modo que não através do dispositivo penal dos Estados⁸⁵⁵. Por outro lado, a construção de um espaço interno comum e a liberdade de circulação que lhe está associada criou concomitantemente um espaço criminal unitário, ao qual não corresponde um espaço judicial unitário. Esta última constatação é ainda potenciada por outros factores, como o sistema de subsídios e subvenções da UE potenciar a comissão de fraudes; os ordenamentos jurídicos dos diversos EM mudarem constantemente, o que facilita à criminalidade organizada ir também operando nos limites da legalidade dos EM; e a fragmentação das autoridades judiciárias nacionais aumentar as vantagens existentes para a conduta criminosa transnacional⁸⁵⁶. Por fim, também para os cidadãos europeus seria importante existir um sistema de tribunais ao qual recorrer quando considerassem que os seus direitos (concedidos pela UE) foram violados por parte de órgãos nacionais ou supranacionais, algo que neste momento se encontra extremamente limitado⁸⁵⁷.

Acresce a tudo isto ainda a circunstância de, ao reconhecerem uma jurisdição europeia *paralela* à nacional, os EM não perderem o seu “monopólio sobre o uso legítimo da violência”⁸⁵⁸, uma vez que a UE, em primeiro lugar, teria jurisdição sobre os âmbitos determinados pelos Estados-Membros, em cumprimento do princípio da atribuição de

⁸⁵⁴ Disso mesmo nos dá conta CAEIRO, Pedro, “The relationship between European and international...”, pág. 592, nota 48; bem como as situações que levaram aos Ac. C-68/88 (*Commission v Greece*), mais conhecido por *Milho grego*, e C-265/95 (*Commission v France*).

⁸⁵⁵ OEHLER, Dietrich, *Internationales Strafrecht...*, pág. 548. Especialmente esclarecedora da importância de um aparelho judicial europeu independente daquele dos EM, pelo menos para as questões relativas a interesses específicos da União, parece-nos ser a seguinte afirmação: “Offenses committed by European officials should not, as is currently the case, be prosecuted depending on vagaries of nationality and on the possibility that a national prosecuting authority may pursue the case. Instead, such offenses should be governed by systematically conceived, European criminal provisions, and prosecuted by a European authority before a European criminal court” – SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects to a European Criminal Law: a alternative project for a European Criminal Law and Procedure”, in BASSIOUNI, M. Cherif; MILITELLO, Vincenzo e SATZGER, Helmut (Eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Milan, CEDAM, 2008, pág. 128.

⁸⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects...”, pág. 129.

⁸⁵⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, pág. 25. O indivíduo só poderá recorrer à jurisdição do TJ quando seja destinatário de um acto dos órgãos e organismos da União, este lhe diga directa ou individualmente respeito, ou seja um acto regulamentar que lhe diga directamente respeito e não necessite de medidas de execução (art. 263º TFUE); de resto, só poderá ver uma questão sua respondida pelo TJ se os Tribunais nacionais entenderem recorrer ao reenvio prejudicial, o que não é protecção suficiente para o cidadão europeu – veja-se o que sucedeu no caso de Pisciotti, cuja questão só foi colocada ao Tribunal europeu no âmbito de um outro processo que não aquele em que se despoletou a objecção relativa à violação dos direitos que lhe são concedidos pelo DUE, uma vez que nesse processo inicial nenhum dos Tribunais nacionais entendeu tratar-se de uma questão europeia, e como tal, não submeteu o caso à EU. Não podemos deixar de questionar se talvez o desfecho desse caso teria sido diferente (porventura despoletando a intervenção de Itália) caso o indivíduo em causa pudesse ter recorrido directamente ao TJ para discordar da interpretação efectuada pelos tribunais nacionais alemães. Evitava-se ainda todo o malabarismo judicial de se recorrer ao TEDH em casos de violação do DUE por parte do Direito nacional em que os Tribunais nacionais recusam referir a questão ao TJ, potenciando assim a violação do art. 6º CEDH – v. quanto a esta questão o interessante Ac. do TEDH *Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium*, de 20 de Setembro de 2011.

⁸⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 48.

competências; e em segundo, porque esse poder completo⁸⁵⁹ se deveria restringir à protecção dos seus interesses próprios, onde se encontram as maiores dificuldades de protecção efectiva por parte dos EM⁸⁶⁰ e onde a UE disfrutaria também de uma maior legitimidade em fazê-lo, dado que é contra si, enquanto entidade independente dos Estados, que agem quando cometem esses crimes. Este é, no fundo, o princípio básico do federalismo: a divisão de competências entre os vários níveis de poder, com a sua alocação naquele em que se demonstre ser o mais correcto.

a) Tribunal Constitucional Europeu?

Se tudo o que se referiu é verdadeiramente problemático para a UE, a afirmação de uma dimensão constitucional da União pressupõe, mais do que um aparelho judicial à semelhança do estadual, a existência de um Tribunal Constitucional capaz de zelar pela manutenção da identidade europeia e dos valores que se comprometeu a defender; se, pelo contrário, não pudermos discernir nenhum órgão capaz de desempenhar essas funções, seremos forçados a concluir que de facto não existe constitucionalismo algum na UE, por não existir também quem o possa defender.

Neste sentido, devemos considerar a hipótese de o TJ poder funcionar (ou ser já considerado⁸⁶¹) como o Tribunal Constitucional (TC) da União Europeia: é inegável que o Tribunal europeu desempenha já hoje funções de variada natureza, alternando, conforme o que é chamado a julgar, entre um Supremo Tribunal, Tribunal de recurso e Tribunal Constitucional⁸⁶²; na verdade, a identidade constitucional europeia foi sendo desenvolvida pela actividade jurisdicional inovadora do TJ ao longo da sua existência.

Vejamos que tarefas seriam atribuídas a um Tribunal Constitucional europeu. Em primeiro, ser-lhe-iam atribuídas competências em relação à tutela dos Direitos Fundamentais

⁸⁵⁹ Referimo-nos aqui à jurisdição prescritiva e adjudicativa, significando portanto a necessidade de criação de um Direito Penal verdadeiramente supranacional, directamente aplicável aos indivíduos e sem necessidade de transposição para o ordenamento interno dos EM, e também de órgãos jurisdicionais europeus capazes de responder a essa necessidade, nomeadamente através de um Tribunal Penal Europeu, de cujas decisões coubesse recurso para o TJ.

⁸⁶⁰ As dificuldades derivam logo a partir do princípio da assimilação (cujos contornos serão apresentados de seguida), dando origem a construções nacionais duvidosas para que possam conceder, através das suas normas de Direito Penal, a mesma protecção aos interesses da UE que concedem aos interesses nacionais; a isso acresce, como referido, a normalmente ínfima vontade de dar seguimento à penalização de comportamentos lesivos dos interesses da União, já que o prejuízo ocorrido com o crime é da UE, mas os recursos gastos com todo o processo penal e eventual cumprimento de pena são dos diversos Estados.

⁸⁶¹ V. a este propósito a Opinião do AG Maduro no âmbito do processo C-402/05P (*Kadi*), § 37.

⁸⁶² MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 143; NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, pág. 25; e ainda PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, in *O Direito*, Ano 146º, I, 2014, pág. 44, referindo este último que a particularidade de desempenhar várias competências que não exclusivamente de natureza jurídico-constitucional, apesar de diferir do que é normal nos EM, não impede que se possa considerar o TJ como um verdadeiro TC. Questionando, não obstante a “aceitação praticamente incontestada” de que é alvo, o facto de o cumprimento das normas constitucionais deverem ser entregues a juízes, tribunais e processos próprios – o que faria, por isso, que também na Europa não fosse estritamente necessário verificar-se a existência desses pressupostos –, ainda o artigo de AMARAL, Maria Lúcia, “O modelo europeu de Justiça Constitucional. Origens e fundamentos”, in ANTUNES, Maria João (Ed.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, sobretudo pág. 1030 / 1031 e 1040.

européus, algo com que já presentemente se ocupa, quando é suscitada alguma questão que coloque em causa um direito da CDFUE, ou concedido directamente pelo TUE ou TFUE⁸⁶³. Um TC europeu deveria funcionar também como mediador, num espaço tão diversificado como o da União, das exigências nacionais (culturais, políticas e sociais) de cada EM⁸⁶⁴, na medida em que seja possível a sua acomodação em relação aos objectivos da União – algo que também nos parece ser possível afirmar que já faz, ao dever respeitar, segundo o disposto nos Tratados, a identidade nacional dos EM (o que inclui a identidade constitucional dos mesmos – art. 4º TUE). Seria ainda o responsável pela verificação do cumprimento, por parte dos órgãos da UE, do princípio da subsidiariedade (algo que também já é chamado a arbitrar – veja-se o art. 8º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade anexo ao Tratado de Lisboa). Por fim, seria o órgão jurisdicional incumbido de estabelecer um diálogo com os vários Tribunais Constitucionais dos EM, encontrando um ponto médio em que cada nível de jurisdição se encontrasse satisfeito com a protecção concedida aos cidadãos da UE⁸⁶⁵ – também aqui se pode afirmar que desempenha funções relevantes, como irão demonstrar, em sede de discussão do princípio do primado, as interessantes sagas constitucionais que já tiveram lugar entre o TJ e tribunais constitucionais dos EM da UE.

Todos os aspectos analisados nos levam a concluir que, embora seja verdade que a União não dispõe de um aparelho judicial comparável ao dos Estados, esse não constitui argumento bastante para lhe negar concomitantemente a existência de uma dimensão constitucional própria, já que o TJ funciona já hoje como um Tribunal Constitucional da UE, capaz de defender os valores que compõem a sua identidade fundamental⁸⁶⁶.

3.1.4 Constituição europeia

Passemos agora a outra objecção ao constitucionalismo europeu: a falta de uma Constituição Europeia. Se atrás afirmámos que o TJ zela já pela manutenção de valores fundamentais da UE, tendo desenvolvido ao longo da sua actividade jurisdicional diversos

⁸⁶³ Dependendo do direito em causa, essa competência é partilhada e coordenada com o TEDH, tendo em conta que o conteúdo mínimo de protecção dos DF no espaço europeu é determinado por este; em questões relacionadas com a aplicação do DUE deve ser dada prioridade, no entanto, ao TJ, devido à especificidade da jurisdição deste.

⁸⁶⁴ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 402.

⁸⁶⁵ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 403.

⁸⁶⁶ Ainda assim, algumas reformas demonstram ser necessárias, como o já referido acesso directo por parte dos cidadãos para que possam assegurar os direitos que lhes concede o DUE – um incremento do seu papel nesse âmbito seria um passo fundamental na concepção da UE como espaço judicial unitário para os indivíduos. Considerando, apesar de tudo, que “os tribunais nacionais são os verdadeiros artífices da aplicação do Direito [da União]” (MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 143), seria possível conceder essa via de recurso directo aos cidadãos europeus através da consideração das sentenças dos tribunais dos vários EM enquanto “acto dos órgãos ou organismos da União” que directamente diz respeito ao indivíduo, estendendo assim a aplicação do art. 263º TFUE às situações em que se pretende recorrer de uma sentença que não tenha tido em consideração um direito individual europeu, sem para isso depender da vontade dos tribunais nacionais.

princípios de teor constitucional, estes devem encontrar-se vertidos algures (isto tendo em atenção que as Constituições, para o serem, não têm que ser necessariamente instrumentos escritos) – onde poderemos nós então identificar a Constituição Europeia, se alguma existir?

Após a rejeição do Tratado Constitucional⁸⁶⁷ poder-se-ia considerar impossível falar de uma Constituição europeia – o “não” explícito de que foi alvo em alguns Estados dirigia-se também (talvez sobretudo) aos aspectos simbólicos que esse texto evocava, assemelhando-se demasiado à emergência de um Estado europeu. Para além disso, argumentava-se ainda que a Europa não poderia ter uma Constituição porque, não possuindo um povo, não haveria igualmente um acto unilateral por parte deste para se dotar de uma Constituição⁸⁶⁸: a Constituição europeia não seria dada à UE por parte de um povo constituinte, mas sim por parte dos EM⁸⁶⁹, dos quais permaneceria ainda dependente.

Estas objecções tradicionalmente formuladas descuram, no entanto, a possibilidade de existir um movimento constitucional gradual, evolutivo, que não se manifesta num único momento determinado na História, mas vai surgindo, *de facto*, através da actividade jurisdicional ao longo do tempo, informada por um ambiente cultural de fundo evolutivo⁸⁷⁰. Ao contrário do que acontece com o acto constitutivo que dota o Estado de uma Constituição (normalmente um acto revolucionário⁸⁷¹, e formal, decantando os novos princípios e regras num documento escrito), na Europa assiste-se antes à formação de uma Constituição através de “fontes culturais”, que não almejam criar uma nova lei que corresponda à vontade do soberano (no caso, o povo), mas são aceites devido à necessidade de uma justiça racionalmente determinada⁸⁷² – surge assim uma ordem constitucional *espontânea*, fundada (no caso

⁸⁶⁷ MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU”, in *Yearbook of European Law*, Vol. 31, No. 1, 2012, pág. 199, e DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 13 ss.

⁸⁶⁸ V. a este propósito, em relação ao procedimento constituinte e a sua normal associação a momentos extraordinários, a explicação de CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 77; e ainda MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 204, nota 25.

⁸⁶⁹ SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 69: “While nations give themselves a constitution, the European Union is given a constitution by third parties”. A rejeição do carácter constitucional dos Tratados é ainda reafirmada por não terem existido em ambiente europeu os mesmos procedimentos que normalmente se podem observar nos Estados quando no âmbito de procedimentos constitucionais: a inexistência de uma assembleia constituinte, o facto de todos os EM terem que ratificar o Tratado, a inexistência de poder constituinte derivado, e ainda a inexistência de um controlo de constitucionalidade.

⁸⁷⁰ MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 204.

⁸⁷¹ Quanto ao acto revolucionário normalmente associado ao poder constituinte nacional, v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 81 e 82; salientando a diferença existente entre esse processo constituinte e aquele experienciado pela União, v. SILVEIRA, Alessandra, “Notas sobre o constitucionalismo europeu”, pág. 21.

⁸⁷² MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 205.

européu) no intercâmbio existente entre as várias ordens constitucionais presentes na UE⁸⁷³, às quais não se atribui, no entanto, o mesmo impacto quotidiano⁸⁷⁴.

O processo de constitucionalização europeu surgiu, por isso, com a actividade jurisdicional do TJ(CE)⁸⁷⁵, que ao longo dos seus julgamentos foi desenvolvendo, afirmando e aplicando princípios constitucionais europeus (mesmo na ausência de uma Constituição formal europeia), os quais foram sendo complementados por princípios constitucionais nacionais comuns, dando origem a uma Constituição europeia *compósita* em múltiplos sentidos⁸⁷⁶: desde logo em relação à *origem* dos princípios que a compõem (nacional ou supranacional), bem como em relação à *forma* assumida pelos mesmos (escrita ou não escrita), ou ainda o seu carácter relativamente *transitório* e *evolutivo*, tendo em conta não só o processo mais ou menos permanente de revisão dos Tratados, como também o próprio processo de criação contínuo da Constituição europeia⁸⁷⁷. São características da Constituição compósita⁸⁷⁸: ser uma Constituição *multidimensional*, requerendo uma mudança de perspectiva consoante as regras a que nos referimos sejam de origem nacional ou europeia; ser ainda *multinível*, com as diversas normas (nacionais e europeias) numa relação de complementaridade entre elas, sendo que apenas a sua conjugação permite a completa compreensão de uma situação; por

⁸⁷³ Segundo CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1375 / 1376, a lei constitucional europeia comum deriva tanto da abertura das ordens constitucionais nacionais à integração europeia, quanto da constante relação e interpenetração das ordens constitucionais nacionais e supranacional. V. ainda, p. ex., na decisão do Tribunal Constitucional alemão acerca do Tratado de Lisboa, a menção ao princípio constitucional de abertura à integração europeia (*Europarechtsfreundlichkeit*) – ex. § 221, 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009. V. também o exemplo do princípio do reconhecimento mútuo e os desafios constitucionais que levantou em vários EM – em MITSILEGAS, Valsamis, “The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU”, in *Common Market Law Review*, Vol. 43, Issue 5, 2006, pág. 1277 ss.

⁸⁷⁴ KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 21. Será efectivamente de prever e esperar que as ordens constitucionais nacionais tenham um maior impacto na regulação da vida constitucional quotidiana do que a ordem europeia, intervindo esta apenas em determinadas questões que de alguma forma se relacionem com as suas competências.

⁸⁷⁵ O TJ e o Parlamento Europeu são mesmo identificados como os “poderes constituintes” europeus – MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 528 / 529.

⁸⁷⁶ O que não impede que cumpra todas as funções básicas de uma Constituição, nomeadamente a afirmação de valores fundamentais da comunidade a que se aplica e a regulação dos poderes públicos – RAUBER, Jochen, “On Communitarian and Constitutional...”, pág. 207; e PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, pág. 51 (com mais detalhe). Relativamente à função da Constituição enquanto instrumento *criador* da unidade no âmbito da sociedade moderna, v. SILVEIRA, Alessandra, “Notas sobre o constitucionalismo europeu”, pág. 11; no mesmo sentido, salientado a função *integradora* da mesma, CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1380 e 1381.

⁸⁷⁷ Esta característica leva alguns autores a manifestar a opinião de que uma lei fundamental (*Grundgesetz*) seria mais adequada à UE do que propriamente uma Constituição (*Verfassung*) – v. MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 202, nota 19. O constante processo evolutivo constituinte pode ainda ser comparado com aquele – federalizante – que existiu nos EUA: v. a interessante avaliação feita na opinião da AG Eleanor Sharpston no âmbito do processo C-34/09 (*Zambrano*), § 171 a 177. Rejeitando mesmo esta proposta, ao argumentar que a validade dos Tratados continua a dever-se ao Direito Internacional e portanto estes não possuem a validade auto-suficiente das Constituições, HARTLEY, Trevor, “The Constitutional Foundations of the European Union”, in *The Law Quarterly Review*, Vol. 117, April 2001, pág. 227 a 233.

⁸⁷⁸ Com MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 201, nota 15.

último, existe ainda um elemento de *competição* entre os níveis, com ambos pretendendo a supremacia, e ambos deferindo em certa medida.

Ao longo da sua existência o TJ foi, assim, conferindo uma dimensão constitucional à UE e afastando gradualmente a ordem jurídica europeia das características tipicamente internacionais. O processo de “constitucionalização dos Tratados constitutivos”⁸⁷⁹ iniciou com a formulação dos princípios do efeito directo e do primado da aplicação das normas europeias, o que iria originar a “impossibilidade (como regra geral) de controlo da constitucionalidade das normas do direito da União Europeia pelos tribunais nacionais”⁸⁸⁰; no ordenamento da União não teria também cabimento o princípio internacional segundo o qual o incumprimento por uma das partes justifica o incumprimento por parte das restantes partes no Tratado⁸⁸¹. A limitação da soberania dos EM é definitiva, não caducando as competências atribuídas à União por não exercício das mesmas⁸⁸²; e de acordo também com a doutrina constitucional, o TJ afirma que os Tratados não poderão ser modificados por via consuetudinária, uma vez que as instituições comunitárias não têm um poder de disposição sobre os mesmos⁸⁸³.

É a partir de 1983 que o TJ passa livremente a referir-se ao carácter constitucional dos Tratados constituintes: “Impõe-se salientar primeiramente, a este respeito, que a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado”⁸⁸⁴. Após este primeiro caso, outros passaram a fazer referência ao facto de os Tratados constituírem a carta constitucional da União, distinguindo-os ainda dos restantes Tratados internacionais⁸⁸⁵ e utilizando-os como referência para a protecção dos valores fundamentais da própria União⁸⁸⁶. Esta

⁸⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 12.

⁸⁸⁰ PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, pág. 45. O autor refere ainda a opinião de Canotilho e Vital Moreira, que mencionam o facto de a hierarquia, aplicabilidade e obrigatoriedade das normas europeias ser uma questão jurídico-constitucional europeia, e não jurídico-constitucional nacional, como seriam num caso de puro Direito Internacional. V. ainda o caso C-6/64 (*Costa ENEL*), particularmente na pág. 555 (versão portuguesa): “Diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais”.

⁸⁸¹ C-90 e 91/63 (*Commission v Luxembourg and Belgium*), sobretudo pág. 631 (versão inglesa).

⁸⁸² C-7/71 (*Commission v France*), § 16 a 23.

⁸⁸³ C-68/86 (*United Kingdom v Council*), em especial § 24.

⁸⁸⁴ C-294/83 (*Les Verts v Parliament*), § 23.

⁸⁸⁵ Opinião 1/91 (*Accord EEE*), § 20 / 21, comparando Tratados internacionais, que apenas criam obrigações para as partes signatárias e não originam transferência de soberania alguma, com o TCE, que se aplica aos EM e seus nacionais e que implica a limitação da soberania dos EM.

⁸⁸⁶ Opinião 1/91 (*Accord EEE*), § 46, fazendo referência, de um modo geral, aos “próprios fundamentos da Comunidade”, algo de que alguns autores retiram uma menção aos limites materiais de reforma constitucional – DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 13; no mesmo sentido, mas associando a integração europeia à universalização de princípios anteriores e superiores aos Estados, e portanto indisponíveis para estes, PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, pág. 52. Mais recentemente, também o processo C-402/05P (*Kadi*), § 276, referindo explicitamente “princípios de direito comunitário de natureza constitucional”, “entre os quais figura o princípio segundo o qual todos os actos comunitários devem respeitar os

constitucionalização da União e a reforçada importância concedida a princípios indica, segundo alguns autores, a correlativa perda de relevância dos objectivos da União, surgindo agora esta como uma entidade, uma comunidade de Direito com valores que a definem⁸⁸⁷.

Por todos os aspectos referidos, parece não ser coerentemente possível negar a existência de uma Constituição, pelo menos em sentido material, da UE; assim sendo, impõe-se de seguida determinar o que compõe afinal essa Constituição.

De uma forma imediata, e numa visão mais formal, podemos dizer que a Constituição europeia é formada pelo TUE, TFUE, CDFUE, e ainda os Tratados de adesão dos EM⁸⁸⁸; outros elementos devem ser, no entanto, integrados no conceito de Constituição europeia: a CEDH e a jurisprudência dos Tribunais europeus⁸⁸⁹, mas também princípios e tradições constitucionais comuns aos EM enquanto princípios gerais de DUE e (embora só por vezes) a jurisprudência de tribunais constitucionais dos EM⁸⁹⁰. Alguns dos princípios constitucionais desenvolvidos pelo TJ revelam uma importância tal para a compreensão da estrutura constitucional da EU, a sua relação (constitucional) com os EM e algumas questões especificamente penais posteriores que um esboço breve dos mesmos se torna agora necessário.

3.2 (Alguns) Princípios constitucionais europeus

Neste título serão liminarmente estudados alguns dos princípios de teor constitucional desenvolvidos pelo Tribunal da UE ao longo da sua jurisprudência; todos os princípios que serão mencionados relevam e interferem também na matéria penal, seja em relação à sua criação, aplicação ou interpretação⁸⁹¹.

direitos fundamentais, constituindo este respeito um requisito da sua legalidade que compete ao Tribunal de Justiça fiscalizar no âmbito do sistema completo de vias de recurso estabelecido pelo mesmo Tratado” – § 285 (e § 281, em relação à fiscalização dos actos da União).

⁸⁸⁷ Opiniões agregadas de Armin von Bogdandy e Franz Reimer, mencionadas em LARIK, Joris, “From Specialty to a Constitutional Sense of Purpose: on the Changing Role of the Objectives of the European Union”, *in* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, October 2014, pág. 952 / 953.

⁸⁸⁸ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 302, nota 2. Para uma análise da questão de saber se um Tratado pode ser uma Constituição – e das diferentes funções e objectivos destes instrumentos –, bem como das similitudes e diferenças em relação a aspectos como a sua entrada em vigor, procedimentos de revisão e intensidade do vínculo criado entre as partes, v. DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 15 a 25.

⁸⁸⁹ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 72.

⁸⁹⁰ MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 201, nota 15.

⁸⁹¹ Devemos notar que não iremos referir explicitamente o princípio do respeito pelos Direitos Fundamentais, por dois motivos: primeiro, porque a problemática individualmente considerada se tornou obsoleta a partir do momento em que a União passou a ter de facto legislação expressa em defesa dos direitos dos cidadãos europeus (recorde-se, antes disso, toda a saga *Solange* entre o TJ e o Tribunal Constitucional Alemão), apesar de os direitos fundamentais fazerem parte integrante dos princípios gerais de direito do ordenamento comunitário, conforme definido nos Ac. C-4/73 (*Nold*), § 13 e C-260/89 (*ERT*), § 41), e a partir da previsão de acesso formal à CEDH – um exemplo da protecção agora concedida pelo TJ aos DF pode ser dada pelo julgamento C-293 e 594/12 (*Digital Rights Ireland*), caso em que o Tribunal considerou a Directiva 2006/24/EC inválida por não respeitar princípios vertidos na CDFUE. Por outro lado, as questões que ainda hoje são levantadas por alguma dimensão de protecção dos direitos

a) **Unidade do ordenamento jurídico da União Europeia**

Um dos primeiros princípios afirmados pelo Tribunal europeu foi a unidade do seu ordenamento jurídico⁸⁹², querendo com este significar que a ordem jurídica criada pelos Tratados é uma ordem jurídica própria, independente da dos Estados, com os seus métodos próprios de criação, aplicação e interpretação de normas. Esta questão era de maior relevância quando a UE ainda se encontrava dividida em pilares, questionando-se então a doutrina se os princípios desenvolvidos pela jurisprudência europeia para o Primeiro Pilar se aplicariam também aos instrumentos do Segundo e Terceiro Pilares⁸⁹³; desde o Tratado de Lisboa que a UE é uma entidade única⁸⁹⁴, fazendo com que essa questão já não se coloque. Continua a ter o seu relevo, no entanto, no sentido de requerer uma certa coerência interna do ordenamento jurídico europeu, o que penalmente se manifesta na necessidade de se definir uma política criminal que confira sentido e unidade às várias medidas penais adoptadas, e que implique imbuir essas mesmas medidas de certos valores europeus⁸⁹⁵.

fundamentais prendem-se de igual modo com outros princípios europeus, como o princípio do primado, efeito directo ou interpretação conforme – esses sim analisados aqui.

⁸⁹² No emblemático Acórdão C-26/62 (*Van Gend en Loos*), pág. 210 da versão portuguesa: confrontado com a relutância dos Estados-Membros, que consideravam que a questão submetida a processo deveria ser exclusivamente resolvida pela jurisdição nacional, contradiz o TJ: “[...] deve concluir-se que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais”.

⁸⁹³ V. a problematização da questão, p. ex., em DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 7 ss. A extensão da aplicação de alguns princípios a instrumentos do Terceiro Pilar – como o princípio do reconhecimento mútuo ou da interpretação conforme – operada pelo TJ parecia apontar no sentido de reconhecer a unidade de todo o ordenamento da UE, ainda que algumas regras variassem então consoante o pilar de onde provinha a norma ou medida em questão.

⁸⁹⁴ A personalidade jurídica da União encontra-se estabelecida no art. 47º TUE, sendo que mais nenhum órgão ou organismo europeu tem personalidade jurídica a menos que tal esteja estabelecido em alguma norma (como é o caso dos arts. 282º e 308º TFUE, que concedem personalidade jurídica, respectivamente, ao Banco Central Europeu e ao Banco Europeu de Investimento). Essa personalidade manifesta-se sobretudo em disposições como o art. 335º TFUE, que reconhece à UE a mais ampla capacidade jurídica atribuída às pessoas colectivas em cada EM, e o art. 3º, nº 2 TFUE (entre outras disposições ao longo do mesmo Tratado), que estabelece a capacidade da UE de celebrar acordos internacionais.

⁸⁹⁵ Uma outra questão, cuja necessidade já se adivinha mas não se tornou ainda tão premente quanto a falta de uma política criminal europeia, é a definição de alguns elementos relativos à parte geral do Direito Penal: não sendo possível por vezes evitar o uso de conceitos da parte geral nas normas europeias, o que até agora tem acontecido é que o instrumento legislativo europeu não fornece qualquer definição própria, fazendo com que sejam aplicados os conceitos nacionais (o que pode, naturalmente, dar origem a discrepâncias na aplicação da norma europeia nos vários países); ou fornece alguma orientação acerca do que se deve entender com o conceito da parte geral utilizado, mas essa definição é válida apenas para essa peça legislativa, dando origem ou à repetição constante de fórmulas ou à utilização de diferentes definições em diferentes instrumentos legislativos (o que não favorece, precisamente, a coerência interna do ordenamento da União). Embora seja ainda uma questão doutrinariamente controversa, tal necessidade não poderá ser ignorada quando existir um verdadeiro DP supranacional directamente aplicável aos cidadãos europeus (voltaremos a esta questão num título posterior).

b) Princípio do primado

O princípio do primado do DUE, segundo o qual uma norma europeia terá prioridade de aplicação em relação a uma norma nacional que com a primeira se encontre em conflito⁸⁹⁶, foi desenvolvido pelo Tribunal também na década de 60⁸⁹⁷, procurando com isso garantir a eficácia e a uniformidade do Direito da União. A formulação inicial do primado encontrou (e continua ainda hoje a encontrar) alguma resistência por parte dos EM, que viram as suas normas internas, *quaisquer que elas fossem* – o que inclui o Direito Penal⁸⁹⁸ ou o Direito Constitucional⁸⁹⁹ –, desprovidas de efeito assim que se revelassem contrárias a um norma de origem europeia que procurasse atingir um objectivo da União; mesmo à *interpretação* das normas europeias é estendida a mesma garantia⁹⁰⁰.

As normas internas que forem consideradas contrárias ao DUE são-no de imediato, não sendo necessário aguardar por um qualquer tipo de acto de revogação por parte das autoridades nacionais para que ao juiz incumba a sua não aplicação⁹⁰¹; não padecem, no entanto, de invalidade, sendo apenas determinada a sua *desaplicação* no caso concreto⁹⁰². Na medida em que se revelem capazes de ser aplicadas sem com isso entrarem em conflito com as

⁸⁹⁶ O princípio do primado é, no fundo, uma regra de conflito, que determina a norma a aplicar (e em que medida) no caso de existirem várias normas contraditórias aplicáveis ao caso; é um princípio que deve ser utilizado no caso de não ser possível conciliar os valores ínsitos à norma nacional e à norma europeia, configurando assim uma regra menos drástica do que a concessão de validade inatacável do Direito nacional, ou da oposição de uma regra europeia similar à existente nos Estados Federais – CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1379.

⁸⁹⁷ C-6/64 (*Costa ENEL*), na pág. 555 e 556 (versão portuguesa): “Esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado”.

⁸⁹⁸ O primado manifesta-se aqui pelos efeitos (negativos ou positivos) que o DUE surte sobre o Direito Penal. Esta questão será analisada mais detidamente no capítulo seguinte, aquando da evolução da competência penal da União.

⁸⁹⁹ Já se conseguia inferir isso mesmo do referido Ac. *Costa ENEL* – “Resulta do conjunto destes elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, *qualquer que seja*, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade” – pág. 556 (versão portuguesa, sublinhados acrescentados). Esta questão ficou no entanto clara a partir do também célebre caso C-11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), onde o Tribunal escreve (§ 3), após reiterar a sua jurisprudência anterior e sem lugar para dúvidas, que “a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado”. Este foi, aliás, o Ac. que deu origem à decisão *Solange I* por parte do Tribunal Constitucional Alemão.

⁹⁰⁰ C-82/71 (*SAIL*), § 15.

⁹⁰¹ C-106/77 (*Simmenthal*), § 17 e 24; C-13/91 (*Debus*), § 32. Os deveres que se impõem ao Estado derivados deste princípio são, mais do que o dever de desaplicação, também o *dever de modificação* da norma penal contrária ao DUE, e o *dever de abstenção* de se criarem, em primeiro lugar, normas em contradição com o ordenamento europeu – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 443 a 445.

⁹⁰² Confrontar com o disposto nos casos C-93/75 (*Adlerblum*), § 4, e C-62/93 (*BP Soupergaz*), § 13, em que o TJ se declarou incompetente para conhecer da *incompatibilidade* de uma medida nacional com o Direito da UE.

disposições de Direito da União, deverão os órgãos nacionais determinar, de acordo com os procedimentos disponíveis, se invalidam a totalidade da medida contrária à norma europeia ou apenas a parte em que com esta última entra em conflito⁹⁰³. A dimensão processual do princípio do primado encontra-se também assegurada na medida em que deve ser submetida à jurisdição do TJ qualquer questão relacionada com a validade ou interpretação do Direito da União⁹⁰⁴. Conforme se pode depreender, a força vinculativa deste princípio depende em grande medida da vontade dos EM de o respeitarem⁹⁰⁵, algo que foram aceitando sem grande problemática em relação à legislação ordinária, mas já não em relação à lei constitucional.

Os juízes constitucionais vêem-se de facto na difícil posição de deverem ser leais a duas ordens jurídicas: devem, por um lado, defender a Constituição e os valores a que esta garante protecção, e por outro devem respeitar o primado e actuar como garante da validade, eficácia e unidade do Direito da União – algo que por vezes pode originar conflitos, o que por sua vez leva os juízes constitucionais a adoptar soluções algo inusitadas⁹⁰⁶ que procuram evitar um

⁹⁰³ Essa possibilidade foi afirmada primeiramente no caso C-34/67 (*Lück*), pág. 251 (versão inglesa), sendo posteriormente concretizada também no Ac. C-10/97 (*Ministero delle Finanze*), § 21.

⁹⁰⁴ Através do reenvio prejudicial ou recurso de anulação, estando os tribunais precludidos de avaliar a validade de um acto da União – neste sentido, AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe. Ein Studienbuch*, 3. Völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C. H. Beck München, 2011, pág. 493; e ainda DIEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 32. Essa impossibilidade foi ineludivelmente afirmada no Ac. C-314/85 (*Foto-Frost*), § 14 a 20; posteriormente, o Conselho Constitucional francês recusou-se a apreciar a validade constitucional de uma Directiva europeia relativa ao comércio electrónico, reconhecendo que tal decisão competia apenas ao TJ (Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004).

⁹⁰⁵ DOBBS, Mary, “Sovereignty, Article 4(2) TEU and the respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?”, in *Yearbook of European Law*, Vol. 33, No. 1, 2014, pág. 304. Apesar de continuar até hoje sem ser inscrito em qualquer Tratado, a Declaração 17 e parecer jurídico que cita, anexa ao Tratado de Lisboa, lembra que “[o] facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça”.

⁹⁰⁶ Alguns exemplos: no caso italiano *Federfarma* (Consiglio di Stato, Sezione 5, 4207/05) o Tribunal Constitucional italiano havia declarado a inconstitucionalidade parcial de uma lei, tendo sido depois alvo de uma interpretação que a deixava já de acordo com a Constituição; apesar disso, a lei era contrária ao DUE, na medida em que impunha restrições consideradas inadmissíveis pela Comissão (no âmbito de um processo contra a Itália). O Consiglio di Stato recusou, no entanto, desaplicar a lei, argumentando ainda que referir o caso ao TJ não era necessário uma vez que este não poderia ser tido em conta (adicionando, na prática, mais um motivo que excluiria o dever do Tribunal de última instância reenviar o caso ao TJ, para além daqueles do Ac. C-283/81 (*CILFIT*)), porque o direito à saúde (direito constitucional em causa) seria um “contra-limite” ao primado do Direito da União – v. para mais detalhes MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 215 / 216. A opção tomada num caso espanhol – C-81/05 (*Cordero Alonso*) – foi a oposta: quando confrontado com uma sentença anterior do TJ – C-442/00 (*Rodríguez Caballero*) – que determinava que uma lei nacional era de facto contrária ao DUE, lei essa que entretanto havia sido também alvo de uma interpretação (posterior ao julgamento do TJ) por parte do Tribunal Constitucional espanhol para que ficasse de acordo com o princípio da não discriminação *espanhol*, o órgão jurisdicional nacional escolheu referir a questão ao TJ, perguntando no fundo se deveria acolher a jurisprudência europeia ou seguir a interpretação entretanto efectuada pelo seu TC (§ 23 a 25); a resposta do Tribunal foi no sentido de afirmar que a interpretação dada pela jurisprudência europeia *a um princípio europeu* deve ser respeitada, de acordo com o princípio do primado, ainda que a jurisprudência constitucional nacional considere as normas em causa conformes ao princípio nacional correspondente (§ 41), concluindo dessa forma, mais uma vez, pela necessidade de desaplicação da lei em causa e salientando igualmente não só a validade e unidade do DUE, como também o conteúdo próprio dos princípios europeus.

conflito aberto entre ambos os ordenamentos, sobretudo quando a norma que se contesta se encontra ela mesma inscrita na Constituição⁹⁰⁷.

Existem, assim, diferentes graus de aceitação do princípio do primado em relação ao Direito Constitucional nacional, que não dependem somente da vontade do juiz constitucional, mas se iniciam antes de mais nos diferentes regimes constitucionais de aceitação do próprio DUE⁹⁰⁸: existem EM cujas Constituições contêm uma cláusula de limitação de soberania; EM que possuem cláusulas que permitem a transferência ou delegação de poderes; EM em que o poder deve ser exercido de forma comum; e EM que contam com procedimentos constitucionais especiais. Curiosamente, não existe uma relação imediata entre o modo de aceitação do DUE e a afirmação da supremacia do mesmo em relação ao Direito Constitucional, existindo ainda poucos exemplos de EM que reconhecem o primado de forma incondicional, colocando o Direito da União acima do seu Direito Constitucional⁹⁰⁹ – especificamente em relação ao caso português, as opiniões da doutrina não são uniformes, variando entre reconhecer o primado do DUE ou a necessidade de o confrontar com a Constituição em determinados casos⁹¹⁰.

Há quem afirme, no entanto, que tendo em conta a actual fase de integração e de desenvolvimento do DUE, o princípio do primado deve ser lido de forma mais relativizada, dispensando por isso “a doutrina musculada e sacralizadora das primeiras doutrinações sobre

⁹⁰⁷ Ou seja, não é uma norma inferior que se encontra de acordo com a Constituição mas em conflito com o DUE, mas sim uma norma constitucional em directa contradição do DUE. Exemplo disso é o caso C-285/98 (*Kreil*), onde o Estado alemão tentava justificar a exclusão de Tanja Kreil de qualquer participação nas forças militares (excepto serviços de saúde e música militar, serviços aos quais poderiam ser afectas mulheres), com base no art. 12^a Abs. 4 da Lei Fundamental, que proibia a prestação de serviço armado por parte das mulheres (§ 12). Após ter sido julgado contrário ao Direito da União (§ 26 a 32), a Constituição alemã acabou eventualmente por ser alterada, passando a dizer que as mulheres não devem ser *obrigadas* a prestar serviço armado (*cf.* com a redacção actual do artigo GG em causa: “[Frauen] dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden”).

⁹⁰⁸ HOFFMEISTER, Frank, “Constitutional implications of EU membership: a view from the EU Commission”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 3, 2007, pág. 80.

⁹⁰⁹ De facto, só a Irlanda, Áustria, Estónia, Suécia e aparentemente também os Países Baixos reconhecem a supremacia do DUE em relação a todo o Direito nacional; existem depois EM que colocam reservas em relação a medidas que possam potencialmente ferir os DF conforme reconhecidos nas suas Constituições (Alemanha, Itália, Grécia e ainda Dinamarca, em relação ao exercício de competências *ultra vires* por parte da UE); EM em que a questão não se encontra esclarecida ou pode ser de solução ambígua, ainda que pareça favorável ao DUE (Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Espanha, França, Roménia, Eslovénia, Hungria, e aparentemente também a Polónia); e EM em que o Direito da União é claramente colocado abaixo do Direito Constitucional (República Checa, Letónia, Bulgária e Eslováquia) – para uma análise completa dos regimes constitucionais e opiniões dos respectivos TC (quando existentes), v. HOFFMEISTER, Frank, “Constitutional implications...”, pág. 80 ss.

⁹¹⁰ Para uma análise da posição da doutrina portuguesa, v. MORAIS, Carlos Blanco de, “A Sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português”, *in* MIRANDA, Jorge (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Vol. I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pág. 226 ss – o autor inclina-se claramente para a sindicabilidade do DUE em relação ao Direito Constitucional português, ainda que em último recurso, devendo ser dada prioridade a um recurso para o TJ para que este se possa pronunciar antes da ordem jurídica portuguesa. Em sentido contrário, retirando a primazia total às Constituições nacionais e reconhecendo a necessidade destas se harmonizarem com a construção europeia, SILVEIRA, Alessandra, “Notas sobre o constitucionalismo europeu”, pág. 13; e MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 534, interpretando o art. 8^o, n^o 4 da CRP no sentido da remissão deste para o princípio do primado.

a matéria⁹¹¹; no mesmo sentido irá a opinião expressa pelo Tribunal Constitucional alemão, na sua decisão sobre o Tratado de Lisboa, quando afirma não reconhecer o primado do DUE de modo absoluto mas concedendo que uma eventual desaplicação do mesmo na ordem jurídica interna configuraria uma situação excepcional⁹¹². Este Tribunal compara mesmo a prerrogativa dos EM defenderem os aspectos fundamentais da sua identidade nacional em relação a alguma medida europeia àquela exercida pelo TJ no caso C-402/05P (*Kadi*), onde invocou princípios fundamentais da ordem jurídica europeia para contestar a aplicação de uma medida do Conselho de Segurança da ONU⁹¹³.

O princípio do primado releva ainda, de uma certa forma, para o controlo do exercício das competências da UE, para além da identidade constitucional dos EM – em princípio, tal questão não estaria dentro das competências de nenhum Tribunal nacional, dado o disposto no art. 344º TFUE; no entanto, o Tribunal Constitucional alemão afirmou, na mesma decisão, que poderia eventualmente vir a controlar um hipotético acto *ultra vires* da União, quando este interpretar o Tratado de forma a consubstanciar, de facto, uma alteração do mesmo por via interpretativa⁹¹⁴; resulta daí, numa espécie de novo *Solange*, que os EM poderão controlar a acção da União em relação à integração permitida pelos Tratados enquanto a UE não configurar um verdadeiro Estado Federal⁹¹⁵. Apesar de terem sentido a necessidade de

⁹¹¹ DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o teste da ‘Identidade Constitucional’ dos Estados-Membros – Uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009”, in MIRANDA, Jorge (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pág. 697.

⁹¹² 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 331 e 340.

⁹¹³ 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 340. Uma análise muito interessante desta saga de casos é efectuada por LARIK, Joris, “The Kadi Saga as a Tale of ‘Strict Observance’ of International Law: Obligations under the UN Charter, Targeted Sanctions and Judicial Review in the European Union”, in *Netherlands International Law Review*, LXI, 2014 – artigo onde são notórias as semelhanças entre o caso *Kadi* no contexto da ONU e as decisões dos Tribunais constitucionais nacionais contraditórias a alguma medida europeia, desde a necessidade de assegurar a sua supremacia, o receio de se estabelecer um precedente de desobediência e de desrespeito pela autoridade do órgão em causa, e por fim a solução intermédia *de facto* encontrada, pois a UE não chegou a agir contrariamente ao disposto pelo CS, levantando as medidas contra Kadi apenas, coincidentemente, quando o CS também o retirou da lista de que fazia parte. Este julgamento foi, no entanto, importante no sentido de afirmar os princípios fundamentais que subjazem à UE (conforme reconhecido pelo próprio TEDH no seu julgamento *Nada v. Switzerland*, de 12 de Setembro de 2012, § 212 e Opinião anexa do Juiz Malinverni, § 18), arrastando também consigo consequências para as futuras relações entre a UE e os seus EM – opinião de BÚRCA, Gráinne de, “The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 1, No. 51, 2009, pág. 4, nota 10.

⁹¹⁴ 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 338. Na base desta afirmação estará, porventura, a concepção de que o juiz europeu é muitas vezes movido por “uma certa ideia da Europa” (DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa...”, pág. 696), propositadamente ignorando argumentos juridicamente válidos em favor de uma interpretação expansiva do disposto nos Tratados (recorde-se, mais uma vez, os casos sobre poluição ambiental que acabaram por atribuir, se bem que apenas nessa questão, competência penal à Comunidade – I Pilar – quando esta se encontrava restrita à União – Terceiro Pilar).

⁹¹⁵ 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 334: “[...] folgt – jedenfalls bis zur förmlichen Gründung eines europäischen Bundesstaates und dem damit ausdrücklich zu vollziehenden Wechsel des demokratischen Legitimationssubjekts –, dass den Mitgliedstaaten das Recht zur Prüfung der Einhaltung des Integrationsprogramms nicht entzogen sein kann”. Da mesma opinião parece partilhar MORAIS, Carlos Blanco de, “A Sindicabilidade do Direito da União...”, pág. 242, quando afirma que, segundo o nº 4 do art. 8º da CRP, “Se a União aprovar actos normativos *fora do âmbito das suas competências* constantes dos Tratados institutivos, os respectivos actos não serão aplicáveis na ordem interna portuguesa nem, por consequência, poderão prevalecer sobre o direito ordinário ou constitucional interno” (sublinhados do autor).

reafirmar essa possibilidade na sua decisão, a verdade é que terá pouca ou nenhuma relevância prática, uma vez que não será necessário recorrer a um controlo jurisdicional do exercício das competências da União quando os próprios Tratados prevêem uma maior participação dos Parlamentos nacionais no controlo do respeito pelo princípio da subsidiariedade (nº 3 do art. 5º TUE, nº 2 do art. 352º TFUE e respectivo Protocolo relativo ao princípio da subsidiariedade).

Os confrontos entre a União e os TC nacionais têm mais potencial de ocorrer, portanto, naquela parte das Constituições da qual se tende a ser mais protector: os direitos fundamentais; tem sido este, na verdade, o campo em que o compromisso por parte dos EM é menor, exigindo uma acção conciliatória do lado da União⁹¹⁶. Parte do problema resulta do próprio regime de protecção dos DF na UE: a Carta tem um alcance limitado, e o TJ não tem competência para julgar casos de violação dos direitos fundamentais fora da sua relação com normas europeias⁹¹⁷, pelo que a lacuna de protecção resultante é preenchida pelas Constituições dos vários EM. Dentro deste tema, é na cooperação judiciária penal que mais se tem manifestado a relutância estadual em ceder a um primado absoluto da UE⁹¹⁸, e onde, por isso mesmo, tem levado a uma necessidade de maior compreensão por parte do TJ, a qual é actualmente expressa em vários

⁹¹⁶ V., p. ex., a posição expressa pelo Tribunal Constitucional da República Checa acerca do Tratado de Lisboa, no sentido de afirmar que, dadas as várias fontes legais de direitos fundamentais e várias interpretações possíveis delas resultantes, a interpretação a acolher em cada caso concreto deve ser aquela que melhor permita o cumprimento dos objectivos da Constituição – em FONTANELLI, Filippo, “How Interpretation Techniques can shape the Relationship between Constitutional Courts and the European Union”, in *King’s Law Journal*, Vol. 21, Issue 2, 2010, pág. 390 / 391. Ainda em relação a este Tribunal, a mudança de posição ocorrida entre a decisão relativa a quotas de açúcar e ao Mandado de Detenção Europeu (duas decisões com a diferença de dois meses entre elas) – a primeira aparentemente excluindo a revisão constitucional de normas europeias e a segunda admitindo-a –, o que mostra a disparidade de opiniões relativamente a esta questão – v. em KÜHN, Zdeněk, “The European Arrest Warrant, Third Pillar Law and National Constitutional Resistance/Acceptance”, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 3, 2007, pág. 128 ss. Anteriormente, v. ainda as opiniões dos Tribunais Constitucionais alemão e italiano, expressas nas decisões *Solange I* (2BvL 52/71), *Solange II* (2BvR 197/83) e *Granital* (Sentenza 170/1984, 5 Giugno 1984).

⁹¹⁷ V. o afirmado pelo TJ em vários casos, entre os quais C-299/95 (*Kremzow*), § 19; C-328/04 (*Vajnai*), § 13 a 15; C-302/06 (*Koval’ský*), § 22 e 23; C-361/07 (*Polier*), § 14 a 16. Esta situação faz com que a doutrina conclua que os direitos humanos “fazem parte da ‘lei aplicável’ do TJ, sem que façam parte da sua ‘competência’ ” – FONTANELLI, Filippo, “How Interpretation Techniques...”, pág. 390 (tradução livre).

⁹¹⁸ As leis de transposição do MDE foram, p. ex., julgadas inconstitucionais pelos Tribunais Constitucionais alemão e polaco; a relevância dessas decisões é relativizada, no entanto, pelo facto de ter sido ainda em relação a um instrumento do Terceiro Pilar, onde era questionável a aplicação do primado, dada a estrutura predominantemente intergovernamental do mesmo – Díez-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 34. Essa relutância pode ainda ser observada, se bem que de modo mais contido, numa sentença do Tribunal Constitucional espanhol de 2009 (Sentencia 199/2009, de 28 de Septiembre) relativa à entrega de um cidadão inglês às autoridades romenas para cumprimento de pena resultante de um julgamento *in absentia*, tendo acabado por a considerar ilegal, por a legislação espanhola ao abrigo da qual foi feita a cooperação (MDE) se encontrar ferida de inconstitucionalidade (por via da não utilização da hipótese, existente na legislação europeia, de pedir garantias para um novo julgamento ou recurso daquele efectuado *in absentia*) – para uma análise, v. FONTANELLI, Filippo, “How Interpretation Techniques...”, pág. 371 ss, e NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 354. Para uma análise de várias sentenças de Tribunais Constitucionais que evidenciam a relação de tensão existente com o MDE, v. também FICHERA, Massimo, “The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?”, in *European Law Journal*, Vol. 15, No. 1, January 2009, e HINAREJOS, Alicia, “The Lisbon Treaty Versus Standing Still: a View from the Third Pillar”, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, 2009, pág. 103 ss.

acórdãos⁹¹⁹. À medida, todavia, que a UE aprofunda a sua própria identidade e aumenta as possibilidades de defesa dos direitos fundamentais, o TJ tem expresso uma opinião mais favorável à utilização de critérios comuns que permitam o aprofundamento da integração⁹²⁰, em prejuízo do reconhecimento de dimensões nacionais de protecção que devam configurar legítimos limites ao primado do DUE; mas ainda hoje esta atitude mais assertiva do Tribunal continua a gerar reacções adversas por parte de TC que se recusam a comprometer certas garantias conforme previstas nas suas Constituições, desafiando assim o princípio do primado e dando origem, como se verá, ao constitucionalismo próprio do espaço europeu – razão pela qual iremos analisar com um pouco mais de detalhe a denominada “saga Taricco”, uma série de julgamentos na mais recente disputa entre o TJ e TC nacionais pela supremacia da respectiva lei.

O caso que deu início a esta série de julgamentos teve origem em Itália: em causa estava uma lei italiana que, de acordo com a opinião do órgão de reenvio⁹²¹, violava as obrigações que decorriam da UE ao fazer com que ficassem impunes hipotéticos agentes de crimes de fraude fiscal por prescrição dos crimes, pese embora a acção criminal tenha sido iniciada ainda dentro do limite temporal permitido; acresce ainda a particularidade de, aparentemente, tal regra de prescrição não existir para casos de violação de interesses similares do Estado italiano⁹²². O

⁹¹⁹ No caso C-7/98 (*Krombach*), § 37 a 45, o TJ incluiu algumas garantias ligadas ao direito a um processo justo (mais uma vez, estava em causa um julgamento *in absentia*) no âmbito da ordem pública, concedendo-lhes assim protecção também na esfera europeia; a necessidade explícita de conciliar os objectivos do Tratado com a protecção dos direitos fundamentais é afirmada pelo Tribunal no seu Ac. C-112/00 (*Schmidberger*), § 69 a 77. Também no caso C-36/02 (*Omega*), § 25 a 41, reconheceu que existem algumas especificidades nacionais protegidas pelos direitos fundamentais que, apesar de darem origem a uma restrição aos direitos reconhecidos pela UE (nomeadamente liberdade de prestação de serviços), devem ser respeitadas também no contexto europeu, incluindo-se assim igualmente no conceito de ordem pública a protecção da dignidade da pessoa humana. Já no processo C-396/11 (*Radu*), relativamente à possibilidade de recusar a cooperação judiciária (para procedimento penal) pelo facto de a pessoa cuja entrega é pedida não ter sido ouvida antes da emissão do MDE, o TJ reafirmou a prioridade das normas europeias e a relevância do objectivo europeu perseguido, negando a pretensão de recusa de cooperação (§ 37 a 43); confirmou depois ainda mais a sua posição, fazendo expresso apelo ao princípio do primado, no âmbito do caso C-399/11 (*Melloni*), § 46 a 64, ao concluir que a dimensão dos direitos fundamentais a proteger em situações de cooperação judiciária europeia seria a concedida pela CDFUE, e não pelos padrões das Constituições nacionais. Na sentença C-617/10 (*Akerberg*), § 36 e 37, no entanto, a CDFUE é interpretada num sentido em que confere aos órgãos jurisdicionais nacionais a possibilidade de conferirem uma protecção (neste caso ao princípio *ne bis in idem*) mais elevada do que aquela prevista pelo art. 50º, dependendo dos padrões nacionais a qualificação de uma sanção como medida penal ou não. Por vezes existem ainda situações que levam a que deva ser adoptada uma decisão distinta daquela afirmada na jurisprudência relevante até então, como foi o caso de C-411/10 (*N.S.*), § 86 a 94, em que se relativizou a obrigação de respeitar instrumentos de cooperação entre os EM (no caso, referente ao sistema de asilo europeu) quando existam indícios que revelem o desrespeito dos direitos fundamentais na prática no EM de destino.

⁹²⁰ Conforme se depreende da sua Opinião 2/13, em relação à adesão da UE à CEDH, (especialmente § 168 a 177) e da sua posição no referido Ac. C-399/11 (*Melloni*). Dependendo dos casos em análise, no entanto, o TJ tem expressado posições mais conciliatórias e protectoras do indivíduo, em detrimento da pura eficácia do DUE: é o que se pode verificar nos processos C-404 e 659/15 PPU (*Aranyosi e Căldăraru*), § 88 a 104, relativo à possível colocação em causa da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes; e C-216/18 PPU (*LM*), § 59 a 79, relativo ao direito de acesso a um tribunal independente e imparcial. Sobre esta jurisprudência evolutiva v. o artigo de CAEIRO, Pedro, FIDALGO, Sónia, e RODRIGUES, João, “The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention”, *in* Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25, No. 6, 2018, pág. 689 ss.

⁹²¹ C-105/14 (*Taricco*), § 25 e 26.

⁹²² C-105/14 (*Taricco*), § 48.

aspecto que convola toda a questão penal em questão também constitucional é, no entanto, a afirmação de que em causa se encontravam direitos fundamentais – em Itália a prescrição penal faz parte do DP substantivo, e não processual; o entendimento dos Tribunais Europeus (tanto TJ como TEDH) vai no sentido, no entanto, de atribuir à prescrição uma dimensão apenas processual, não sendo por isso susceptível de influir negativamente no princípio da legalidade (na sua dimensão de *lex praevia*), conforme reconhecido no art. 49º CDFUE⁹²³. Por estes motivos, conclui o TJ que de facto as disposições normativas italianas em causa se encontram em directa contradição com as obrigações decorrentes dos Tratados (nomeadamente do art. 325º TFUE), recaindo sobre o juiz nacional, de acordo com a doutrina do primado já estabelecida, o dever de desaplicar essas normas⁹²⁴.

Na sequência deste julgamento as opiniões da doutrina italiana dividiram-se, optando a maioria por discordar e criticar a opinião do TJ e a minoria por concordar com a mesma⁹²⁵. Poucos dias após o julgamento do TJ a jurisprudência italiana também manifestou a sua variável opinião – em dois casos semelhantes, um dos Tribunais (o Supremo Tribunal) optou por seguir o julgamento europeu, desaplicando a norma interna e condenando os arguidos, e o outro (um Tribunal em Milão) acabou por remeter o caso para o Tribunal Constitucional italiano, argumentando que a decisão do TJ, assim como os seus efeitos, não se encontravam de acordo com a Constituição italiana. Alguns meses mais tarde uma outra questão foi levada ao TC de Itália pelo Supremo, colocando em causa a constitucionalidade do TFUE em relação à interpretação dada pelo TJ quando confrontada não só com o princípio da legalidade em DP, mas ainda com a doutrina dos “contra-limites” à limitação da soberania italiana⁹²⁶. No que viria a dar origem ao denominado julgamento *Taricco II* pela doutrina, o TC italiano decide, ao contrário do que era pedido pela maioria da doutrina nacional (que determinava já a inconstitucionalidade do próprio TFUE)⁹²⁷, referir de novo a questão ao TJ, adoptando assim uma via mais dialógica com o Tribunal europeu, mobilizando apenas o princípio da legalidade

⁹²³ C-105/14 (*Taricco*), § 53 a 57.

⁹²⁴ C-105/14 (*Taricco*), § 58. A opinião da AG Kokott partilha deste entendimento, afirmando também não se encontrar em causa nenhum direito garantido pelo art 49º CDFUE e aconselhando à desaplicação da norma italiana em todos os processos pendentes semelhantes – § 115 a 128 da Opinião da AG Juliane Kokott no âmbito do processo C-105/14. Para uma análise deste julgamento, assim como das consequências do mesmo e jurisprudência concorrente do TEDH, v. BILLIS, Emmanouil, “The European Court of Justice: A ‘Quasi-Constitutional Court’ in Criminal Matters? The *Taricco* Judgment and Its Shortcomings”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 1, 2016.

⁹²⁵ V. em MANACORDA, Stefano, “The *Taricco* saga: A risk or an opportunity for European Criminal Law?”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018, pág. 6. A maioria dos juristas argumentava que este desenvolvimento do princípio da eficácia do DUE levaria a graves prejuízos futuros na protecção dos direitos fundamentais – STAFFLER, Lukas, “Towards a New Chapter of the *Taricco* Saga”, *in* *European Criminal Law Review*, Vol. 9, Issue 1, 2019, pág. 64.

⁹²⁶ Com detalhe, VIGANÒ, Francesco, “Supremacy of EU Law vs. (Constitutional) National Identity: A New Challenge for the Court of Justice from the Italian Constitutional Court”, *in* *European Criminal Law Review*, Vol. 7, Issue 2, 2017, pág. 107 a 109.

⁹²⁷ VIGANÒ, Francesco, “Supremacy of EU Law...”, pág. 110 ss. Repare-se que a validade dos Tratados pode teoricamente ser colocada em causa, uma vez que não constituem um acto de uma instituição comunitária, conforme no Ac. C-314/85 (*Foto-Frost*).

e a sua dimensão constitucional na ordem jurídica italiana enquanto parte da sua identidade constitucional⁹²⁸.

Neste caso, o Tribunal Europeu opta por evitar uma colisão directa com os TC dos EM, reafirmando, por um lado, o princípio do primado tal como anteriormente desenvolvido e em concordância com o disposto em *Taricco*, e por outro a possibilidade de os juízes italianos aplicarem o princípio da legalidade tal como entendido no ordenamento nacional, se da desaplicação das normas nacionais em causa resultar “uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida”⁹²⁹. Para chegar a esta conclusão, o TJ baseia-se em quatro argumentos: a protecção dos interesses financeiros da UE ser uma competência partilhada; a Itália ser livre, à altura da aprovação da lei em questão, de determinar que a prescrição faz parte do DP substantivo; a necessidade de se continuar a respeitar os direitos fundamentais dos arguidos quando se contrapõe a necessidade de desaplicar uma determinada norma; e a possibilidade de aplicação de níveis mais elevados de protecção daqueles, desde que não se coloque em causa a unidade e eficácia do DUE⁹³⁰.

As possíveis consequências desta solução (conciliadora por enquanto da posição do TJ e dos TC no plano europeu) podem ser, no entanto, prejudiciais a longo prazo para a unidade, coerência e eficácia do ordenamento europeu, na medida em que permitam a Estados-

⁹²⁸ C-42/17 (*M.A.S. and M.B.*). O raciocínio do TC baseava-se no seguinte: ao impor a desaplicação das normas em causa (tendo ainda em conta a sua dimensão substantiva na lei italiana, e não processual), o julgamento de *Taricco* fazia com que aos arguidos fossem aplicadas normas ou sanções com as quais não podiam contar na altura em que cometeram o crime, violando assim o princípio da legalidade tal como reconhecido no ordenamento italiano. Na verdade, tanto a doutrina quanto o próprio TC italiano concordam que esta disposição não faz sentido, na medida em que conduz à impunidade de agentes que também não possuem qualquer incentivo para concordar com julgamentos mais simplificados, uma vez que basta aguardar pelos procedimentos judiciais normais para que o crime prescreva (ainda que tenha sido aberto processo no tempo apropriado), colocando assim em aberto também a eventual responsabilidade da Itália perante a UE ao manter um regime claramente violador das suas obrigações – VIGANÒ, Francesco, “Supremacy of EU Law...”, pág. 113. Este regime italiano (na medida em que leva à impunidade por outros tipos de crime, nomeadamente corrupção, tortura e maus-tratos) foi também já criticado pelo TEDH, levando mesmo à responsabilização do Estado Italiano por incumprimento das obrigações por si assumidas ao abrigo da CEDH – v. *Ac. Cestaro v. Italy*, de 7 de Abril de 2015, e *Azzolina et Autres c. Italie*, de 26 de Outubro de 2017. O TC também não discorda do efeito directo atribuído pelo TJ ao art. 325º TFUE – v. VIGANÒ, Francesco, “Supremacy of EU Law...”, pág. 114 ss; e ainda STAFFLER, Lukas, “Towards a New Chapter of the *Taricco* Saga”, pág. 66 ss. Em relação ao efeito directo atribuído ao 325º, v. também SICURELLA, Rosaria, “Effectiveness of EU law and protection of fundamental rights: The questions settled and the new challenges after the ECJ decision in the *M.A.S. and M.B.* case (C-42/17)”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018.

⁹²⁹ C-42/17 (*M.A.S. and M.B.*), § 58; para o seguimento do raciocínio do TJ, v. § 29 ss – ao contrário da opinião do AG Yves Bot no âmbito deste processo, para o qual se impunha a reafirmação do princípio do primado, uma vez que não considerava estar em causa a identidade constitucional da Itália neste caso (em especial, § 169 ss da sua opinião). Para uma interessante contribuição acerca do limite resultante da identidade nacional, o pouco impacto (até agora) do art. 4º, nº 2 TUE e os resultados práticos da invocação de interesses legítimos perante o TJ (que eventualmente acaba por os reconhecer), v. também GARBEN, Sacha, “Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers”, *in* *Journal of Common Market Studies*, Volume 58, Number 1, 2020; em relação à identidade nacional e o seu tratamento pelo Tribunal v. também FARAGUNA, Pietro, “Taking Constitutional Identities Away from the Courts”, *in* *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 41, No. 2, 2016.

⁹³⁰ C-42/17 (*M.A.S. and M.B.*), § 43 a 48; v. ainda MITSILEGAS, Valsamis, “Judicial dialogue in three silences: Unpacking *Taricco*”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018, pág. 40 / 41.

Membros basear-se neste julgamento para assegurar a aplicação da dimensão nacional de um determinado princípio (ao invés da dimensão europeia do mesmo), com isso evitando cumprir com as suas obrigações perante a UE. Poderá colocar ainda em causa o sentido de proteger os direitos fundamentais no plano europeu, quando no fim bastará invocar a identidade constitucional do EM para que essa protecção seja afastada em prol da existente no ordenamento interno, o que leva alguns autores a questionar se não teria sido simplesmente melhor reafirmar o primado e a busca por critérios verdadeiramente comuns de defesa dos direitos fundamentais no espaço europeu⁹³¹; por outro lado, o diálogo estabelecido entre ambos os Tribunais mostra a relutância em abertamente contrariar a ordem jurídica oposta, procurando antes soluções que possam representar um compromisso para todos os envolvidos⁹³².

Este recente episódio jurisprudencial, bem como as decisões dos Tribunais Constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa, podem ser vistos em geral como a reafirmação da posição dos TC no âmbito de um espaço judicial europeu mais vasto, que gradualmente lhes retira a supremacia de que tradicionalmente gozavam na ordem interna – primeiro com a jurisdição do TEDH, e agora (cada vez mais) pelo surgimento do TJ como tribunal também responsável pela defesa dos direitos fundamentais no contexto de uma ordem normativa europeia própria. Os direitos fundamentais podem funcionar, todavia, mais como um veículo de integração do que de divisão e imposição de uma visão extremadamente nacionalista: “se [os Tribunais Constitucionais] conseguirem trazer o seu conhecimento para a Europa sem medo de serem ofuscados pelos tribunais europeus, a linguagem comum dos direitos fundamentais europeus irá, esperançosamente, evoluir para um sistema consistente”⁹³³.

c) Princípio da cooperação leal

O princípio da cooperação leal, decorrente hoje do nº 3 do art. 4º TUE, impõe aos EM e à UE “assistirem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados”⁹³⁴; para os EM em específico este princípio apresenta duas vertentes distintas: por um lado implica uma acção *positiva* por parte dos Estados, devendo estes adoptar todas as medidas que se

⁹³¹ Partilhando desta opinião, e para uma análise mais detida, assim como a possível contradição, neste julgamento, do afirmado pelo TJ em *Melloni*, v. VIGANÒ, Francesco, “*Melloni* overruled? Considerations on the ‘*Taricco II*’ judgment of the Court of Justice”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018. Também neste sentido, GALLO, Daniele, “Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court’s new stance on direct effect and the preliminary reference procedure”, in *European Law Journal*, Vol. 25, Issue 4, July 2019.

⁹³² Embora pareça que a concessão foi apenas do lado europeu, o TC italiano também cedeu em alguns aspectos, como demonstra a análise da sua posição; este tipo de diálogo é ainda típico não só da UE como também de um sistema verdadeiramente federal – v. o já disposto *supra* nota 768.

⁹³³ FONTANELLI, Filippo, “How Interpretation Techniques...”, pág. 392 (tradução livre).

⁹³⁴ Artº 4º, nº 3, § 1 TUE.

mostrem necessárias e adequadas à prossecução “das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União”⁹³⁵, e por outro um dever *negativo*, no sentido de se absterem de adoptar “qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União”⁹³⁶.

A relevância penal (ou, de um modo mais geral, sancionatória) deste princípio traduziu-se no princípio da *assimilação*, o qual foi desenvolvido pelo TJ para que os interesses da (então) Comunidade tivessem a mesma protecção concedida aos interesses análogos⁹³⁷ dos EM: como não dispunham, e não dispõem, nem de competência própria ilimitada para tomarem todas as medidas consideradas necessárias para a sua protecção nem de um aparelho judicial próprio para julgarem as infracções a essas normas, a única forma de garantir esses interesses seria através dos EM. Apesar de ser formulado de uma forma relativamente simples – os mesmos meios de protecção para os mesmos interesses –, a verdade é que a questão pode não ser tão evidente, desde logo porque os interesses nacionais podem ser protegidos através de vários meios (sanções penais, sanções administrativas...) e não resultar claro qual, ou quais, os padrões que devem ser por força deste princípio transferidos para os interesses comunitários equivalentes.

Para a identificação do interesse em causa deve ainda existir uma base legal que o crie⁹³⁸, sendo a partir deste momento obrigação dos EM garantir a sua protecção de modo similar à do correspondente interesse nacional – especificamente em relação ao Direito Penal, e tendo em atenção o limitado espaço de aplicação permitido para a analogia, isso significa muitas vezes a criação de novos tipos penais ou a equiparação expressa, naqueles já existentes, entre o bem jurídico nacional e o bem jurídico da UE⁹³⁹, operando deste modo (por ordem de gradual “invasão” na ordem jurídica nacional) uma *expansão da jurisdição* nacional (porque passam a aplicar-se tipos penais nacionais a actos cometidos fora do território do Estado⁹⁴⁰), uma *expansão dos tipos penais* nacionais (que se aplicam e protegem não só os interesses para os quais foram pensados, de natureza interna, mas são colocados ao serviço dos interesses

⁹³⁵ Artº 4º, nº 3, § 2 TUE.

⁹³⁶ Artº 4º, nº 3, § 3 TUE.

⁹³⁷ Como é salientado pela doutrina, os interesses não têm que ser exactamente idênticos: a similitude entre o interesse nacional e da UE averigua-se pela sua *natureza e importância*, cumprindo assim o mesmo tipo de funções no âmbito da ordem legal onde se encontram incluídos; a partir do momento em que se identifica o interesse em causa (ou, como diríamos no nosso ordenamento, o bem jurídico em causa), o grau de protecção empregue para o bem jurídico nacional deve ser o mesmo empregue para a protecção do interesse comunitário – ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later – Does the Principle of Assimilation Still Have a Role to Play Within European Criminal Law?”, in FREUND, Georg (etc.) (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pág. 1393.

⁹³⁸ ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1394.

⁹³⁹ Isto não só devido ao exigido pelo princípio da legalidade (na sua vertente de *lex certa*), mas também porque normalmente os tipos penais não são criados nos Estados tendo em vista a protecção de outros interesses para além daqueles especificamente pensados para a norma em causa. Para as obrigações que decorrem do princípio da assimilação é, no entanto, “indiferente se a lei nacional se encontra ou não preparada para tutelar os interesses comunitários” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 506.

⁹⁴⁰ P. ex. perjúrio perante o TJ.

européus⁹⁴¹), ou uma *expansão do Direito Penal*, na medida em que seja necessário criar DP novo para responder às obrigações decorrentes deste princípio⁹⁴².

O princípio da assimilação surgiu primeiramente na jurisprudência com o que é comumente conhecido na doutrina como Acórdão *Milho Grego*⁹⁴³, onde o Tribunal afirma claramente (§ 24) que os EM “ao mesmo tempo que conservam a possibilidade de escolher as sanções, eles devem, designadamente, velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, confirmam à sanção um carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo”. Daqui resultam, portanto, *dois* deveres distintos: o *dever de assimilação* – o Estado deve punir de forma análoga as violações a interesses da União que sejam “de natureza e importância” semelhantes a violações dos interesses dos Estados; e o dever de *tutela efectiva* – essa assimilação pode, ainda assim, demonstrar-se ineficaz, desproporcionada ou não dissuasora, pelo que, se for esse o caso, incumbe ao Estado aplicar sanções para comportamentos que violem os interesses da União que revistam essas características⁹⁴⁴.

Neste Acórdão faz-se ainda referência ao aspecto processual deste princípio, ao ser referido explicitamente que “[a]lém disso, as autoridades nacionais devem proceder, no que se refere às violações do direito comunitário, com a mesma diligência com que actuam na aplicação das normas nacionais correspondentes”⁹⁴⁵ – não basta, por isso, ter legislação, sendo ainda necessário que se actue na prática, em relação aos interesses da UE, de modo semelhante àquele que se verifica para a protecção dos interesses nacionais. É neste sentido que o TJ

⁹⁴¹ P. ex. a obrigação decorrente do artº 194º, nº 1, § 2 do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica – para uma análise de alguns problemas interpretativos que pode levantar, v. AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 481.

⁹⁴² Imagine-se uma situação em que um EM não dispunha de normas de Direito Penal para protecção de algum interesse nacional equivalente ao interesse europeu, mas o TJ considerava as medidas nacionais disponíveis insuficientes, na medida em que não configuravam uma sanção eficaz, proporcional e dissuasiva: neste caso, podem (na prática) configurar-se verdadeiros deveres de criminalização, apesar de tal decorrência deste princípio ser discutível – v. HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, in SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut und HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014, pág. 275: “Im Einzelfall können sich die vom EuGH konkretisierten Vorgaben zu einem Pönalisierungsgesetz verdichten”; em sentido concorrente, com detalhe, mas realçando o facto de o TJUE se focar essencialmente numa “obrigação de resultado”, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 504 a 509.

⁹⁴³ C-68/88 (*Comissão c. Grécia*); antes deste caso o TJ só havia afirmado o dever dos EM de “adoptarem todas as medidas apropriadas [...] para assegurar o cumprimento das obrigações resultantes de acções das instituições da Comunidade”, o que “permite aos vários Estados-Membros escolherem as medidas que consideram apropriadas, incluindo sanções que podem mesmo ser de natureza criminal” – C-50/76 (*Amsterdam Bulb*), § 32 (tradução livre).

⁹⁴⁴ CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 503 e 504 e ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1390.

⁹⁴⁵ C-68/88 (*Comissão c. Grécia*), § 25. No mesmo sentido, BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties in European Criminal Law: The Duty of National Criminal Justice Authorities to Enforce Community Law”, in CULLEN, Peter and JUND, Sarah (Eds.), *Criminal Justice Co-operation in the European Union after Tampere*, Köln, Bundesanzeiger, 2002, pág. 80.

estabelece mais uma obrigação de resultado do que legislativa (uma dimensão prática⁹⁴⁶) que nos levará de seguida à análise dos requisitos que compõem o dever de tutela efectiva.

O princípio da assimilação impõe, portanto, o sancionamento de *condutas equivalentes* quando atentem contra interesses europeus, com o mesmo *grau de severidade* existente para os correspondentes interesses nacionais. A equivalência da *conduta* avalia-se, conforme já referido, em relação ao interesse subjacente à norma e à função que cumpre no ordenamento em que se insere – p. ex., no nº 2 do art. 325º TFUE é estabelecida uma equivalência expressa entre os interesses financeiros dos Estados e os interesses financeiros da UE⁹⁴⁷. A equivalência de *severidade* averigua-se em relação ao tipo de sanções existentes e previstas no Direito nacional para aquele tipo de comportamento lesivo dos interesses em causa – p. ex., quando o interesse nacional é protegido, até uma dada gravidade da conduta, apenas com sanção administrativa, deve o mesmo grau de severidade ser cominado ao comportamento lesivo do equivalente interesse europeu; o mesmo se diga em relação ao sancionamento (ou não) da conduta quanto à ocorrência de dano ou colocação em perigo, com dolo ou também negligência, tentativa, etc.⁹⁴⁸

Esta equivalência é o que se retira normalmente do cumprimento do princípio da assimilação, mas é ainda discutível se esse dever impõe a previsão de medidas e actuação de modo *igual* ou apenas *análogo*, caso em que algumas diferenças entre a protecção concedida aos interesses nacionais e europeus seria permitida, desde que simultaneamente se assegurasse uma tutela efectiva dos mesmos. A diferença resulta desde logo entre a formulação utilizada no *Ac. Milho Grego* (§ 24), que expressamente utiliza o vocábulo “análogas” em relação às condições a serem asseguradas pelos EM, e depois a redacção que é adoptada no Tratado da Comunidade Europeia, que faz referência às “mesmas” medidas⁹⁴⁹; também no Tratado de Lisboa se manteve a identidade de medidas a adoptar, e não o seu aspecto análogo⁹⁵⁰. Apesar

⁹⁴⁶ Esta posição do TJ resulta mais clara no processo C-265/95 (*Comissão c. França*), acórdão onde, pese embora legislativamente, no ordenamento jurídico francês, se encontrassem previstas todas as medidas necessárias à protecção dos interesses comunitários, o TJ afirmou a responsabilidade da França por violação das obrigações decorrentes do princípio da assimilação, uma vez que não tinha actuado no sentido de efectivamente os proteger – v. § 48 a 52 e 65.

⁹⁴⁷ Outros exemplos de equivalência de interesses podem ser mencionados: é o caso da poluição do ar (de âmbito europeu), do orçamento da União, ou a integridade dos funcionários da UE – mencionados em HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 275. Um outro exemplo decorre do art. 30º do Estatuto do TJ em relação à violação dos juramentos das testemunhas e dos peritos – para uma análise desta norma e a obrigação que dela decorre por força do princípio da cooperação leal (e não por força do princípio do efeito directo), v. SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 52 e 53, e também no mesmo sentido CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 514 ss e AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 480 a 482.

⁹⁴⁸ HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 275.

⁹⁴⁹ É curioso observar que a versão portuguesa do Tratado (versão consolidada de Amesterdão), ao contrário da inglesa, que utiliza o vocábulo “same”, traduz o mesmo no art. 280º TCE para “análogas”, tendo aparentemente optado por acolher a formulação utilizada no julgamento do TJ que primeiramente deu origem ao princípio da assimilação ao invés da formulação adoptada no Tratado.

⁹⁵⁰ Mais uma vez, a versão portuguesa é a única (das versões cujas línguas foram consultadas, nomeadamente inglês, francês, espanhol, italiano e alemão) que continua a fazer referência, agora no art. 325º TFUE, às medidas “análogas”, sendo que todas as outras versões se referem às “mesmas” medidas.

de ser uma discrepância digna de nota, tendo em atenção a dimensão iminentemente prática avaliada pelo TJ nestes casos, não parece que apresente uma grande relevância em termos de determinação da responsabilidade do EM em causa⁹⁵¹; este aspecto é ainda corroborado pelo facto de, independentemente das medidas existentes a nível nacional, o Estado-Membro dever assegurar uma tutela eficaz dos interesses da União⁹⁵².

A *tutela efectiva*, por seu lado, que também decorre do princípio de cooperação leal, avalia se as sanções (que não têm obrigatoriamente que ser sanções penais) previstas e concretizadas pelo EM em defesa dos interesses da União são – de acordo com o estabelecido no Ac. *Milho Grego* – eficazes, proporcionais e dissuasoras. O seu carácter *eficaz* diz respeito a não se tornar “impossível ou excessivamente difícil”⁹⁵³ a penalização dos comportamentos e agentes que atentem contra os interesses da UE; por outro lado, devem ainda ser eficazes no sentido de *adequadas* a proteger esses interesses, cumprindo as finalidades de prevenção geral e especial pertinentes⁹⁵⁴.

A circunstância de serem ainda *dissuasivas* averigua-se em relação a dois factores: por um lado, a sanção *prevista* deve ser suficientemente grave para poder motivar o cumprimento da lei, adequando-se assim à gravidade da lesão dos interesses europeus⁹⁵⁵; e por outro, a probabilidade de *cominação* dessa sanção deve também contribuir para dissuadir o agente de cometer o acto proibido, sobretudo em relação a factores como a frequência de detecção e controlo, a probabilidade de ser investigado ou aberto processo, de condenação, etc⁹⁵⁶.

Por fim, a sua *proporcionalidade* deve ser avaliada simultaneamente em face dos objectivos perseguidos e das restrições que tal sancionamento provocará relativamente aos

⁹⁵¹ ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1393 – o autor refere aqui que não se deve ainda sobrestimar a precisão da legislação europeia ou a intenção do Tratado para se dar demasiada importância a diferenças destas. No entanto, após analisar a introdução do princípio da assimilação em Maastricht e a sua versão de Amesterdão, Pedro Caeiro conclui que o TCE modificou o dever de assimilação no sentido de o tornar “mais estrito, porquanto passam a exigir que os Estados tutelem os interesses financeiros da Comunidade através dos mesmos meios sancionatórios que utilizam para proteger os seus interesses semelhantes, eliminando a margem de apreciação na escolha dos meios de que os Estados gozam, em geral, à luz do art. 10º” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 510 ss (citação da pág. 514).

⁹⁵² Isso mesmo resulta dos “casos em que o dever de assimilação não é suficiente para cumprir as obrigações comunitárias”, ainda que “*no plano pragmático*, [...] a previsão de normas e sanções da mesma natureza seja a via normal (e necessária) do cumprimento do dever de assimilação” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 508 / 509 (sublinhados do autor).

⁹⁵³ BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 81, que aplica às sanções o critério desenvolvido pelo TJ para a reparação de prejuízos causados por violação do DUE – Ac. C-46 e 48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), p. ex. § 67; C-199/82 (*San Giorgio*), § 14; C-6 e 9/90 (*Francovich*), § 43. Sobre este último caso e problematização da existência de um “Direito Comunitário dirigente”, mais do que uma “Constituição dirigente”, v. ainda o artigo de CANOTILHO, José Gomes, “Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente”, in FEITEIRA, Alice (etc.), *Colectânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 1999, sobretudo pág. 151 ss.

⁹⁵⁴ Segundo HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 276.

⁹⁵⁵ Afastando deste modo a possibilidade de previsão de sanções bagatelares, simbólicas ou claramente insuficientes para responder a comportamentos que afectem de modo grave os interesses da UE – HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 276.

⁹⁵⁶ HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 276, e BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 81.

direitos e liberdades garantidos pelo DUE, não devendo exceder o estritamente necessário à protecção dos interesses da União⁹⁵⁷, mas devendo ainda corresponder à gravidade da infracção cometida⁹⁵⁸.

Daqui resulta a hipótese de o simples cumprimento do princípio da assimilação poder não cumprir com os requisitos impostos pelo dever de tutela efectiva dos interesses da União⁹⁵⁹, devendo todos os EM ter esse aspecto em conta nas sanções que prevêm e modo como perseguem a acção penal. Inversamente, também resulta deste dever que por vezes pode ser suficiente uma tutela menor (no sentido de menos grave ou menos restritiva das liberdades europeias) em relação àquela existente para interesses nacionais similares, se se verificar que cumpre de igual modo com os requisitos de eficácia, proporcionalidade e dissuasão⁹⁶⁰. De um modo geral, no entanto, o que se denota é que o dever de tutela efectiva assim formulado tende a pressionar o Direito Penal para um progressivo endurecimento, o que se observa na não trivial questão de permitir a cominação de várias sanções ao mesmo facto, desde que só uma revista carácter penal (o que, como se percebe, é problemático em relação ao princípio *ne bis in idem*)⁹⁶¹. A jurisprudência subsequente ao emblemático Ac. *Milho Grego* foi, na sua esteira, reiterando sempre o dever de assimilação e de tutela efectiva⁹⁶², principalmente em relação às medidas europeias com conteúdo penal⁹⁶³, ainda quando adoptadas no âmbito do Terceiro Pilar.

⁹⁵⁷ C-83/94 (*Leifer*), § 33 e 34; v. também CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 509.

⁹⁵⁸ C-193/94 (*Skanavi*), § 36 e 37. V. ainda HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 277, e BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 81. Para a diferença entre este princípio da proporcionalidade e aquele próprio do DP, v. também HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 17.

⁹⁵⁹ A afirmação apenas de um princípio de assimilação deixaria a União inteiramente dependente do tipo de protecção existente (ou mesmo inexistente) nos diversos EM, o que poderia não ser de todo no interesse da UE; teria ainda o potencial de, verificando-se uma situação de grande divergência entre o modo de protecção concedido aos interesses europeus, dar origem a um fenómeno de *forum shopping* pelo ordenamento menos garantista dos mesmos. V. ainda CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 507, e BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 81 / 82.

⁹⁶⁰ CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 509.

⁹⁶¹ Alertando para isso mesmo, bem como para a necessidade de se manterem as sanções proporcionais à infracção cometida (até por força do disposto tanto na jurisprudência já citada como no nº 3 do art. 49º CDFUE), HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 18. Precisamente este problema ficou claro no já referido Ac. C-617/10 (*Akerberg*), § 34 a 37, salientando o TJ que o art. 50º CDFUE “não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos factos de inobservância das obrigações de declaração em matéria de IVA, uma combinação de sobretaxas fiscais e de sanções penais”.

⁹⁶² Como exemplos: C-186/98 (*Nunes de Matos*), § 14; C-213/99 (*de Andrade*), § 19 e 20; C-333/99 (*Commission v France*), § 49 a 55; C-91/02 (*Hannl Hofstetter*), § 18 a 20; C-617/10 (*Akerberg*), § 26 a 29.

⁹⁶³ C-105/03 (*Pupino*), § 42; C-354 e 355/04P (*Segi*), § 52; T-228/02 (*OMPI*), § 122 a 126; T-256/07 (*OMPI II*), § 132 e 133; T-284/08 (*OMPI III*), § 52e 52 (v. ainda o recurso da França no âmbito deste último processo, C-27/09P (*França v PMOI*)). Não obstante em alguns destes Ac. se verificar já uma preocupação mais evidente com a defesa dos direitos do arguido, a doutrina aponta que a aplicação ao DP do princípio da cooperação leal tal como foi sendo desenvolvido para outras áreas do Direito da União faz com que a dimensão coercitiva do mesmo seja agravada, enquanto a dimensão de protecção das liberdades e dos direitos dos arguidos vai ficando descurada – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 53 ss. Hoje o Tratado de Lisboa confere uma base legal inequívoca (desde a unificação dos pilares) para a aplicação do princípio da cooperação leal (com todas as suas consequências) à área de liberdade, segurança e justiça.

Mas o princípio da cooperação leal também impõe aos EM um dever *negativo*, de não agir ou não impor proibições ou limitações a direitos concedidos pelo DUE, quando essas proibições ou limitações não são justificadas⁹⁶⁴ – o princípio opera, agora, uma *restrição* ao Direito Penal nacional, levando mais uma vez à desaplicação do Direito nacional que se revela contrário aos Tratados⁹⁶⁵.

As obrigações derivadas do princípio da cooperação leal que foram sendo desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal europeu representavam então a única forma da União garantir a protecção dos seus interesses, bem como de ter algum controlo, ainda que residual, sobre as normas de Direito Penal que se revelassem perniciosas para o DUE (ou, inversamente, necessárias ao DUE), uma vez que qualquer competência penal se encontrava ainda fora de cogitação. Apesar disso, o princípio da cooperação leal assim interpretado revela provocar alguns problemas, sendo desde logo difícil tanto para os EM como para a UE averiguar do seu cumprimento⁹⁶⁶.

A técnica da assimilação pode ainda causar dificuldades no âmbito da cooperação judiciária, devido a diferenças entre os EM na qualificação, construção e punição de um dado comportamento lesivo dos interesses da EU. Dado que a assimilação não requer também, em princípio, nenhuma alteração legislativa por parte dos EM, mas simplesmente que estes integrem a protecção dos interesses europeus naquela que já concedem aos seus próprios interesses, podem ainda surgir questões relacionadas com a inadequação dessas normas em relação aos (novos) problemas que se colocam no âmbito da União, assim como em relação à potencial diferença de tratamento em cuja origem se encontra a diferença de regimes existentes nos vários Estados⁹⁶⁷. Outros autores referem ainda o facto de a técnica da assimilação poder eventualmente atentar contra o princípio da legalidade (vertente *lex parlamentaria*), na medida em que o legislador nacional não teve controlo em relação ao objecto de referência da norma penal que criou, para além de isso muitas vezes criar problemas

⁹⁶⁴ P. ex. processos C-203/80 (*Casati*), sobretudo § 27; C-186/87 (*Cowan*), § 19; C-163/94 (*Sanz de Lera*), § 24 a 39; C-265/95 (*Comissão c. França*), § 32; C-348/96 (*Donatella Callà*), § 17 (e § 24 a 28 em relação à aplicação da pena de expulsão de forma automática a um cidadão da UE); C-212/04 (*Adeneler*), § 95 e 102. Em relação ao princípio da eficácia e a sua relação com o efeito negativo deste princípio, HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional...”, pág. 269.

⁹⁶⁵ C-163/94 (*Sanz de Lera*), § 48.

⁹⁶⁶ ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1394. O controlo sobre a verificação, num caso concreto, da ocorrência de uma violação dos interesses europeus equiparáveis aos nacionais pertence à competência do TJ, mesmo que primeiramente essa equivalência deva ser estabelecida pelos EM: “Ob ein gleichartiger Verstoß vorliegt, ist anhand eines Wertungsaktes zu beurteilen, welcher einer Vertretbarkeitskontrolle durch den EuGH unterliegt” – HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 275. A questão prende-se, do lado dos EM, com a particularidade de não ser fácil determinar se o princípio da assimilação é suficiente para dar cumprimento às suas obrigações ou não; do lado da UE foi já argumentado que por vezes os interesses da UE teriam uma melhor protecção através do emprego de medidas preventivas, ao invés de apenas repressivas – v. p. ex. a opinião do AG Carl Lenz no âmbito do processo C-265/95 (*Comissão c. França*), § 69. Tal controlo por parte do TJ, no entanto, poderia ir para além do permitido em termos de julgamento das opções nacionais – BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 82.

⁹⁶⁷ ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1396.

interpretativos de difícil resolução⁹⁶⁸; e é ainda observado que o incremento positivo na situação dos cidadãos, que podem recorrer aos Tribunais internos para alegar que um qualquer comportamento proibido não o deve ser, por força do DUE, é largamente ultrapassado pelo detrimento que este princípio representa na sua esfera, já que se exige uma acção eficaz por parte dos Estados para responsabilizar aqueles que ajam contra os interesses da União⁹⁶⁹.

Por fim, dada a evolução entretanto observada na UE e a competência própria que esta agora tem para proteger os seus interesses também por meio de normas penais (nomeadamente através da competência anexa reconhecida no art. 83º, nº 2 TFUE), harmonizando assim as disposições existentes para esse fim em todos os EM⁹⁷⁰, será que as obrigações decorrentes da interpretação do princípio da cooperação leal ainda cumprem algum objectivo independente hoje? A resposta a esta questão relaciona-se em grande medida com os objectivos da harmonização conseguida a nível europeu: esta muitas vezes estabelece apenas patamares mínimos de protecção, que podem ser por isso ultrapassados pelos EM⁹⁷¹ (oferecendo assim uma maior protecção aos interesses da União) devido ao dever de não distinção entre a protecção conferida aos seus interesses e àqueles equivalentes da UE, e isto tanto em relação ao *modo* de penalização – p. ex. punição da negligência na esfera nacional que não é referida no instrumento de harmonização europeu –, como em relação às *condutas* incluídas no tipo, caso em que a definição existente nos Estados pode ser mais ampla do que aquela conseguida em ambiente europeu.

Por outro lado, é ainda destacado o papel que deveria desempenhar na determinação da *necessidade* de novas medidas de harmonização, em relação ao nível de protecção já existente nos diversos EM, funcionando assim também como um princípio que deveria estabelecer mais um critério regulador da criminalização de condutas na UE⁹⁷²; no entanto, a protecção dos interesses da UE só será unitária, só deixará de provocar os problemas referidos, quando realmente se atingir um grau de integração e harmonização maior do que aquele existente hoje⁹⁷³.

⁹⁶⁸ AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 481, dando o exemplo do art. 194º TCEEA e a sua integração no ordenamento alemão.

⁹⁶⁹ BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 84 – o que significa não só que os Estados têm o dever de iniciativa *contra* os cidadãos, mas não a seu favor, mas também que, em termos puramente *quantitativos*, o número de infracções agora potencialmente imputáveis aos indivíduos por força do princípio da cooperação leal é maior do que o número de infracções que devem deixar de o ser.

⁹⁷⁰ Algo que a doutrina destaca potenciar a maior severidade das sanções, dada a coexistência de medidas de harmonização europeias com os deveres decorrentes da tutela efectiva – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 18. V. ainda, sobre algumas medidas de harmonização, SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 392 e 393.

⁹⁷¹ ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1397.

⁹⁷² ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later...”, pág. 1398. Em princípio as medidas de harmonização deveriam ser utilizadas quando se determinasse que a protecção conferida pelos EM não era suficiente – JESCHECK, Hans-Heinrich, “Possibilità e limiti de un diritto penale...”, pág. 21.

⁹⁷³ HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 277. É, aliás, um dos motivos normalmente referidos para a necessidade de medidas verdadeiramente supranacionais para a protecção dos interesses próprios da União.

d) Princípio do efeito directo

Paralelamente ao primado, foi desenvolvido pelo TJ o princípio do efeito directo, que pretende, sob certas condições, permitir que alguns instrumentos produzam efeitos directamente na esfera dos cidadãos sem que necessitem de medidas de implementação nacionais – o efeito directo não deve ser confundido com a *aplicabilidade directa* de que gozam, por exemplo, os Regulamentos⁹⁷⁴, algo que implica por natureza a inexistência de medidas nacionais interpostas. A doutrina do efeito directo surgiu assim, primeiramente, em relação a disposições dos Tratados que se revelassem suficientemente *claras e incondicionais* para poderem surtir efeitos directamente na esfera dos sujeitos⁹⁷⁵; de seguida foi afirmada essa possibilidade relativamente a decisões do antigo Primeiro Pilar⁹⁷⁶, enquanto instrumentos destituídos de carácter vinculativo em princípio não poderiam também produzir efeitos directos na esfera dos particulares⁹⁷⁷.

Foi sobretudo para fazer face à inacção dos EM na transposição de Directivas que o Tribunal europeu foi alargando e desenvolvendo a doutrina do efeito directo em relação a

⁹⁷⁴ Art. 288º TFUE. Os Regulamentos são directamente aplicáveis, o que significa que entram em vigor e criam direitos ou deveres sem que seja necessário – ou mesmo permitido – qualquer acto de transposição nacional – Ac. C-34/73 (*Fratelli*), § 8 a 11; C-253/00 (*Muñoz*), § 27 / 28. A jurisprudência do TJ identificou ainda outras disposições, para além dos Regulamentos, que dispõem de aplicabilidade directa, como algumas disposições dos *Tratados* – C-168/85 (*Comissão c. Itália*), § 11; C-412/04 (*Comissão c. Itália*), § 68; C-512/08 (*Comissão c. França*), § 53 (apesar de no § 55 utilizarem a expressão “efeito directo”) – ou *Acordos* – C-262/96 (*Sürül*), § 60; C-265/03 (*Simutenkov*), § 21; C-372/06 (*Asda Stores*), § 82; C-240/09 (*Lesoochranárske*), § 44. Em alguns destes casos são ainda mencionados os mesmos critérios desenvolvidos para averiguar do efeito directo das Directivas, pelo que a semelhança que se procurou estabelecer entre ambos os institutos fica clara. Sobre o efeito directo dos Regulamentos v. ainda o caso C-60/02 (*Criminal proceedings against X*), § 61 e 62, e CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2011, pág. 190.

⁹⁷⁵ C-26/62 (*Van Gend en Loos*), pág. 210 / 211 (versão portuguesa); estas normas não estavam ainda dependentes de qualquer acto legislativo por parte dos Estados, sendo por isso “perfeitamente susceptível de produzir efeitos directos nas relações jurídicas entre os Estados-membros e os seus sujeitos”. Com detalhe, v. CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 183 a 189.

⁹⁷⁶ C-6/70 (*Grad*), § 6. V. também CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 191.

⁹⁷⁷ Pese embora essa questão devesse ainda assim ser analisada pelo Tribunal nos casos em que se levantassem dúvidas sobre a produção de efeitos jurídicos na esfera de terceiros – v. o Acórdão C-355/04P (*Segt*), § 53 e 54.

estas: primeiro afirmando o efeito directo *vertical*⁹⁷⁸ – dos indivíduos em relação ao Estado⁹⁷⁹ –, de seguida negando o seu efeito *horizontal*⁹⁸⁰ (de um particular em relação a outro), e também não concedendo efeito directo aos instrumentos próprios do Terceiro Pilar, embora (como iremos ver de seguida) *alguns* efeitos lhes tenham sido atribuídos. Às Directivas individualmente consideradas também não são reconhecidos efeitos directos *in malam parte*, o que significa que não podem fundamentar, por si só, a responsabilidade penal de um indivíduo⁹⁸¹.

Desta doutrina, aplicada especificamente ao Direito Penal, podemos retirar que o efeito directo das Directivas poderá apenas fundamentar uma *neutralização* da lei penal

⁹⁷⁸ Os Ac. fundamentais nesta primeira fase de reconhecimento de efeito directo às Directivas, embora estas não apresentassem nenhum dos critérios inicialmente afirmados para o efeito directo das disposições dos Tratados (contém aspectos discricionários, necessita sempre de medidas de implementação nacionais, e em princípio não é precisa o suficiente para ser susceptível de ser directamente aplicada), são os C-41/74 (*Van Duyn*) e C-148/78 (*Ratti*). No primeiro o TJ desenvolveu os argumentos relativos à eficácia do DUE: “Seria incompatível com o efeito obrigatório que o artigo 189 ° reconhece às directivas excluir em princípio que as obrigações por elas impostas possam ser invocadas pelos interessados. Nomeadamente nos casos em que as autoridades comunitárias impuseram aos Estados-membros, mediante directivas, a obrigação de adoptarem uma determinada conduta, o efeito útil de tais actos ver-se-ia diminuído se os particulares fossem impedidos de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais e se estes não pudessem tê-los em consideração como elementos do direito comunitário. Aliás, o artigo 177.º, que permite aos órgãos jurisdicionais nacionais solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre a validade e interpretação de todos os actos adoptados pelas instituições da Comunidade, sem qualquer distinção, implica que esses actos podem ser invocados pelos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais.” – § 12. O terceiro argumento surgiria com *Ratti*: “a Member State which has not adopted the implementing measures required by the directive in the prescribed periods may not rely, as against individuals, on its own failure to perform the obligations which the directive entails” (§ 22) – ou seja, desde que a Directiva contenha disposições suficientemente claras e precisas e o prazo de transposição tenha já decorrido sem que o EM tenha cumprido com a sua obrigação, não poderá este opor a um particular disposições nacionais contrárias à Directiva, ainda que de natureza penal (§ 20 a 24), consistindo esta possibilidade (de originar direitos contra o Estado) no chamado *efeito vertical* das Directivas. Por outro lado, esses direitos surgem na esfera do particular *apenas* quando o prazo de transposição decorre sem que o EM aja em conformidade com as suas obrigações à luz do Direito Europeu – § 43 a 47 – (em causa encontravam-se duas Directivas, uma cujo prazo de transposição havia já decorrido e outra em que restava ainda algum tempo para transposição, baseando o TJ nesse dado o facto de, em relação à primeira, precluir o sancionamento de *Ratti*, e em relação à segunda permitir a aplicação sem mais da lei nacional), algo que foi criticado pela doutrina por permitir o sancionamento de condutas que pouco tempo depois não configurariam qualquer ilícito – v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 111.

⁹⁷⁹ Do Estado contra o particular também não é possível invocar o efeito directo da Directiva, uma vez que isso configuraria uma situação de *venire contra factum proprium*: o Estado não pode invocar em seu favor uma Directiva que, em incumprimento das suas obrigações, não transpôs – C-8/81 (*Becker*), § 24 “Consequently, a Member State which has not adopted the implementing measures required by the directive within the prescribed period may not plead, as against individuals, its own failure to perform the obligations which the directive entails”. Esta doutrina deriva do argumento “*estoppel*”, e foi apelidada também de *efeito vertical inverso*.

⁹⁸⁰ C-152/84 (*Marshall*), § 48: “With regard to the argument that a directive may not be relied upon against an individual, it must be emphasized that according to Article 189 of the EEC Treaty the binding nature of a directive, which constitutes the basis for the possibility of relying on the directive before a national court, exists only in relation to ‘each Member State to which it is addressed’. It follows that a directive may not of itself impose obligations on an individual and that a provision of a directive may not be relied upon as such against such a person.”; posteriormente, no caso C-188/89 (*Foster*), § 18 a 20, o TJ precisou o conceito de “Estado” de modo a incluir organismos sob o controlo do Estado ou que dispusessem de poderes normalmente indisponíveis a pessoas privadas, fazendo com que também contra estes se pudesse invocar uma Directiva. Em geral sobre a doutrina do efeito directo, v. CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 191 a 199 e MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 106 ss.

⁹⁸¹ C-14/86 (*Pretore di Salò*), § 20; C-80/86 (*Kolpinghuis*), § 9 e 10.

nacional – cujo tipo legal deixa de fazer sentido por não apresentar já um comportamento que possa, por força do Direito Europeu, ser considerado proibido –, e nunca fundamentar ou originar, *por si só*⁹⁸², a responsabilidade penal dos indivíduos; é, por isso, uma doutrina que se pretende aplicar em favor dos indivíduos, que passam deste modo a beneficiar das disposições europeias ainda que os respectivos Estados não tenham cumprido com a obrigação de transposição das mesmas.

Mas para além da doutrina do efeito directo o TJ desenvolveu ainda o princípio da interpretação conforme, uma alternativa àquele efeito aplicável também aos instrumentos europeus com conteúdo penal (mesmo às Decisões-Quadro, existentes no antigo Terceiro Pilar e às quais era expressamente negado efeito directo).

e) Princípio da interpretação conforme

O princípio da interpretação conforme, também chamado *efeito indirecto*, foi desenvolvido pelo TJ para assegurar a eficácia do Direito da União mesmo nas situações em que um instrumento não tem nem aplicabilidade nem efeito directo: ainda assim, afirma o Tribunal, decorre do princípio da cooperação leal que a legislação interna dos EM deve ser interpretada à luz dos objectivos da legislação europeia em causa⁹⁸³, o que não requer que as

⁹⁸² V. em geral CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 464 e 465. Esta questão surge no âmbito das excepções à negação do efeito directo horizontal. Surge, em primeiro lugar, o chamado *efeito horizontal incidental*: apesar de as Directivas não poderem ser invocadas entre particulares, e não possuírem efeito directo horizontal, pode acontecer que uma determinada legislação nacional esteja de facto a violar uma Directiva (não implementada dentro do prazo), e por isso essa legislação deve ser desaplicada; ao ser desaplicada, confere a uma das partes no litígio uma vantagem, sofrendo a outra parte uma desvantagem, daí o seu efeito horizontal ser indirecto, uma vez que a obrigação imposta em causa decorre não *directamente* da Directiva, que não cria nada novo (nem lei, nem direitos nem obrigações para os particulares), mas sim de legislação nacional – os principais casos europeus neste tema são C-194/94 (*CLA Security*), § 44 e 45 e C-443/98 (*Unilever*), § 45 a 52. Com mais detalhe, CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 207 ss. Uma eventual aplicação desta doutrina a casos penais não será em princípio possível, devido à aplicação tanto da regra geral da doutrina do efeito directo (*in malam parte*) quanto dos princípios gerais de Direito, mormente princípio da legalidade e da não-retroactividade – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London, Routledge, 2013, pág. 100 e 130 a 132 (quanto aos efeitos desta excepção no Direito Penal). A segunda excepção surge do efeito horizontal incidental por força da *aplicação de princípios gerais de Direito*: neste caso, *e ainda que o prazo de transposição da Directiva não tenha sido ultrapassado*, a aplicação de princípios gerais de Direito europeu pode ser invocada num processo entre particulares, determinando a desaplicação da legislação nacional contrária à Directiva. Os processos a mencionar neste âmbito são C-144/04 (*Mangold*), § 72 a 77 (de destacar o explanado no § 76: “o respeito do princípio geral da igualdade de tratamento, especialmente em razão da idade, não pode, enquanto tal, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para transporem uma directiva destinada a aplicar um quadro geral de luta contra as discriminações em razão da idade”); e C-555/07 (*Kücükdeveci*), § 19 a 43, em que se reforça o entendimento de *Mangold*. Para as críticas que esta doutrina sofreu, v. CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 212 / 213, bem como a aceitação por parte do Tribunal Constitucional alemão, que não declarou a posição do TJ em *Mangold* como um acto *ultra vires* – 2BvR 2661/06 (*Honeywell*). Sobre o efeito horizontal dos direitos fundamentais na UE (nomeadamente da CDFUE) v. também FRANTZIOU, Eleni, “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *in* *European Law Journal*, Vol. 21, No. 5, September 2015.

⁹⁸³ C-14/83 (*Von Colson*), § 26: o TJ retirou das obrigações decorrentes das Directivas e do princípio da cooperação leal um dever também para os Tribunais nacionais de adoptar todas as medidas ao seu alcance para promover o respeito pela legislação europeia, o que no caso destes últimos se expressaria na necessidade de interpretar a lei nacional de uma forma que promovesse a eficácia dos objectivos da Directiva em causa – “although Directive No 75/207/EEC, for the purpose of imposing a sanction for the breach

disposições europeias sejam claras, precisas ou incondicionais⁹⁸⁴. Esta obrigação, ainda que formalmente só exista após a expiração do prazo de transposição da Directiva em causa⁹⁸⁵, implica ainda, desde a entrada em vigor da Directiva, que os EM se abstenham de adoptar medidas contrárias aos objectivos da Directiva – o que para os Tribunais significa que desde essa primeira data devem, na medida do possível, interpretar já a lei nacional existente de modo a não comprometer o objectivo perseguido por essa Directiva⁹⁸⁶. Este mecanismo visa deste modo garantir uma maior uniformidade da aplicação do DUE, procurando ao mesmo tempo não implicar a neutralização da lei nacional⁹⁸⁷.

Inevitavelmente, a questão colocar-se-ia também no campo do Direito Penal, o que inicialmente surgiu em relação à questão de saber se este dever de interpretação conforme poderia dar lugar à afirmação (ou agravamento) da responsabilidade criminal de um particular⁹⁸⁸: o Tribunal de Justiça afirmou, tal como em relação ao efeito directo, que também através deste efeito indirecto não poderiam os instrumentos legislativos europeus, por si só, justificar ou agravar a situação do indivíduo, já que os tribunais nacionais se encontram

of the prohibition of discrimination, leaves the Member States free to choose between the different solutions suitable for achieving its objective, it nevertheless requires that if a Member States chooses to penalize breaches of that prohibition by the award of compensation, then in order to ensure that it is effective and that it has a deterrent effect, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained and must therefore amount to more than purely nominal compensation [...]. It is for the national court to interpret and apply the legislation adopted for the implementation of the directive in conformity with the requirements of Community law, in so far as it is given discretion to do so under national law” (§ 28). Esta é uma doutrina que apresenta ainda semelhanças com a interpretação conforme à Constituição utilizada em vários EM (o que reforça a visão que o TJ tem da ordem normativa que é chamado a garantir) – MARIN, Luisa, “The general principles of European (criminal) law as limitation to the enforcement of EU law: the *Kolpinghuis Nijmegen* rule”, in MITSILEGAS, Valsamis, DI MARTINO, Alberto & MANCANO, Leandro (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2019, pág. 12. No entanto, o Tribunal foi sendo criticado pelo seu activismo jurisprudencial ao “descobrir” cada vez mais obrigações decorrentes do princípio da cooperação leal – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 44 e 45.

⁹⁸⁴ C-14/83 (*Von Colson*), § 27.

⁹⁸⁵ C-212/04 (*Adeneler*), § 115 – apesar de vários AG serem da opinião de que tal obrigação deveria afirmar-se já antes de findo o prazo de transposição – v., para mais sobre esta questão, CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 201, e MARIN, Luisa, “The general principles...”, pág. 14 em relação às críticas da doutrina ao facto de, inicialmente, parecer indiferente ao TJ se o prazo de transposição havia já decorrido ou não.

⁹⁸⁶ C-212/04 (*Adeneler*), § 116 a 123. Essa interpretação encontra-se limitada pelas possibilidades oferecidas pela própria norma, segundo os métodos comuns de hermenêutica jurídica (elemento textual, histórico, teleológico...).

⁹⁸⁷ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 99. Para uma extensa análise do princípio da interpretação conforme, v. em geral SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 165 ss.

⁹⁸⁸ C-80/86 (*Kolpinghuis*) – este caso prendia-se com a não transposição atempada de uma Directiva que pretendia proibir a comercialização, sob a designação de “água mineral”, de qualquer água para além da naturalmente gaseificada; os factos do caso tiveram lugar precisamente um dia antes da entrada em vigor da legislação nacional de transposição, sendo que o Procurador pedia a condenação do arguido baseando-se também na Directiva europeia. O TJ negou mais uma vez o efeito directo vertical *in malam parte*, bem como a impossibilidade da interpretação conforme poder, de igual modo, dar origem à responsabilidade penal do indivíduo ou agravamento da mesma – § 14. Para além de assim reforçar a dimensão de protecção dos cidadãos *contra* o DP, reafirmou ainda o plano constitucional da UE ao fazer apelo e integrar os princípios constitucionais comuns aos EM na ordem jurídica europeia.

limitados, na sua interpretação, pelos princípios gerais de Direito⁹⁸⁹. O dever de interpretação conforme não implica ainda a interpretação *contra legem*, quando a interpretação da lei nacional que permitiria ainda dar cumprimento aos objectivos da Directiva não se encontra de todo no âmbito das interpretações possíveis da norma⁹⁹⁰.

Ao contrário do estabelecido para o efeito directo, no entanto, o TJ acabou por afirmar a possibilidade de se interpretar o Direito nacional de modo conforme às disposições europeias relevantes mesmo em casos entre particulares, confirmando assim a existência de *efeito indirecto horizontal*⁹⁹¹; para a interpretação conforme é irrelevante se a legislação nacional em causa pretende implementar as normas europeias ou se já existiam em data anterior⁹⁹², e essa interpretação poderá englobar todo o corpo normativo existente no EM, sem ter que se restringir àquelas que especificamente se aplicam ao caso em apreço⁹⁹³.

Mas a especificidade do Direito Penal levou a mais restrições interpretativas: ainda que a legislação nacional se encontre em flagrante contradição do DUE, os princípios gerais de Direito (que formam parte do Direito europeu) negam a possibilidade da interpretação conforme poder actuar em detrimento do arguido⁹⁹⁴ – o que difere, todavia, de ser aplicada ao

⁹⁸⁹ Nomeadamente, o princípio da legalidade e não retroactividade da lei penal – C-80/86 (*Kolpinghuis*), § 13. Essa limitação no que toca ao Direito Penal foi reiterada várias vezes, nomeadamente em C-168/95 (*Arcaro*), § 36; C-60/02 (*Criminal proceedings against X*), § 61 a 63. Quando em causa se encontram obrigações civis ou administrativas, no entanto, parece já não existir a limitação da interpretação conforme actuar em detrimento da posição de uma das partes – v. as consequências da decisão em C-456/98 (*Centrosteehl*), § 19; e ainda a opinião do AG Jacobs no âmbito do processo C-456/98 (*Centrosteehl*), § 35, e da AG Juliane Kokott no processo C-321/05 (*Kofoed*), § 65; para mais desenvolvimentos, CRAIG, Paul e DE BÜRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 205 / 206.

⁹⁹⁰ C-168/95 (*Arcaro*), § 43, e a Opinião do AG Michael Elmer no mesmo processo, § 39; v. também , CRAIG, Paul e DE BÜRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 203 e 204.

⁹⁹¹ C-106/89 (*Marleasing*), § 8; C-91/92 (*Faccini Dort*), § 25 a 30. O Tribunal deixa, no entanto, maioritariamente aos Tribunais nacionais a questão de saber se uma interpretação conforme é de facto possível no caso – v. p. ex. C-14/83 (*Von Colson*), § 25 a 28.

⁹⁹² Como era o caso em C-106/89 (*Marleasing*).

⁹⁹³ C-397 a 403/91 (*Pfeiffer*), § 115 a 118.

⁹⁹⁴ Este era o caso em C-387, 391 e 403/02 (*Berlusconi*): após ter sido aberto processo penal contra Berlusconi e outros arguidos por factos ocorridos entre 1986 e 1993, a norma ao abrigo da qual seriam sancionados sofreu uma alteração (em 2002) que era claramente um tratamento penal mais favorável e também contrário às obrigações impostas pelo DUE, por não configurar uma sanção apropriada para os delitos em causa (essa reforma penal ocorreu ainda enquanto Berlusconi era Primeiro Ministro de Itália). O TJ optou neste julgamento por não basear a sua resposta no princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (embora reconheça que é um princípio comum às tradições constitucionais dos EM e parte do Direito europeu – § 66 a 69), evitando assim a questão da sua relação com o princípio do primado, e apoia-se antes na doutrina dos efeitos das Directivas para justificar o facto de se aplicar a lei penal posterior, ainda que esta não se encontre mais numa situação de compatibilidade com o DUE (§ 70 a 78). Esta decisão deve ainda ser analisada em conjunto com a de C-457/02 (*Niselli*), caso em que o TJ acabou por não decidir de um modo mais favorável ao arguido devido às diferenças entre as situações: neste último a questão era apenas de saber o que se deveria enquadrar no âmbito de um conceito, do que poderia resultar ou não a responsabilidade penal de Niselli; dado que “é incontestável que à época dos factos que deram origem ao processo-crime contra A. Niselli os mesmos podiam constituir infracções criminais [...], não se justifica interrogarmo-nos sobre as consequências que poderiam decorrer do princípio da legalidade das penas para a aplicação da Directiva 75/442” (§ 30) – para uma análise mais detida das diferenças entre os casos, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 124 a 129. Ainda de modo crítico em relação à

caso uma interpretação já permitida pela norma nacional que na prática resulte na extensão da responsabilidade penal primeiramente prevista pelo legislador nacional (por se encontrar ainda no âmbito das interpretações possíveis, e a norma europeia ser suficientemente precisa, não se podendo por isso configurar um direito a uma determinada interpretação jurisprudencial decorrente do princípio da legalidade)⁹⁹⁵.

Em relação à aplicação do princípio da interpretação conforme no campo penal, deverão ainda ser referidas duas particularidades: já antes do Tratado de Lisboa (ou seja, ainda quando a competência penal europeia se limitava ao Terceiro Pilar com todas as especificidades daí decorrentes, incluindo para a jurisdição do TJ), o Tribunal entendeu que este princípio também se estendia às DQ (dadas as suas semelhanças com as Directivas), argumentando que seria difícil cumprir com as obrigações decorrentes do princípio da cooperação leal se os seus efeitos não se estendessem também aos instrumentos do Terceiro Pilar; por outro lado, instituiu uma diferença de tratamento (e de efeitos) entre questões penais substantivas e processuais, algo que iria eventualmente dar origem a confrontos mais complexos entre os EM e a UE. Começando por esta segunda questão, em relação a temas processuais o Tribunal adopta consistentemente uma posição que garante maior eficácia ao Direito da União, sacrificando os outros valores em causa em nome deste princípio⁹⁹⁶; esta posição ficou ainda mais evidente no julgamento de *Pupino* em que se estendeu a aplicação do princípio da interpretação conforme às Decisões-Quadro⁹⁹⁷. Neste caso, os juízes europeus afirmaram a possibilidade de a lei italiana ser interpretada de modo conforme às normas europeias⁹⁹⁸, ainda que dessa interpretação resultasse na prática uma situação menos favorável à arguida; como se tratavam, no entanto, de normas processuais, entenderam que esse

fundamentação oferecida pelo TJ no caso de *Berlusconi*, argumentando que teria sido mais correcto optar pela aplicação do princípio da *lex mitior*; SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 98 / 99.

⁹⁹⁵ Neste sentido, SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 101 ss.; AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 496, e MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 290, referindo ainda que o recurso à *ratio legis* se encontra mais institucionalizado na UE do que nos EM por força do princípio da eficácia do DUE.

⁹⁹⁶ P. ex. C-192/12 (*PPU West*): o caso prendia-se com a questão de saber, na hipótese de múltiplos MDE sucessivos, que consentimento era necessário para a entrega posterior, se de todos os EM envolvidos na questão ou se apenas do último EM em causa. O TJ, de forma a garantir o cumprimento dos objectivos da DQ que institui o MDE (nomeadamente acelerar e facilitar a cooperação entre os EM) interpreta a mesma no sentido de necessitar, para posterior entrega da pessoa procurada, do consentimento do último EM, e não também do primeiro (§ 80) – algo que o governo finlandês entendia ser contrário à soberania dos Estados, que a DQ em causa também procurava garantir (§ 63).

⁹⁹⁷ C-105/03 (*Pupino*), § 42 e 43.

⁹⁹⁸ C-105/03 (*Pupino*), § 47 / 48 e 61 – o ordenamento jurídico italiano é visto no seu conjunto, de modo a determinar se a interpretação conforme seria possível no caso em concreto, não se baseando por isso apenas na específica norma em questão; devido à existência de outras possibilidades processuais de produção de prova nesse ordenamento, a aplicação de procedimentos similares ao caso parecia, por isso, possível, permitindo garantir também o cumprimento dos objectivos da legislação europeia em causa.

resultado não afectaria o disposto pelo princípio da legalidade conforme resultante das tradições constitucionais dos EM e da ordem normativa europeia⁹⁹⁹.

Após este primeiro julgamento, o TJ foi chamado várias vezes a arbitrar a questão da compatibilidade de normas europeias com o princípio da legalidade¹⁰⁰⁰ e do direito a uma tutela jurisdicional efectiva, devido às implicações processuais decorrentes desta opinião, que parece privilegiar sistematicamente a dimensão de eficácia da lei europeia ao invés da sua dimensão de protecção do indivíduo¹⁰⁰¹. O seu entendimento tal como expresso em *Pupino* veio, todavia, eventualmente a ser colocado em questão¹⁰⁰² nos já referidos julgamentos que integram a “saga Taricco”: sendo o TJ da opinião de que as regras de prescrição têm uma natureza processual¹⁰⁰³ e o TC italiano apontando a sua inserção, na ordem legal de Itália, no Direito Penal substantivo, seria inevitável que a possibilidade de efeitos legais de interpretação em prejuízo do arguido tivesse um desfecho diferente em cada uma das esferas – do lado europeu foi afirmada essa possibilidade, em concordância com o decorrente do efeito indirecto e princípio do primado; do lado nacional foi negada, tendo em conta o decorrente dos princípios constitucionais aplicados às questões de responsabilidade penal, caso em que a lei mais favorável deveria ser aplicada, ainda que em possível contradição com outras obrigações decorrentes do DUE. Não será por isso surpreendente que, quando o Tribunal Constitucional italiano sublinhou as diferenças existentes entre ambas as ordens jurídicas (a europeia e a italiana) o Tribunal de Justiça tenha de certo modo revisto a sua posição, voltando a afirmar que a lei europeia não poderá prejudicar a posição penal do indivíduo¹⁰⁰⁴. O TJ consegue com

⁹⁹⁹ C-105/03 (*Pupino*), § 44 a 46, salientando o Tribunal (concordando com a AG Juliane Kokott) que em apreço não se encontrava qualquer questão acerca da extensão da responsabilidade penal da arguida, mas apenas regras processuais de produção de prova.

¹⁰⁰⁰ Exemplificativamente, C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*); C-467/05 (*Dell’Orto*); C-404/07 (*Katz*) – o primeiro relativo também à protecção dos direitos fundamentais no MDE, e os restantes, como em *Pupino*, com a interpretação de normas relacionadas com vítimas; para uma análise v. CAEIRO, Pedro, “The contribution of *Advocaten voor de Wereld* for the protection of human rights in the context of supra-state law and for the doctrine of double criminality”, in MITSILEGAS, Valsamis, DI MARTINO, Alberto & MANCANO, Leandro (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2019, pág. 348 ss, e HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 25 ss.

¹⁰⁰¹ P. ex. em C-354/04 (*Segi*), § 50 ss e vários julgamentos *OMPI* já referidos *supra*, nota 963; para uma análise, e referindo ainda que esta situação deverá ser tratada de modo diferente após o Tratado de Lisboa (devido à presença de normas relativas ao respeito pelos direitos dos cidadãos, para além da necessidade de se cumprirem as obrigações decorrentes do princípio da cooperação leal), HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 54 a 56.

¹⁰⁰² Um risco que a doutrina calculava já existir após esta distinção efectuada em *Pupino* – MARIN, Luisa, “The general principles...”, pág. 18.

¹⁰⁰³ De forma consistente com a sua doutrina anterior, o TJ considera que a interpretação de normas processuais, ainda que na prática resulte em prejuízo do arguido, não é susceptível de ferir o princípio da legalidade – neste caso, significaria apenas que crimes que indevidamente (à luz do Direito europeu) haviam já prescrito poderiam ser julgados (ou continuar a ser julgados) pelos tribunais nacionais, não existindo por isso qualquer extensão da responsabilidade criminal do acusado nem aplicação retroactiva indevida da lei (C-105/14 (*Taricco*), § 55 a 57).

¹⁰⁰⁴ O Tribunal europeu procura, através do raciocínio que expõe em C-42/17 (*M.A.S. and M.B.*), conciliar a ordem europeia com as diferentes ordens constitucionais, afirmando então, quando confrontado com a inclusão das regras de prescrição no Direito Penal substantivo em Itália (§ 14) que: o princípio da cooperação leal continua a determinar a incompatibilidade das normas italianas com o DUE (§ 41); às regras de prescrição deve ser atribuída uma natureza processual (§ 42), mas visto que a protecção

este segundo julgamento salvaguardar a unidade da doutrina dos efeitos directo e indirecto dos instrumentos legislativos europeus¹⁰⁰⁵, presumivelmente precluir a aplicação desta excepção em casos futuros (uma vez que as normas em causa se encontram agora harmonizadas¹⁰⁰⁶) e ainda evitar abordar as questões da relação entre a identidade constitucional dos EM e o princípio do primado, e a problemática teoria dos contra-limites forjada pelo TC italiano, prevenindo um ostensivo confronto constitucional e consolidando ao invés o constitucionalismo próprio do espaço europeu¹⁰⁰⁷.

Da análise decorrente de todos estes princípios – que, devemos referir, se aplicam agora por inteiro à lei penal europeia, constante apenas de Directivas¹⁰⁰⁸ – resulta, sem grande espaço para contestação, que a UE foi construindo uma dimensão constitucional própria, na qual se vão conjugando (melhor ou pior ao longo do tempo) as necessidades de eficácia do seu Direito, por um lado, e os direitos dos cidadãos tal como garantidos por si e pelos EM, por outro. Em termos prospectivos, na eventualidade de se admitir a criação de uma verdadeira lei penal supranacional europeia, esta deveria sem dúvida constar de Regulamentos, tanto para assegurar a unidade de disposições e aplicação das mesmas em todos os EM como para minimizar o recurso a teorias doutrinárias como as expostas, que devido à sua complexidade não são capazes de providenciar a segurança jurídica exigida pelo Direito Penal – nesse sentido, normas penais europeias directamente aplicáveis teriam que respeitar os princípios

dos interesses financeiros da União é uma competência partilhada (§ 43) e à data dos factos no processo italiano ainda não haviam sido harmonizadas as disposições em causa (§ 44), a Itália era nesse momento ainda livre de atribuir às regras de prescrição uma natureza substantiva (§ 45). Daqui decorre que de facto existe um dever de averiguar se os direitos fundamentais dos arguidos nesses processos não serão colocados em causa pela desaplicação das normas de Direito nacional contrárias ao DUE, estando nesse caso os tribunais nacionais desobrigados de as desaplicar (§ 46 a 51), devendo o juiz italiano verificar se existe uma violação do princípio da legalidade (§ 59). De todo o modo, para os casos anteriores ao julgamento do TJ em *Taricco* deverão ser aplicadas as disposições do CP italiano (§ 60).

¹⁰⁰⁵ Algo que também procurou no julgamento de *Taricco*, distinguindo entre resultados interpretativos possíveis para normas de teor substantivo ou processual – MARIN, Luisa, “The general principles...”, pág. 18.

¹⁰⁰⁶ A harmonização agora decorrente da Directiva (UE) 2017/1371 (Directiva PIF). Esta aparente preclusão de conflitos futuros pode não resultar tão linear quanto o pretendido pelo TJ, uma vez que esta Directiva não refere de modo expresso a natureza das regras de prescrição e não consegue, por isso, impor uma resposta unívoca a essa questão (art. 12º da Directiva) – com opiniões concordantes, SICURELLA, Rosaria, “Effectiveness of EU law...”, pág. 29 e MITSILEGAS, Valsamis, “Judicial dialogue in three silences...”, pág. 41.

¹⁰⁰⁷ Aplicando a interpretação conforme de modo analógico, dir-se-ia que neste julgamento se concedeu o espaço teórico necessário para que “também a constituição europeia [possa e deva] ser interpretada do modo mais conforme ao direito constitucional comum dos Estados-membros. Trata-se de mais um meio de articulação e de harmonização dos dois níveis constitucionais” – MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 536.

¹⁰⁰⁸ Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, por força da unificação dos anteriores Pilares e do disposto nos artigos relevantes para a regulação dessa competência da União, que serão posteriormente analisados; na medida em que as antigas DQ ainda se encontrem em vigor e não tenham sido substituídas por novos regimes constantes de Directivas, as devidas restrições conforme analisadas continuam a aplicar-se, com excepção da limitação da jurisdição do TJ (que, conforme o disposto no Protocolo relativo às disposições transitórias, só permaneceu por cinco anos após a entrada em vigor do Tratado). Para uma análise às mudanças ocorridas com o final do período transitório de cinco anos v. igualmente BUSSER, Els de, “The Lisbon after-burn effect”, in ERA Forum, Vol. 16, 2015, e MITSILEGAS, Valsamis, CARRERA, Sergio and EISELE, Katharina, *The End of the Transitional Period for Police and Criminal Justice Measures Adopted before the Lisbon Treaty: Who monitors trust in the European Criminal Justice Area?*, CEPS Paper In Liberty and Security in Europe, Nº 74, December 2014.

constitucionais resultantes das tradições comuns aos EM entretanto também incorporados na ordem jurídica da UE, o que implicaria ainda em princípio que deixasse de poder ser imputado à União o descumprimento da dimensão de protecção do Direito Penal, o que levaria por seu turno a menos conflitos com os Tribunais Constitucionais nacionais.

3.3 Identidade constitucional europeia

A afirmação de uma dimensão constitucional europeia implica também, como consequência, que na UE deva ser discernível uma identidade constitucional própria, que se reflecta na defesa de determinados valores considerados fundamentais. A questão de saber *qual* é a identidade constitucional da UE (ou mesmo de um Estado), e *o que integra* essa identidade não é, contudo, linear, uma vez que não existe consenso na doutrina acerca desse conceito¹⁰⁰⁹. O sentido atribuído à identidade constitucional pode ainda variar de acordo com o simples *facto* de existir uma Constituição, o *conteúdo* da mesma, ou o *contexto* em que se insere – o primeiro distinguindo as entidades políticas que têm uma Constituição das que não a possuem, o segundo estabelecendo diferentes tipos de sociedade política consoantes as regras que contém, e o terceiro justificando a possibilidade de diferentes interpretações de disposições semelhantes consoante a sociedade a que se refere¹⁰¹⁰. O *conteúdo* da Constituição, ou pelo menos o seu núcleo, também não tem que permanecer estático de modo a preservar a sua identidade: esta tem o potencial de evoluir, a partir da interpretação retirada das normas existentes, de forma a responder de forma adequada ao contexto social actual, mantendo assim a sua individualidade, mas não a uniformidade¹⁰¹¹. Por último, a identidade constitucional é ainda distinta da identidade nacional: qualquer identidade pretende estabelecer um vínculo entre estranhos, formando assim uma comunidade baseada numa determinada semelhança ou aspecto em comum entre todos (a mesma religião, a mesma cultura, o mesmo povo...); é possível, assim, conceber a identidade nacional sem ter como referente a Constituição, embora esta influencie e seja influenciada pela primeira¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ O conceito de identidade constitucional pode variar segundo critérios como: o conjunto de disposições que contém (de organização do poder na entidade que regula); a relação estabelecida entre a Constituição e a cultura em que se insere; a relação da Constituição com outras identidades (identidade religiosa, nacional, etc.) – ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, *in* ROSENFELD, Michel and SAJÓ, András (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 757.

¹⁰¹⁰ ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 757. Este último factor consegue explicar como Constituições com um núcleo semelhante (como é o caso nos EM da UE) podem ser interpretadas, de acordo com o contexto nacional em que se inserem, de modo bastante variável – daí que, correctamente, o controlo do respeito pela identidade constitucional de cada EM (que deriva do nº 2 do art. 4º TUE) tenha que ser atribuído ao órgão nacional responsável por essa revisão (normalmente um Tribunal Constitucional), e não ao TJ – DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa...”, pág. 696.

¹⁰¹¹ ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 757 – o autor dá o exemplo da Constituição dos EUA, que data de 1787 e continua, com alterações menores ao texto, a ser interpretada de modo actual: a sua identidade permanece, os aspectos que a distinguem de outras Constituições, mas não o modo como são interpretados e o conteúdo a que, assim, dão origem.

¹⁰¹² Existe um certo conceito de “povo português” que é independente da Constituição portuguesa, embora esteja com esta relacionado – é neste sentido, em que ambos os termos são passíveis de ser distintos, que se diz que são conceitos autónomos. A

Da identidade constitucional não fazem parte, por isso, todas as normas existentes numa determinada lei fundamental, mas apenas aqueles “princípios que podem ser considerados essenciais e como tal distintos de outras normas constitucionais, e nos quais nos podemos apoiar para proteger a integridade da Constituição nos casos em que esta é confrontada com ameaças que podem erodir o seu vínculo vital com o povo ou nação que é suposto servir”¹⁰¹³. Em relação à UE em específico, o processo de construção da sua identidade constitucional passa tanto pela afirmação de princípios fundamentais próprios (como os acima analisados), como pela extracção de princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros, aos quais é depois atribuído um sentido especificamente europeu. A identidade constitucional deve, assim, e principalmente na UE, incluir o necessário à formação de uma unidade harmoniosa suficientemente coesa para que seja capaz de integrar os diferentes *demos*, de modo a que todos se identifiquem com esse núcleo valorativo – e, por sua vez, com a Constituição europeia¹⁰¹⁴; cada Constituição implica deste modo, por parte daqueles a ela sujeitos, a aceitação de uma certa restrição (em relação à totalidade) da sua individualidade em nome da unidade que se pretende construir¹⁰¹⁵.

identidade constitucional é assim construída a partir de todas as outras identidades, assim como também as constrói, permanecendo em tensão com todas elas – ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 758. Neste sentido, é possível ver a semelhança entre a identidade constitucional europeia e as respectivas identidades dos EM: no contexto da comunidade legal em que se inserem há uma influência mútua e uma tensão contínua que permite a evolução e interpretação actual de todas.

¹⁰¹³ ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 759 (tradução livre).

¹⁰¹⁴ Esse foi, aliás, o método inicial de identificação do núcleo constitucional essencial europeu (v. C-4/73 (*Nold*), § 13): construir, a partir de concepções comuns aos EM, uma identidade constitucional com a qual os cidadãos se conseguissem relacionar e reconhecer como válida, optando assim pela legitimação do sistema constitucional que surgia através da adopção de princípios e preceitos universalmente tidos como válidos; por outro lado, para a criação de princípios específicos da UE, a jurisprudência europeia baseou-se no consentimento ínsito aos Tratados (que foram aceites e ratificados por todos os EM), retirando destes os princípios implícitos nas suas normas. O terceiro método de justificação da identidade constitucional adoptada relaciona-se com as tradições e história em comum, o que na União não nos parece ser um dos critérios utilizados: se bem que existem de facto acontecimentos históricos partilhados, a experiência histórica em si foi diferente para cada Estado-Membro, pelo que nos parece que os aspectos históricos comuns contribuíram mais para a formação e afirmação de valores fundamentais (e portanto inegáveis) no espaço europeu – o que nos remete para os princípios constitucionais comuns – do que propriamente para a formação de uma consciência de comunidade, ou pertença a uma comunidade, europeia. Sobre os vários critérios de justificação de uma determinada Constituição em relação aos sujeitos que lhe conferem legitimidade, ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 762.

¹⁰¹⁵ No seio de um Estado, a Constituição deve encontrar um equilíbrio entre as várias identidades que a compõem: p. ex., garantindo a liberdade religiosa, ou representando apenas o que se encontra em comum a várias etnias que nesse Estado existem; se algum grupo dentro dessa comunidade não se sentir representado pela Constituição, não só não a aceita como válida como diminui a sua implementação e legitimidade. Na UE, em que muito depende da aceitação dos EM devido ao sistema institucional existente, esta característica é particularmente verdadeira: se um determinado povo ou Estado não se sentir representado e não se identificar com a identidade constitucional europeia, não irá aceitar a sua legitimidade, o que por seu turno diminui a sua implementação e possível aceitação por parte de outros EM, que assim se focam em demasia nos aspectos que os diferenciam, ao invés dos aspectos em comum. A seguinte afirmação parece especialmente esclarecedora do constante equilíbrio necessário a uma identidade constitucional: “[...] such constitutional identity must at once differentiate itself from all other relevant pre- and extra-constitutional identities while preserving or reincorporating enough of the latter to secure a minimum of acceptance among all those who are meant to come under its sweep” – ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 762.

O modelo constitucional europeu difere dos restantes hoje existentes¹⁰¹⁶ devido às especificidades da ordem jurídica e social em que surgiu: com um *demos* ainda em construção¹⁰¹⁷ e uma multiplicidade de culturas e línguas presentes no seu território, a UE teve que, para além de encontrar aspectos em comum, deixar o espaço necessário na sua ordem constitucional à coexistência de aspectos particulares de cada EM, desenvolvendo relações específicas entre a esfera supranacional e estadual para que ambas possam funcionar em harmonia, e sem que uma oprima a outra.

Esta necessidade em particular adveio também do facto de a ordem constitucional europeia ter sido efectivamente criada *ex novo*, e não em reacção ou contestação a alguma ordem anteriormente existente à qual se objectava, como é o caso na maioria dos Estados modernos – daí que o maior desafio da ordem constitucional europeia não tenha sido eliminar algo¹⁰¹⁸, mas sim fazer com que as diversas realidades constitucionais já existentes se “europeizassem”, isto é, que essas ordens constitucionais se adaptassem às necessidades também da ordem jurídica constitucional europeia. Deste modo, todas as Constituições envolvidas se interconectam através de um sinalagma constitucional¹⁰¹⁹ permanente no qual as diversas Constituições estaduais são influenciadas pela Constituição europeia, e por seu turno esta é influenciada e representa aspectos que são ou deverão ser comuns a todas as outras, passando assim a fazer parte também do núcleo constitucional europeu¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ Sobre as características de alguns modelos constitucionais, ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 763 ss, e ROSENFELD, Michel, “The European treaty – constitution and constitutional identity: a view from America”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005, pág. 317 ss.

¹⁰¹⁷ Para além de uma consciência europeia já se ir desenvolvendo, será inegável que a Europa partilha vários aspectos em comum – avaliando a “identidade comum” na Europa e os factores que a poderiam compor (à altura do Tratado Constitucional), apontando como comuns a origem, os valores, o destino e a diferenciação da América, BOGDANDY, Armin von, “The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005, pág. 299 ss; v. ainda, sobre o tema, DIMITRIJEVIĆ, Nenad, “Constitutional Identity of the European Union”, in DUPEYRIS, Alexandre e RAULET (Eds.), Gérard, *European Constitutionalism: Historical and Contemporary Perspectives*, Brussels, Peter Lang, 2014. Existem ainda autores que apontam a possibilidade de uma identidade se poder construir (se bem que não inteiramente) também a partir da negativa, ou seja, pela rejeição de valores ou circunstâncias que não se deseja que definam determinada ordem constitucional: também neste sentido é possível identificar a rejeição, por parte da UE, de valores antidemocráticos, totalitários ou que se encontrem em contradição com os enunciados no art. 2º TUE; de modo similar, a rejeição do constitucionalismo americano e da sua forma de funcionamento demasiado fechada a influências externas – assim, ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 774 e 775.

¹⁰¹⁸ ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 770. Sobre a inexistência de um momento constitucional fundacional na UE, v. o artigo de SAJÓ, András, “Constitution without the constitutional moment: a view from the new member states”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005, pág. 243 ss.

¹⁰¹⁹ Sobre a questão da diversidade e sinalagma constitucional, MARTINICO, Giuseppe, “Complexity and Cultural Sources of Law in the EU Context: From the Multilevel Constitutionalism to the Constitutional Synallagma”, in *German Law Journal*, Vol. 08, No. 03, 2007.

¹⁰²⁰ Este modo de interacção próprio provavelmente impede que a UE se venha a tornar um Estado como os restantes Estados Federais, e influencia profundamente a interpretação constitucional proporcionada pela identidade própria da UE – ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 765 ss.

Quando analisada em relação ao essencial, perde por isso importância a circunstância de a identidade constitucional se encontrar vertida num Tratado, numa Constituição, ou se ir desenvolvendo com a actividade jurisprudencial baseada num desses documentos formais.

3.3.1 A identidade constitucional da UE e a condição de Estado-Membro

A identidade constitucional europeia manifesta-se ainda nos requisitos para adesão e na condição de Estado-Membro no seio da UE: o art 49º TUE, que regula a questão do alargamento da UE, esclarece que só poderão pertencer a esta Estados¹⁰²¹ que respeitem os valores enunciados no art. 2º TUE¹⁰²² – valores estes que são da União¹⁰²³ e comuns aos EM¹⁰²⁴. Os Tratados vinculam ainda a importância destes valores para a identidade constitucional da UE ao estabelecer procedimentos de sancionamento a Estados-Membros que, no decurso da sua pertença à União, não os respeitem – neste sentido, dispõe o art. 7º TUE que os direitos do EM em causa poderão ser suspensos (art. 354º TFUE) quando se verifique a violação “grave e persistente” de algum dos valores mencionados no art. 2º TUE, demonstrando assim a necessidade, enquanto Estado-Membro da UE, de respeitar continuamente esses valores, e de se avaliar esse respeito na prática, e não através de meras declarações formais¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ Estados “europeus”; determinar o que se entende por “europeu” não é simples, e aparentemente não será um conceito sobreponível com o que resulta de uma visão meramente geográfica (veja-se o caso do pedido de adesão da Turquia) – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 38.

¹⁰²² Em relação aos valores europeus deve ser feita uma distinção (tal como nos Estados acontece) em relação à qualidade dos valores em causa; os mencionados no art. 2º serão aqueles valores fundamentais da UE, daí que para o sancionamento da sua violação seja previsto um procedimento próprio. Existem ainda valores que guiam a acção da União, e valores que concretizam aspectos singulares das duas categorias anteriores – CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1369.

¹⁰²³ A União europeia determina deste modo que será uma democracia constitucional cujo funcionamento se funda no respeito pela dignidade humana e direitos do Homem: a democracia deve espelhar o que por tal se entende no conjunto dos EM, o que significa que uma mera declaração formal de que um determinado sistema é democrático não cumpre os requisitos da UE, bem como a adjectivação dessa democracia de modo inaceitável na União (como democracia popular, etc.) – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 39.

¹⁰²⁴ Valores que tiveram a sua origem no desenvolvimento histórico e cultural dos EM, e que expressam as preferências dos seus cidadãos; esses valores foram depois supranacionalizados, adquirindo no processo uma dimensão especificamente europeia que por seu turno dá origem a um núcleo valorativo verdadeiramente comum a todos os EM – v. também CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1377 ss.

¹⁰²⁵ Isso não significa que *nunca* possam existir comportamentos, nos EM, de violação de alguns valores, mas os Estados devem ter mecanismos que lhes permitam responder de modo adequado e devem demonstrar o seu emprego em cada situação de violação. Um caso facilmente verificável será aquele do respeito pelos direitos humanos: este respeito não exige a inexistência de alguma violação, mas exige a existência de processos através dos quais julgar essa violação esporádica e a actuação do Estado quando tal se verifique – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 39. Mais difícil de determinar será o cumprimento destes requisitos em relação ao governo de cada EM – v. p. ex. a questão surgida em relação às sanções europeias à Áustria com a chegada ao poder de um partido de extrema direita, em *Informe de Martti Ahtisaari, Jochen Frowein y Marcelino Oreja sobre Austria, París, 8 de septiembre de 2000*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 4, Nº 8, 2000. Mais recentemente, verifica-se a tendência de rejeição ou ameaça aos valores europeus tais como explanados no art. 2º TUE observada em países como a Polónia, Hungria e Roménia, bem como o facto de as Constituições nacionais não serem potencialmente aptas a proteger esses valores, e a insuficiência de mecanismos para a UE proteger a sua identidade constitucional – SPIEKER, Luke, “Breathing Life into the Union’s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis”, in *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 8, 2019; CLAES, Monica, “How Common are the Values of the European Union?”, Editorial

A defesa da identidade constitucional europeia encontra, no entanto, obstáculos também derivados da própria natureza e sistema constitucional da União: os Estados-Membros retêm a sua soberania¹⁰²⁶, a sua condição de sujeitos da comunidade internacional, e bem assim, a sua própria identidade constitucional, que deve (segundo o art. 4º, nº 2 TUE) ser igualmente respeitada pela União¹⁰²⁷, levando assim a que se questione se essa identidade constitucional nacional constitui agora um verdadeiro limite ao princípio do primado na União Europeia¹⁰²⁸. A questão do respeito pela identidade nacional dos EM não representa algo de novo nos Tratados da UE: surgida primeiramente com o Tratado de Maastricht, e apenas renumerada com o tratado de Amesterdão, acabou por ser adoptada com mínimas difereças no Tratado de Lisboa com a redacção que lhe era dada pelo Tratado Constitucional com o intuito de ser mais uma regra que regula as relações entre a União e os Estados-Membros¹⁰²⁹. A interpretação a

Note, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 15, 2019; e CAPITANI, Emilio de, “Twenty Years After Tampere And Ten Years Since The Lisbon Treaty The European Area Of Freedom Security And Justice Has Lost Its Compass?”, *in* Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche, V. 70, N. 3-4, 2019, pág. 242 ss. Especificamente sobre a Hungria, KÖRTVÉLYESI, Zsolt and MAJTÉNYI, Balázs, “Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary”, *in* German Law Journal, Vol. 18, No. 07, 2017. Uma potencial solução residiria na utilização directa do art. 2º pelo TJ, tal como sugerido no seu Ac. C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), § 29, através do emprego da expressão “independentemente da situação em que os Estados-Membros apliquem esse direito”, o que parece apontar para uma necessidade de respeito dos valores da UE independentemente do facto de, no caso, aplicarem normas europeias – v. SPIEKER, Luke, “Breathing Life...”, pág. 1202 ss; esta posição do TJ veio a ser confirmada ainda em decisões posteriores em que se opunham a Comissão e a Polónia relativamente à independência dos órgãos jurisdicionais nesse país – v. C-619/18 (*Commission v. Poland*), § 42 a 59, e C-192/18 (*Commission v. Poland*), § 98 ss. Não parece, no entanto, que o processo descrito no art. 50º TUE (a saída de um EM da UE) possa ser interpretado como uma eventual sanção da União a Estados em constante violação dos seus valores, conforme sugerido por CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1372.

¹⁰²⁶ Ainda que exercida em conjunto com a UE; a soberania dos EM manifesta-se desde logo na circunstância de se manterem certas competências fora do alcance da UE, considerando-as intransmissíveis, pelo menos enquanto a UE não for um Estado – neste sentido v. p. ex. a alusão feita pelo Tribunal Constitucional alemão na sua decisão sobre o Tratado de Lisboa, 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 247, e ainda a opinião concorrente da doutrina em ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, pág. 760. Também a possibilidade de se retirarem da União Europeia (art. 50º TUE) aponta para a manutenção de uma soberania relevante, que inclui a prerrogativa de alterarem a sua identidade constitucional de um modo já não compatível com a UE. Sobre o conceito de soberania (no que releva para a relação com a União Europeia) e a sua erosão, tanto na dimensão interna como externa, DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 36 a 38; FONDEVILA MARÓN, Manuel, “Soberanía y Legitimidad...”; PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 14 e 15; GOLDMANN, Kjell, *Transforming the European Nation-State. Dynamics of Internationalization*, London, Sage, 2001, pág. 55 ss; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 509 ss. Ainda sobre a impossibilidade de se regressar a um entendimento tradicional da soberania estatal, mesmo no que concerne ao Direito Penal, VERVAELE, John, “European criminal justice...”, pág. 8, e o comentário, especificamente em relação ao Reino Unido e consequências da sua saída da UE, de MITSILEGAS, Valsamis, “European Criminal Law After Brexit”, *in* Criminal Law Forum, Vol. 28, Issue 2, 2017.

¹⁰²⁷ A expressão utilizada no Tratado é “identidade nacional”, que é de seguida vinculada às “estruturas políticas e constitucionais fundamentais”, pelo que se tem concluído na doutrina que a identidade que se procura proteger é de facto o núcleo da identidade constitucional dos EM – DOBBS, Mary, “Sovereignty, Article 4(2) TEU and the respect...”, pág. 301; PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point? Respect for National Identities in the European Union – Article 4(2) of the Treaty on European Union”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 8, 2012, pág. 268.

¹⁰²⁸ DOBBS, Mary, “Sovereignty, Article 4(2) TEU and the respect...”, pág. 300; PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 268 / 269.

¹⁰²⁹ PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 269 ss. Quando lida em conjunto com outras normas relevantes do Tratado, implica mais um limite ao exercício das competências da UE: as acções desta, para além de deverem respeitar o

dar a esta norma, no entanto, não é de todo evidente, uma vez que essa dependerá do ponto de vista adoptado: de um ponto de vista mais amplo, essa identidade poderia incluir aspectos sociais, culturais, políticos ou religiosos, o que faria com que praticamente tudo pudesse dar origem a um problema relacionado com a identidade dos EM¹⁰³⁰; de um ponto de vista mais restrito, relaciona-se a identidade nacional dos Estados-Membros com os aspectos fundamentais da sua identidade constitucional¹⁰³¹, evitando assim a colocação em risco do primado da UE por aspectos mais triviais. Também não é claro o que implica o “respeito” por parte da União, apesar de ser unânime que se trata de uma efectiva obrigação que recai sobre aquela: esse respeito deve ser *absoluto* (implicando por isso a cedência do Direito da União perante o Direito Constitucional conflituante), ou deve antes promover a cooperação entre as várias esferas legais envolvidas, procurando alcançar uma solução comum que se adapte, tanto quanto possível, às várias pretensões conflituantes em causa?¹⁰³² Tendo em conta o constitucionalismo próprio da UE, diríamos que esta segunda visão se adequa melhor às especificidades da comunidade jurídica europeia, sendo assim de recusar uma visão extrema que conceda, *sem ter em atenção os factos do caso concreto*, supremacia de modo automático a qualquer um dos ordenamentos¹⁰³³.

princípio da atribuição de competências, da subsidiariedade e proporcionalidade, devem ainda abster-se de infringir os valores nucleares da identidade constitucional dos EM; por outro lado, quando lida em conjunto com os valores próprios da UE (art. 2º), determina que essa obrigação por parte da União cessa quando (ou na eventualidade de) a identidade nacional exigir uma interpretação contrária a algum desses valores.

¹⁰³⁰ A redacção do Tratado em inglês, que difere das restantes analisadas, agravaria ainda mais a interpretação desta norma segundo esta acepção mais ampla: o nº 2 do art. 4º utiliza a expressão no plural (“their national identities”), o que levou alguns autores a considerar que se poderia referir aqui à existência de várias identidades em Estados multinacionais, alargando deste modo ainda mais o potencial campo de acção desta norma – PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 272; por nossa parte, não parece, mesmo que as outras versões utilizem a expressão sempre no singular, que por detrás do emprego do plural se ocultasse alguma extensão da norma, mas antes uma mera concordância com o sujeito da frase em questão, também ele no plural (“Member States”).

¹⁰³¹ Esta interpretação resulta tanto de um argumento *literal* como *sistemático*: em relação ao primeiro, a maioria das versões linguísticas analisadas parece estabelecer um vínculo entre a identidade nacional e constitucional através do emprego de adjectivos como “inerente”, “reflectida” ou “ínsita” (na versão alemã utiliza-se um mais ambíguo “exprimida”, o que poderia dar lugar ao entendimento de que a identidade constitucional seria uma dimensão exemplificativa da identidade nacional, e não taxativa); em relação ao segundo, existe uma outra norma (art. 3º, nº 3 TUE) que garante o respeito, por parte da União, pela diversidade cultural existente na Europa, pelo que não seria de esperar que ao art. 4º fosse atribuído o mesmo significado.

¹⁰³² Para opiniões divergentes na doutrina v. PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 273 e 274. Em relação à questão “respeito *por quê*”, cremos (com a maioria das opiniões) que uma interpretação demasiado restrita, que identifica as “estruturas” políticas constitucionais fundamentais com a sua configuração organizacional e institucional, não seria de subscrever, desde logo porque não satisfaria as pretensões dos EM e não cumpriria com o objectivo desta norma, que é precisamente preservar determinados valores (ou dimensões dos mesmos) essenciais à identidade do Estado em questão.

¹⁰³³ Na sequência do que já *supra* foi sendo dito, a identificação do que integra este núcleo da identidade constitucional dos EM não poderia ser feita pelo TJ; por outro lado, questões de interpretação ou validade de normas europeias devem ser submetidas a este, pelo que uma solução para os casos em que se coloca em causa algum aspecto fundamental da identidade dos Estados-Membros só possa ser resolvida através de um diálogo entre os vários Tribunais (TJ e TC), já que nenhum possui toda a competência necessária para a jurisdição em causa (em relação aos limites de jurisdição europeia, v. o disposto no art. 19º TEU). A evolução deste diálogo também demonstra a modificação das tendências jurisprudenciais em relação às circunstâncias dos vários casos: se inicialmente se foi estabelecendo a necessidade de afirmação do princípio do primado absoluto, à medida que as competências da União interferem e se expandem para temas mais complexos e sensíveis (como é o caso do Direito Penal), os

Por fim, resta saber qual o limite da identidade constitucional dos EM¹⁰³⁴. Para além da circunstância de não dever, de igual modo, infringir aspectos fundamentais da identidade constitucional da UE, esse núcleo fundamental nacional não deve ser interpretado segundo uma perspectiva estática e histórica, uma vez que deve incluir possíveis interpretações posteriores que lhe sejam impressas¹⁰³⁵, as quais podem também ser consequência da relação com a ordem jurídica europeia; neste sentido, o limite ao ordenamento europeu representado pela violação do núcleo da identidade constitucional dos EM não se deve considerar atingido pela superveniência dessas alterações legítimas na sua identidade¹⁰³⁶, mas apenas em situações extremas, o que será de facto mais raro de acontecer. Como o mais recente diálogo constitucional demonstrou, uma interpretação evolutiva que acomode preocupações europeias e nacionais é possível¹⁰³⁷; nos casos em que tal não o seja de todo, outras soluções (nomeadamente ao nível político ou legislativo) devem ser procuradas¹⁰³⁸.

Tribunais Constitucionais reafirmam a sua posição na nova ordem legal que vai surgindo, colocando-se a um nível mais paritário com o TJ no que concerne a limites inultrapassáveis da identidade constitucional do seu Estado; ao mesmo tempo, esses limites são integrados na ordem jurídica europeia, pelo que actuam também activamente na construção do espaço valorativo comum europeu. Para uma interessante análise deste diálogo quer do ponto de vista dos EM quer da UE (através de várias decisões jurisprudenciais), v. PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 277 ss.

¹⁰³⁴ Sobre a questão da identidade europeia, dos EM e as diferentes dimensões que pode assumir, FARAGUNA, Pietro, “Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?”, *in* German Law Journal, Vol. 18, No. 07, 2017; realçando ainda o surgimento de um pensamento criminológico europeu, “índice de uma consciência da identidade europeia sem a qual um Direito Penal Europeu não se poderia desenvolver”, ainda BLAU, Günter, “Bemerkungen zur Europäisierung des Strafrechts”, *in* BERNSMANN, Klaus und ULSENHEIMER, Klaus (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13. 10. 2001*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2003, pág. 29 (tradução livre).

¹⁰³⁵ LERCHE, Peter, “Europäische Staatlichkeit...”, pág. 140.

¹⁰³⁶ CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1379. V. as decisões do TJ nos casos C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*) e C-391/09 (*Runevič-Vardyn*), em que o Tribunal europeu se viu confrontado com a questão da identidade nacional dos EM – no primeiro caso em relação à abolição de títulos nobiliárquicos e no segundo em relação à recusa de escrita de um apelido da forma determinada noutra língua, da qual é originário; em ambos os casos o Tribunal avaliou a situação em relação às restrições que significavam para direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico europeu, deixando ao critério dos EM a determinação do facto de se encontrar verdadeiramente em causa uma questão de identidade constitucional proporcional às restrições que implicavam. No caso C-51/08 (*Commission v Luxembourg*), relativo ao requisito de se possuir nacionalidade luxemburguesa para se poder exercer a profissão de notário no Luxemburgo – requisito para o qual o EM argumentava existirem também motivos relacionados com “o respeito pela história, pela cultura, pela tradição e pela identidade luxemburguesas na aceção do artigo 6.º, n.º 3, UE” (§ 72) –, o Tribunal acabou por considerar que existiam meios menos restritivos para a defesa dos interesses invocados pelo EM, pelo que declarou essa medida incompatível com o princípio da não discriminação europeu.

¹⁰³⁷ Referimo-nos aqui aos julgamentos que integram a saga *Taricco*, em que ambos os lados conseguiram encontrar um compromisso aparentemente satisfatório: o TC italiano conseguiu preservar a interpretação nacional da norma em causa nos julgamentos anteriores à decisão do TJ, enquanto este cedeu esse espaço interpretativo à Itália ao mesmo tempo que reafirmava a necessidade de um compromisso futuro na interpretação das obrigações decorrentes dos Tratados. É claro, no entanto, que essa interpretação evolutiva terá também os seus limites, nomeadamente quando configure já uma mutação constitucional não admitida.

¹⁰³⁸ PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 297 – algumas alternativas incluem alterações à legislação nacional, aos Tratados, ou mesmo uma solução semelhante à adoptada pela Irlanda, determinando num Protocolo certos limites constitucionais que considera inultrapassáveis.

Esta norma que limita a UE impondo-lhe o respeito pela identidade constitucional dos EM não deve, contudo, ser utilizada de modo conscientemente abusivo por parte dos Estados que compõem a União: deve servir para fomentar uma relação de cooperação (e por vezes até correcção¹⁰³⁹) entre as ordens jurídicas, e não para promover ideais populistas e tentar impor a vontade actual do governo nacional, associando-a ao conceito de identidade nacional¹⁰⁴⁰. De facto, a originalidade do projecto legal que é a União Europeia baseia-se exactamente na relação de complementaridade entre as ordens nacionais e europeia, no âmbito da qual se desenvolve uma cultura legal que não seria possível se se adoptasse uma visão meramente eurocêntrica¹⁰⁴¹ ou nacionalista.

3.4 O Constitucionalismo da União Europeia

Após todo este percurso chegamos à última das negações que foram primeiramente enunciadas: a Europa não teria, em consequência de tudo o restante, nenhum constitucionalismo¹⁰⁴². Também esta negação adopta um ponto de vista exclusivamente *unitário* de soberania que implica, portanto, um conceito unitário de povo, Constituição e Estado – algo claramente incompatível com a União Europeia. Com efeito, o esbatimento das fronteiras entre Estados e a transferência sucessiva de competências para a UE fez efectivamente com que se verificasse a divisão da soberania¹⁰⁴³ estadual e respectivo exercício pelos EM e pela UE, colocando assim em comum a soberania existente para utilização pelas várias entidades políticas. Isso faz com que se deva, no espaço da União, mais apropriadamente falar numa *alteração das condições de exercício da soberania* do que de uma

¹⁰³⁹ PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?..”, pág. 294.

¹⁰⁴⁰ FICHERA, Massimo and POLLICINI, Oreste, “The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?”, *in* German Law Journal, Vol. 20, Issue 8, 2019, pág. 1112. Referindo-se ao pedido de decisão prejudicial submetido pela Alemanha ao TJ no caso C-62/14 (*Gauweiler*), relativo a um programa de compra de obrigações soberanas nos mercados secundários, afirmam os autores: “This move towards the conflictual side of security [...] has involuntarily supported the wind of populism, which is blowing across Europe and from which courts – including constitutional and supreme courts – are not immune. The language of constitutional identity has been manipulatively borrowed, as the Hungarian case shows very well, by non-independent constitutional courts who wish to totally distort the original meaning of constitutional identity and make it substantially overlap with the will of the government”. Também críticos do sentido que toma hoje a identidade constitucional (por se revelar demasiado vaga) e os efeitos potencialmente perniciosos para a UE que resultam do seu uso, FABBRINI, Federico e SAJÓ, András, “The dangers of constitutional identity”, *in* European Law Journal, Vol. 25, Issue 4, July 2019.

¹⁰⁴¹ KIRCHHOF, Paul, “The European Union of States”, pág. 743.

¹⁰⁴² Mesmo reconhecendo a existência de uma Constituição, a Europa não teria um constitucionalismo; essa mesma negação foi feita em relação aos EUA e à sua Constituição do século XVIII – SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 69. Sobre o constitucionalismo, v. o artigo de MADURO, Miguel Poiães, “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, *in* International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005, pág. 332 ss.

¹⁰⁴³ “The European Union is indeed based on a conception of divided sovereignty and in strictness neither international nor national, ‘but a composition of both’” – SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, pág. 75, o que leva o autor a caracterizar a UE como Federação de Estados.

“perda de soberania”¹⁰⁴⁴ – esta visão enquadra-se melhor na estrutura constitucional desenhada pelos Tratados e à qual se dá efectividade através dos inúmeros instrumentos legislativos europeus, que implicam, muitos deles (e sobretudo no Direito Penal), a aceitação de outras soberanias e a vontade de cooperar com outros Estados (ou entidades supranacionais) com os quais se foi construindo uma relação de confiança mútua¹⁰⁴⁵. O sistema de governo europeu, um sistema que apresenta então dois níveis, implica, bem assim, também um “constitucionalismo em dois níveis, com duas constituições sobrepostas”¹⁰⁴⁶: o “constitucionalismo segue o poder, está onde este está”¹⁰⁴⁷, o que significa que se o poder deixa de estar somente na disposição dos Estados, deixa igualmente o constitucionalismo as fronteiras nacionais para se alargar agora aos diferentes centros de decisão governativa¹⁰⁴⁸.

Para que se consiga perceber o constitucionalismo existente na UE devemos começar por entender a *interconstitucionalidade*, que se ocupa do estudo das “relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”¹⁰⁴⁹. A novidade representada pela União não é a existência deste fenómeno (que já se pode observar p. ex. em Estados Federais), mas sim as características que apresenta neste espaço¹⁰⁵⁰. Assim, ao invés de uma pirâmide e hierarquia legal, existe uma *rede de Constituições*, que operam por isso em situação de paridade umas com as outras, não sendo possível alocar de modo definitivo a supremacia a nenhuma. Outras características são a influência exercida nas Constituições (e no constitucionalismo dos Estados) por parte de outras organizações¹⁰⁵¹; a redefinição de

¹⁰⁴⁴ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 251.

¹⁰⁴⁵ Neste sentido, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 252, afirmando ainda que esta mudança de concepção da soberania é necessária “ao paradigma da nova ordem comunitária instaurada” (tradução livre). Também o que tradicionalmente se associava à “Constituição” sofreu alterações com a UE e o seu constitucionalismo, não se podendo agora associar às Constituições o carácter de “máxima autoridade” de que antes gozavam – KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 22.

¹⁰⁴⁶ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 523.

¹⁰⁴⁷ MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 533.

¹⁰⁴⁸ A doutrina desenvolveu ainda o conceito de “soberania tardia” para descrever o fenómeno de partilha da mesma que se observa na União Europeia – segundo este conceito, a soberania é exercida em paralelo por ambos os níveis de governo, estabelecendo assim uma relação heterárquica de poder, em vez da tradicional hierarquia legal, o que se encontra de acordo com o tipo de constitucionalismo específico que se estabeleceu na UE – DOBBS, Mary, “Sovereignty, Article 4(2) TEU and the respect...”, pág. 302. Esta relação de heterarquia e não centralização do poder em nenhuma das esferas de poder pode ainda ser descortinada no art. 53º CDFUE, que exprime de modo claro a interrelação das várias ordens normativas presentes no espaço europeu.

¹⁰⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1425.

¹⁰⁵⁰ Características seguintes em CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1425.

¹⁰⁵¹ No caso do espaço europeu, essa interferência na organização constitucional dos Estados pode advir tanto da UE e das suas normas de natureza constitucional – o que constituirá a maior parte dessa interferência –, como da existência de outro Tribunal europeu (TEDH) com poderes para influir no conteúdo de normas superiores. A influência do TEDH será bastante mais limitada do que aquela exercida pela UE, mas estende-se não só aos EM como também à própria União, como o exemplificam casos como *Bosphorus* (ou *M.S.S.*, se bem que de um modo mais indirecto), em que o TEDH foi chamado a verificar a compatibilidade de uma medida da UE com a protecção conferida aos direitos humanos pela CEDH – a partir deste exemplo consegue verificar-se

dimensões constitucionais clássicas através da influência de sistemas normativos superiores; a articulação da Constituição e constitucionalismo nacional com as restantes esferas constitucionais que integram a rede interconstitucional; e a existência de um sistema caracterizado pelas relações de confiança condicionada mútua entre todas as entidades que integram essa rede¹⁰⁵², tanto estaduais como supranacionais.

A interconstitucionalidade dirige-se, assim, à articulação de uma pluralidade de ordenamentos que funcionam em rede, mas na qual as Constituições estaduais não perderam o seu valor ou a sua função: continuam a postular uma determinada identidade, apesar de se abrirem agora à influência de outras ordens jurídicas¹⁰⁵³.

As Constituições imbrincadas nessa rede divergem ainda em relação ao seu paradigma de poder constituinte: podem ter surgido de acordo com um *paradigma fundacional*, onde se consegue distinguir o acto constituinte que deu origem à norma fundamental (e sendo esta determinada enquanto tal); ou podem ter sido fruto de um processo de acreção – *paradigma não fundacional* – onde não existe momento definido de exercício do poder constituinte, uma vez que a competência para a sua formação é reclamada por todos os actos de uma certa natureza¹⁰⁵⁴. Especificamente em relação à UE, é claro que tem seguido até agora um paradigma não fundacional, mais adequado ao poder constituinte evolutivo existente na Europa, embora se tenha tentado já “relegitimar democraticamente os momentos anteriores [...] e desenhar os esquemas constitucionais interorganizativos para o futuro”¹⁰⁵⁵, por ocasião do rejeitado Tratado Constitucional.

sem margem para dúvidas a existência de uma rede normativa europeia em que as Constituições nacionais perdem o lugar de indisputável superioridade que anteriormente lhes era atribuído.

¹⁰⁵² Para uma interessante análise da confiança na UE e desafios que se lhe colocam, v. o artigo de MITSILEGAS, Valsamis, “Trust”, *in* German Law Journal, Vol. 21, Issue 01, 2020; e ainda, em relação à sua aplicação mais prática e problemática – a execução de MDE –, CAEIRO, Pedro, “‘Scenes From a Marriage’: Trust, Distrust and (Re)Assurances in the Execution of a European Arrest Warrant”, *in* CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020; e MITSILEGAS, Valsamis, “The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust”, *in* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 5, Nº 2, 2019, sobretudo pág. 575 ss, sobre a evolução jurisprudencial na questão da protecção dos direitos fundamentais e confiança mútua entre os EM.

¹⁰⁵³ As Constituições continuam a exercer uma função de autodescrição e auto-referência, determinando no meio de toda a diversidade e pluralismos uma identidade própria da entidade política em causa; no entanto, deixam de ser textos auto-suficientes, no sentido em que se relativizam agora princípios como o da hierarquia e da competência para favorecer a abertura da ordem jurídica às influências externas que advêm da presença de outros ordenamentos na rede interconstitucional; o interconstitucionalismo pressupõe ainda a *interculturalidade* e *intersemiotividade* (a descoberta de regras comuns) dos ordenamentos envolvidos nessa rede – v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1426 ss.

¹⁰⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1428. No mesmo sentido, em relação ao panorama global, KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 23. As Constituições podem ainda ser *autoconstituídas* (o que será o mais normal), significando que uma determinada organização política se dota a si mesma de uma Constituição, ou *heteroconstituídas*, quando a sua Constituição é pactuada (como nas Federações) ou outorgada pelo exterior – MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional...”, pág. 524.

¹⁰⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, pág. 1429. Rejeitando ambos os paradigmas para a UE, e optando por um terceiro “constitucionalismo político”, WILKINSON, Michael, “Political Constitutionalism and the European Union”, *in* The Modern Law Review, Vol. 76, No 2, March 2013.

Na UE são inúmeras as expressões utilizadas para descrever o fenómeno de constitucionalismo que se foi desenvolvendo, assente no pluralismo constitucional que se observa¹⁰⁵⁶: “constitucionalismo pós-nacional tolerante”¹⁰⁵⁷, “constitucionalismo multi-nível”¹⁰⁵⁸, “complexidade constitucional”¹⁰⁵⁹, “constitucionalismo cooperativo”¹⁰⁶⁰ “constitucionalismo quase-federal”¹⁰⁶¹, “pluralismo pós-nacional”¹⁰⁶², “constitucionalismo compósito ou policêntrico”¹⁰⁶³. Todas pretendem, embora com focos e explicações diferentes,

¹⁰⁵⁶ Existem ainda duas formas de ver este pluralismo: ou como algo transitório, que eventualmente dará lugar a um fenómeno constitucional mais tradicional (em favor da UE) à medida que o processo de integração evolui; ou como algo que faz intrinsecamente parte da União e da sua estrutura, dando origem a algo novo para além das já existentes hierarquias conhecidas em Estados Federais ou quase-federais, reconhecendo assim a diversidade europeia, a pré-existência e persistência das várias Constituições, e a interacção entre ordenamentos própria da UE – SIMONCINI, Andrea, “The European Union as a ‘3-D’ Constitutional Space”, *in* Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 21, No. 2, 2014, pág. 244.

¹⁰⁵⁷ Esta expressão dirige-se a salientar a particularidade de este novo constitucionalismo ser a manifestação da vontade constituinte de vários povos, e não de apenas um – PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, pág. 54.

¹⁰⁵⁸ O constitucionalismo multi-nível é o mais utilizado pela doutrina para descrever a situação constitucional da UE, querendo com este reconhecer-se o facto de existirem vários níveis constitucionais em relação mútua no espaço europeu: nacional, supranacional, regional e global – PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, pág. 54. Especificamente entre a UE e os EM, descreve a relação dialéctica entre os níveis constitucionais existentes que dá origem à Constituição europeia (e a um núcleo axiológico comum que constitui o cerne desta relação constitucional), estando esta dependente da troca de materiais legais entre essas duas esferas.

¹⁰⁵⁹ A complexidade constitucional agrega elementos do constitucionalismo multi-nível e do pluralismo constitucional, salientando a circunstância de a relação entre os níveis constitucionais dar origem a novas interpretações que não seriam possíveis sem essa interconexão, e realçando por isso a importância dos conflitos constitucionais e o papel dos juízes na construção deste tipo de constitucionalismo; acrescenta ainda a impossibilidade de se prever a direcção que tomará, com vista ao futuro, o constitucionalismo europeu já que a imprevisibilidade é uma das características da complexidade constitucional (e não propõe ou influencia, por isso, o resultado final da integração, uma vez que se mantém como teoria neutra) – MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity...”, pág. 220 ss; do mesmo autor, v. ainda MARTINICO, Giuseppe, “Born to Be Together: The Constitutional Complexity of the EU”, *in* Review of Constitutional Studies, Vol. 16, Issue 1, 2011.

¹⁰⁶⁰ Cujo ponto central de atenção é precisamente a cooperação entre os vários níveis constitucionais – FICHERA, Massimo and POLLICINI, Oreste, “The Dialectics Between...”.

¹⁰⁶¹ Aqui reconhece-se o labor jurisprudencial do TJ na promoção dos fins dos Tratados, actuando quase como um tribunal constitucional federal – PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, pág. 54.

¹⁰⁶² O pluralismo pós-nacional evita a utilização do vocábulo “constitucionalismo” por este se dirigir à organização das várias fontes legais sob a forma de um qualquer esquema, enquanto o pluralismo reconhece a multiplicidade de ordenamentos, fontes e influências sem pretender organizar as mesmas; dá expressão à heterarquia por excelência, reconhecendo a possibilidade de interacção entre as várias ordens segundo vários critérios que emanam igualmente das várias esferas legais, mantendo assim uma relação aberta que depende também de factores políticos – JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels...”, pág. 239.

¹⁰⁶³ Segundo esta teoria, existe uma interdependência entre as Constituições nacionais e europeia, que se relacionam dentro de uma estrutura superior comum a todas, assegurando este último elemento a coerência entre as anteriores; para o constitucionalismo policêntrico não existe, por isso, nenhum limite ou fronteira entre o nível europeu e nacional – JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels...”, pág. 240. De todas as propostas, que são de facto semelhantes entre si, alternando apenas o aspecto em que se focam, esta parece-nos a menos correcta na descrição da UE, por dois motivos: primeiro, a Constituição da União constitui já algo que representa os aspectos em comum entre todas as Constituições da rede interconstitucional europeia, sendo que a única “estrutura comum” em que poderiam funcionar em conjunto seria o constitucionalismo regional europeu ou global, o que não fornece muitos pontos comuns (no sentido de ser demasiado limitado em relação aos temas que aborda). Por outro lado, apesar de se reconhecer que os limites entre “nacional” e “europeu” se vão esbaltando, não é de toda verdade que não exista qualquer limite, e isso mesmo vai ficando demarcado com cada confronto constitucional ou contestação de medidas

descrever a natureza do constitucionalismo europeu enquanto ponto de encontro de várias visões e valores constitucionais, que eventualmente se decantam em aspectos comuns, formando nesse processo a Constituição material europeia, que por sua vez volta a influenciar as Constituições nacionais. Todo este processo de interação constitucional assenta no respeito mútuo entre os diferentes níveis constitucionais e preclui, como se pode entender, que se atribua a um dos níveis a autoridade última em caso de disputa – a solução deverá ser encontrada no âmbito do diálogo constitucional estabelecido¹⁰⁶⁴, procurando determinar qual o ponto de vista que melhor se adequa à situação em apreço, e não qual a lei que tem prioridade de aplicação¹⁰⁶⁵. O pluralismo constitucional reconhece a autonomia e limites existentes entre as ordens constitucionais que fazem parte da rede jurídica europeia do mesmo modo que constata a participação dessa pluralidade para a formação do conjunto legal comum¹⁰⁶⁶.

Como já se referiu, as relações assim estabelecidas não podem ser hierárquicas, mas sim *heterárquicas*, o que reflecte a nova aproximação da União à integração: o que se pretende parece não ser mais a substituição de normas legais nacionais pelas equivalentes europeias (*eliminação da diferença*), mas sim reforçar uma integração mais flexível, focada na harmonização mínima e na cooperação (*organização da diferença*)¹⁰⁶⁷, algo que se encontra

europeias – o esbatimento dessas fronteiras ocorre precisamente de modo gradual, à medida que a Constituição europeia integra aspectos comuns a todas as outras Constituições, construindo deste modo a estrutura que é comum a todas (nacionais e europeia).

¹⁰⁶⁴ Existem, naturalmente, autores críticos deste entendimento pluralista do constitucionalismo, argumentando que ao existirem várias fontes de normas constitucionais, uma delas terá precedência, pelo que a outra deixará de ser constitucional – GOLDONI, Marco, “Constitutional Pluralism and the Question of the European Common Good”, *in* *European Law Journal*, Vol. 18, No. 3, May 2012, pág. 386, em referência à opinião crítica de Gareth Davies. Sobre o constitucionalismo pluralista, afirma mesmo este último que não é mais do que uma “ideia vazia” – DAVIES, Gareth, “Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism”, *in* AVBELJ, Matej e KOMÁREK, Jan, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pág. 269 ss.

¹⁰⁶⁵ “[...] in the case of conflict, claims should not be made as to which legal order will have primacy, but it should be an act of balancing between competing principles in a way that will best suit the common values underlying both legal orders and practices” – PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point?...”, pág. 294. Um exemplo prático do pluralismo constitucional é dado por um Ac. do Tribunal Constitucional alemão de Novembro de 2019 – 1BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen II*) –, em que este reconheceu o facto de o campo de direitos fundamentais invocado estar já completamente harmonizado e analisou, deste modo, a questão à luz do Direito da União, e não da Constituição alemã; para uma análise do julgamento em relação ao pluralismo constitucional, AVBELJ, Matej, “The Federal Constitutional Court Rules for a Bright Future of Constitutional Pluralism”, *in* *German Law Journal*, Vol. 21, Issue S1, 2020 (para uma análise em detalhe do julgamento e do que significa para a UE, ver também os restantes artigos do mesmo número da revista).

¹⁰⁶⁶ AVBELJ, Matej, “The Federal Constitutional Court Rules...”, pág. 28. Para uma visão do pluralismo conforme descrito por *Kumm*, que o identifica como um meio para dirimir conflitos constitucionais de acordo com a ideia de proporcionalidade assente em três critérios fundamentais (legalidade, subsidiariedade, e legitimidade democrática), e por *Maduro*, cuja proposta pluralista, para que não degenere em anarquia e manipulação da ordem legal pelos países mais fortes, assenta na defesa de quatro princípios “contrapontuais” (pluralismo e respeito pela pluralidade, participação, coerência vertical e horizontal, e escolha institucional), v. GOLDONI, Marco, “Constitutional Pluralism...”, pág. 388 ss. A proposta de DAVIES, Gareth, “Constitutional Disagreement in Europe...”, pág. 269, para a Europa parte mesmo do contributo destes dois autores, mas discorda em algumas questões das suas contribuições.

¹⁰⁶⁷ COUTTS, Stephen, “The Lisbon Treaty and the Area of Freedom, Security and Justice as an area of Legal Integration”, *in* *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 7, 2011, pág. 90. Esta mudança ocorreu após se ter atingido um nível de integração satisfatório em questões mais técnicas de criação do mercado comum; à medida que a UE assume competências em áreas mais diversificadas, adopta de igual modo técnicas legislativas de integração que permitem já acomodar diferentes visões

igualmente de acordo com a manutenção e respeito por uma pluralidade de identidades jurídicas nacionais, ao lado da identidade constitucional da UE¹⁰⁶⁸. Determinante para a integração europeia é, por isso, não a supremacia absoluta de uma dimensão constitucional sobre a outra, mas antes a definição clara dos valores¹⁰⁶⁹ que o pluralismo constitucional europeu deseja defender, para que também a sua acção legislativa seja percebida como legítima pelos cidadãos a quem se dirige.

3.5 Dimensão constitucional europeia e função do Direito Penal

Imediatamente antes do início deste capítulo foram colocadas três questões para as quais seria necessário obter uma resposta a fim de podermos subsequentemente determinar as condições necessárias ao uso legítimo do Direito Penal por parte da União: *se* a UE possui uma Constituição; *como* se articula o constitucionalismo no espaço europeu; e *que* limites se colocam (ou deveriam colocar) ao uso do DP na União Europeia. Respondidas as duas primeiras questões, resta analisar a problemática da função a atribuir ao Direito Penal Europeu – algo que de momento se ficará por saber *de onde* provêm esses limites.

A área de liberdade, segurança e justiça proporcionada pela UE aos seus cidadãos (art. 3º, nº 2 TUE) foi alvo, à semelhança de toda a organização europeia, de uma constitucionalização¹⁰⁷⁰ desde o início da sua existência; mas o específico funcionamento do

nacionais. Esta concepção da heterarquia europeia pode encontrar alguma oposição, no entanto, nos EM mais recentes da UE, como denota KÜHN, Zdeněk, “The European Arrest Warrant...”, pág. 124: nos países anteriormente comunistas, o conceito de hierarquia legal é algo recentemente redescoberto, pelo que aprender e aceitar quase de imediato um “constitucionalismo cooperativo” pode representar um desafio para esses ordenamentos. Também num sentido crítico em relação à *desordem* actual acentuada pelo pluralismo legal, salientando a manipulação exercida pelos ordenamentos jurídicos, FONTANELLI, Filippo, “Let’s Disagree to Disagree. Relevance as the Rule of Inter-Order Recognition”, in *The Italian Law Journal*, Vol. 04, No. 02, 2018.

¹⁰⁶⁸ A doutrina salienta ainda o efeito legitimador que advém do respeito por essa pluralidade de identidades na percepção do poder exercido pela União como justo (algo que dificilmente seria aceite pelos povos europeus se a sua identidade fosse desconsiderada pela organização política que pretende ser comum a todos) – DíEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 59. Nem todos partilham todavia desta opinião, chegando mesmo a negar a existência de uma identidade europeia própria: “[...] o que se percebe, com o [Tratado de Lisboa] e, historicamente, com os tratados anteriores, é que se busca uma espécie de identidade europeia, quando, na verdade, o que existe, é a identidade da diferença, o que demonstra o equívoco desta tradicional posição europeia” – PEREIRA, Carolina, “Tratado de Lisboa: o transconstitucionalismo como ferramenta à harmonização”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1, nº 12, 2012, pág. 7715.

¹⁰⁶⁹ Sobre a importância dos valores, CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1371 ss; dadas as particularidades do constitucionalismo europeu, concorda-se com a aceção do autor (*ibid*, pág. 1375) de que a UE, *pelo menos enquanto tal configuração se mantiver*, não pretende transformar-se num *Estado* Federal no sentido tradicional do termo (o que difere da Federação de Estados que se mencionou aquando da discussão acerca da natureza da UE).

¹⁰⁷⁰ Para um resumo dos aspectos que consolidaram essa constitucionalização v. MITSILEGAS, Valsamis, “20 Years from Tampere: The Constitutionalisation of Europe’s Area of Criminal Justice”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, European University Institute, 2020 – o autor refere quatro aspectos: instituições, competência, aplicação dos princípios gerais de Direito da União, e direitos fundamentais no DP Europeu. Em sentido concordante, afirmando mesmo que no espaço de liberdade, segurança e justiça reside a expressão mais evidente da dimensão constitucional da UE, também LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, “El Legislador Europeo en Materia de Seguridad y Justicia tras el Tratado de Lisboa: Avances hacia la Cooperación Judicial Penal en la EU”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pág. 179 / 180.

constitucionalismo europeu e a rede interconstitucional europeia podem levantar novas questões em relação aos critérios de legitimidade tradicional que se adscvem ao Direito Penal – nomeadamente, a adaptação do critério de legitimidade do DP ao funcionamento legal em rede e os seus limites, tendo ainda em atenção a sua relação com o Direito Constitucional; e a protecção dos direitos fundamentais no âmbito dessa rede caracterizada por uma pluralidade de normas e actores¹⁰⁷¹. Dado o tema em estudo, iremos focar a nossa atenção no primeiro problema, ainda que lateralmente seja inevitável ir referindo a protecção aos Direitos Fundamentais – algo, aliás, que já fomos fazendo, e que para além disso se encontra hoje mais consolidado (desde a inclusão da CDFUE nos instrumentos com carácter vinculativo e previsão da adesão da UE à CEDH), apesar de simultaneamente continuar a constituir o cerne das disputas constitucionais entre a dimensão normativa nacional e europeia.

Concluimos já anteriormente que a mera existência ou importância social de um determinado interesse não é critério suficiente para que lhe seja concedida protecção legal através do emprego do Direito Penal¹⁰⁷²; é necessária, para além disso, uma relação desse interesse com algum valor inscrito na Constituição, para que condutas atentatórias deste possam justificar a restrição dos direitos fundamentais que é consequência natural da aplicação das sanções penais – desse modo, apenas a lesão de um valor constitucional poderia justificar a lesão de direitos também constitucionalmente reconhecidos¹⁰⁷³. Na União Europeia isso significa que apenas aqueles interesses derivados do Direito primário da UE, dos valores protegidos pela Constituição Europeia (que de modo mais relevante para a questão da criminalização se poderão retirar do TUE e TFUE) deverão ser objecto de protecção através do Direito Penal, para que este continue a apresentar um conteúdo legítimo. A este critério deverão igualmente adicionar-se os restantes princípios que guiam a necessidade de utilização do DP¹⁰⁷⁴: o dano, proporcionalidade, etc.

A UE fica assim adstrita às mesmas limitações ao uso legítimo do DP a que os EM também devem estar sujeitos: a diferença reside somente no facto de os valores por ela protegidos terem um maior alcance e deverem ser de uma natureza mais geral do que aqueles potencialmente existentes em cada EM, dado que na União se deve ter em atenção, primeiramente, o carácter plural e diversificado dos povos que ficarão sujeitos às normas desse

¹⁰⁷¹ NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 345 / 346.

¹⁰⁷² Como explicado claramente por ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 412: “[...] all interests that do not have a normative relationship to a certain constitutional value or that lie outside the constitutional order of values cannot achieve criminal protection, *however firm their sociological basis may be*” (sublinhados acrescentados).

¹⁰⁷³ V. também MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 356 a 359 – princípio da protecção de bens jurídicos com referente constitucional e enfoque funcional (danosidade social).

¹⁰⁷⁴ Isto porque, tal como acontece nas Constituições dos Estados-Membros, o campo de interesses que podem ter uma ligação com valores constitucionalmente protegidos é extremamente vasto, pelo que é necessário delimitar em cada fase de apreciação a acção do legislador penal: o juízo de valor necessariamente presente na criminalização, para além de proteger um interesse com valor constitucional, deve reafirmar a relevância social desse interesse (através do sancionamento dos comportamentos lesivos ao mesmo), e a necessidade da preservação desse interesse no seio de uma sociedade democrática – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 360.

Direito Penal de origem europeia¹⁰⁷⁵. A identificação clara do interesse que se pretende proteger levaria ainda, tal como em âmbito nacional, a uma distinção mais facilitada de quando se deveriam utilizar sanções penais europeias ou quando a prescrição de sanções administrativas seria bastante para a sua protecção¹⁰⁷⁶.

Concluída deste modo a primeira aproximação aos critérios de legitimidade das normas penais europeias, poderemos de seguida focar-nos na sua análise em detalhe: primeiramente em relação à *legitimidade formal*, uma vez que nem sempre foi clara a questão da competência penal da UE (para tal far-se-á uma breve exposição histórica antes de se analisarem as normas hoje existentes); e depois em relação à *legitimidade material*, procurando determinar que critério (ou critérios) deveriam ser empregues pelo legislador europeu para assegurar que as suas normas penais demonstrassem ter um conteúdo legítimo (e pudessem ser aceites como tal pelos EM e seus cidadãos).

¹⁰⁷⁵ A sua adequação aos princípios constitucionais decorrentes das tradições comuns aos EM zela assim por uma minimização de conflitos entre as ordens normativas, pois será difícil um Estado-Membro contestar algo que também ele considera legítimo, e pela aceitação social da norma penal emanada, algo de extrema importância não só para a legitimidade percebida do Direito Penal mas também para a sua eficácia, pois uma norma considerada ilegítima terá uma adesão menor e mais dificultada por parte dos cidadãos chamados a respeitá-la.

¹⁰⁷⁶ Já o refere KAIIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law provisions in the EU and fundamental principles of criminal law”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Ed.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, pág. 92. A autora dá ainda alguns exemplos legislativos onde não se consegue de facto perceber que interesse se pretende proteger, levando a que se questione a legitimidade da criminalização da conduta operada na UE: algumas condutas descritas na criminalização do crime organizado, algumas condutas descritas na criminalização da exploração sexual de crianças e pornografia infantil, e ainda (particularmente em relação à não distinção entre condutas que deveriam ser punidas com ilícito penal ou ilícito administrativo), algumas condutas descritas na protecção do ambiente através do Direito Penal – *ibid.* pág. 91 e 92.

4. Evolução histórica da competência penal da UE

A necessidade de ponderação, ao nível europeu, de grandes questões penais (como a definição de uma política criminal) não era algo que se associasse com a UE até há relativamente pouco tempo: desde a sua origem até (pelo menos de modo explícito) ao Tratado de Lisboa, pressupunha-se que o Direito Penal estaria fora do leque de competências da União¹⁰⁷⁷ – tal era a opinião dos fundadores da CEE, da doutrina especializada e mesmo do TJ europeu¹⁰⁷⁸ (pelo menos durante as primeiras décadas da sua existência).

Mas enquanto o Direito Penal se manteve fora das competências sancionatórias das instituições europeias, sendo da exclusiva responsabilidade dos EM¹⁰⁷⁹, aquelas dispunham do poder de determinar ilícitos administrativos e cominar sanções também administrativas para os mesmos, estabelecendo-se deste modo na Europa um sistema sancionatório binário¹⁰⁸⁰: as condutas *penalmente* punidas só o poderiam ser (e na verdade só adquiriam essa qualidade) nos EM após a sua criação na lei penal nacional¹⁰⁸¹; e para a punição de condutas através de sanções administrativas continuavam naturalmente a ser competentes os EM¹⁰⁸², agora

¹⁰⁷⁷ Questões distintas da competência penal da UE são o facto de o seu Direito (noutras áreas da sua competência) ter efeitos no DP nacional – algo que iremos também abordar; e ainda uma noção mais ampla de “Direito Penal Europeu”, que não corresponde a um DP supranacional ou de origem europeia mas implementado nos EM, mas antes à tradição europeia comum que teve a sua origem no Iluminismo e que passou a determinar a adopção de princípios penais semelhantes nos diversos Estados da Europa, assegurando a existência de sistemas penais mais humanistas, proporcionais, e baseados na legalidade da norma penal – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 3 (a autora pergunta-se ainda se o Direito Penal Europeu – entendido agora em sentido próprio como aquele emanado da UE – não correrá o risco de se revelar em oposição a essa herança iluminista comum, dado o seu enfoque na vertente de cumprimento e eficácia do DUE, e não propriamente nos direitos e protecção dos cidadãos perante o Direito Penal). Esta herança iluminista comum é ainda uma das dimensões consideradas fundamentais para que o sistema de DPE possua uma verdadeira legitimidade – assim, também ALBRECHT, Peter-Alexis and BRAUM, Stefan, “Deficiencies in the Development of European Criminal Law”, *in* *European Law Journal*, Vol. 5, No. 3, September 1999, pág. 5 ss.

¹⁰⁷⁸ KUBICIEL, Michael, “Das »Lissabon«-Urteil...”, pág. 100. Na doutrina mais distante também era claro que não se associava a UE com o exercício de uma competência penal própria – v. p. ex. DELGADO, Esteban, “El Derecho Penal de la Unidad Europea”, *in* CUESTA, José; DENDALUZE, Iñaki y ECHEBURÚA, Enrique (Eds.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pág. 576; e SCHUTTE, Julian, “The European Market of 1993: A Test for a Regional Model of Supranational Criminal Justice or of Inter-Regional Co-operation?”, *in* ESER, Albin and LAGODNY, Otto (Eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law: Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1992, pág. 387. Quanto à jurisprudência do TJ, podem referir-se sentenças como C-8/77 (*Sagulo*), § 12; C-50/80 (*Horvath*), §15; C-203/80 (*Casati*), § 27; C-240/81 (*Einberger*), § 17; C-299/86 (*Drexl*), § 17; C-186/87 (*Cowan*), § 19 – também sobre este último Ac., ZULEEG, Manfred, “Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration”, *in* SIEBER, Ulrich (Hrsg.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1993, pág. 41 e 42.

¹⁰⁷⁹ Ainda que a sua liberdade penal também tenha paulatinamente sofrido reduções em virtude de não poderem, sem motivo legítimo, restringir através do uso do Direito Penal direitos previstos pelo Direito da UE.

¹⁰⁸⁰ ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, *in* *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2ª Época, nº 30, mayo/agosto 2008, pág. 351, referindo-se à expressão cunhada por Vogel.

¹⁰⁸¹ O que levanta depois outras questões quanto à uniformidade sancionatória da conduta no território da EU – salientando essas diferenças em relação aos interesses próprios da CE, às políticas comuns, e à protecção penal dos direitos fundamentais, SIEBER, Ulrich, “Das Sanktionsystem zum Schutz...”, pág. 118 ss.

¹⁰⁸² Apesar disso, a legitimidade de interferência europeia em medidas sancionatórias determinadas pelos EM ficou desde logo estabelecida nos casos que opuseram a Comissão à França no âmbito da política agrícola comum (C-232/78 (*Commission v*

partilhando em alguns casos essa competência com a UE¹⁰⁸³. Dada a linha de distinção pouco clara entre as sanções administrativas (coimas) decorrentes de uma contra-ordenação e as já sanções penais (multas) aplicáveis a um ilícito penal¹⁰⁸⁴, a doutrina expressava desde cedo a preocupação de não se dever punir, apenas para obviar a essa falta de competência europeia, com uma sanção materialmente penal algo formalmente tido como sanção administrativa¹⁰⁸⁵.

Também desde cedo se começou a verificar a produção de determinados efeitos no DP interno por influência de normas do DUE (de Direito originário ou derivado), o que, de igual modo, não deve ser tido (nem confundido) com uma verdadeira competência penal da UE¹⁰⁸⁶

France); C-24 e 97/80 (*Commission v France*) e a Comissão ao Reino Unido no âmbito da política comum das pescas (C-804/79 (*Commission v United Kingdom*)), em que o Tribunal considerou que certas medidas administrativas nacionais não eram compatíveis com as obrigações para os EM decorrentes dos Tratados.

¹⁰⁸³ A possibilidade de cominação de sanções por parte da Comunidade decorria já do Tratado CECA (arts. 58º, 65º, 66º e 95º) e do TCE (arts. 85º a 87º) – CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação de um Direito Penal da União Europeia”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pág. 523 / 524. V. também a divisão operada entre sanções administrativas e penais efectuada com o Tratado de Amesterdão (arts. 240º e 135º, actuais 325º e 33º TFUE) – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 12. Para mais considerações acerca do Direito sancionatório administrativo, RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 83 ss, e em geral sobre a natureza das sanções europeias v. também VALLS PRIETO, Javier, “Die juristische Natur der Sanktionen der Europäischen Union”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 120, Heft 2, 2008.

¹⁰⁸⁴ Distinguindo as sanções penais, administrativas e civis em relação aos meios utilizados e função das mesmas, SIEBER, Ulrich, “Das Sanktionsystem zum Schutz...”, pág. 115 ss; sobre o “esbatimento” da fronteira entre sanções penais e administrativas, v. CAEIRO, Pedro, “The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law”, in GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2014, pág. 171 ss.

¹⁰⁸⁵ Expressando essa preocupação, CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 525; SIEBER, Ulrich, “Das Sanktionsystem zum Schutz...”, pág. 123; KAIIFA-GBANDI, M., “The Development towards Harmonization within Criminal Law in the European Union – A Citizen’s Perspective”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, pág. 244 ss; BERGSTRÖM, Maria, “The Dynamic Evolution of EU Criminal Law and Justice”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020, pág. 257 – esta autora destaca ainda o facto de se poderem assim proceder a atropelos aos direitos processuais e fundamentais dos acusados, pelo que esta distinção não só não é irrelevante como continua ainda hoje a colocar desafios no âmbito do DPE. Em relação à distinção entre procedimentos administrativos e criminais através da pena aplicada, v. também AL-KAWADRI, Lamy - Diana, “The Distinctive Features of European Criminal Law”, in *Lex ET Scientia International Journal*, No. XXI, Vol. 1, 2014; e ainda as sentenças *Engel and Others v The Netherlands*, de 23 de Novembro de 1976 e *Öztürk v Germany*, de 21 de Fevereiro de 1984 (do TEDH), e Opinião do AG Jacobs no âmbito do processo C-240/90 (*Comissão c Alemanha*), § 11, Opinião do AG Van Gerven no âmbito do processo C-273/90 (*Meico-Fell*), § 10, Opinião da AG Trstenjak no âmbito do processo C-62/06 (*ZF Zefeser*), § 35 / 36 / 57, Opinião do AG Mazák no âmbito do processo C-440/05 (*Commission v Council*), § 69 a 71, C-273/90 (*Meico-Fell*), § 11 / 12, e C-489/10 (*Bonda*), § 26 ss, do TJ. Para outros exemplos de sanções administrativas impostas pelas instituições europeias v. ainda TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, PPU, 1993, pág. 64 ss; e expondo o raciocínio pragmático do TJ, mesmo que significando uma certa imiscuição em matéria própria de Direito Penal (e não de sanções administrativas), HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 14.

¹⁰⁸⁶ Estes efeitos representam apenas “uma certa «comunitarização» do direito penal interno” – CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 523 (sublinhados do autor). Em geral sobre os efeitos do DUE no Direito Penal, de uma perspectiva ainda anterior aos Ac. do TJ que vieram a conceder à Comunidade uma certa competência penal, v. também BOULOC, Bernard, “L’influence du Droit Communautaire sur le Droit Pénal interne”, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Gazette du Palais, 1992, pág. 103 ss.

– referimo-nos aqui aos já conhecidos *efeitos penais negativos e positivos* do Direito europeu. Os efeitos *negativos* são todos aqueles que, por força do princípio do primado, levam a que uma determinada norma de Direito Penal interno deva ser desaplicada, por consubstanciar uma penalização indevida (não justificável¹⁰⁸⁷) de comportamentos permitidos pelo Direito da União¹⁰⁸⁸ – para que um tal *ius non puniendi*¹⁰⁸⁹ da União se manifeste é necessário que se demonstrem dois requisitos: primeiro, que a norma penal interna afecte de alguma forma o DUE (o que exclui a interferência da União em situações puramente internas ou de algum modo relacionadas com países terceiros); e depois, que a norma em causa seja dotada de aplicabilidade ou efeito directo, para que assim se despolete a aplicação do princípio do primado¹⁰⁹⁰. Por seu lado, os efeitos *positivos* implicam para o Estado-Membro uma verdadeira obrigação de punir, e resultam do funcionamento do princípio da assimilação¹⁰⁹¹ ou da imposição directa de criminalização decorrente da actividade legislativa da UE¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁷ Em geral, v. os critérios mencionados pelo TJ no seu Ac. C-55/94 (*Gebhard*), § 37: “aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo”.

¹⁰⁸⁸ Extensivamente sobre este tema, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 429 ss e 440 ss; MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 123 a 130 e 10/ 11; RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 88 a 90; KLIP, André, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp, Intersentia, 2009, pág. 152 e 153; SATZGER, “§ 9 Europäisierung”, in SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut und HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014, pág. 262 ss. Distinguindo entre os efeitos negativos sobre a *norma de conduta* (que levam à não penalização da mesma) e sobre a *sanção* imposta (quando a criminalização continua a ser legítima em face do DUE, mas a sanção imposta colide com algum princípio europeu – p. ex. de não discriminação), MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 97 ss; destacando a consequência para os bens jurídicos penais, que deixam de poder ser protegidos pela lei interna quando se revelem contrários ao DUE, NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios (Derecho Penal Económico Europeo)*, Barcelona, Editorial Praxis, 1996, pág. 279.

¹⁰⁸⁹ Em CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 520; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 95; v. também SCHRÖDER, Christian, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht. Eine Untersuchung über den Einfluss europäischer Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV auf das deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 2002, pág. 196 ss.

¹⁰⁹⁰ NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios...*, pág. 256. V. ainda MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 96 ss.

¹⁰⁹¹ CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 521 e 522, distinguindo entre as normas dos Tratados e Regulamentos e os seus possíveis efeitos positivos na lei penal nacional; v. ainda, com grande detalhe, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 435 a 440 e 499 ss.

¹⁰⁹² Hoje derivada da intervenção legislativa europeia através de Directivas adoptadas ao abrigo da sua competência especificamente penal; MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 132. Distinguindo ainda a assimilação dos efeitos positivos da harmonização (com base no critério de esta implicar uma actividade legislativa dos Estados, no sentido de alargar uma norma penal já existente ou implicando a criação de uma nova), RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 93 ss; em relação ao equilíbrio que os EM devem encontrar entre essas obrigações de criminalização e o respeito pelas quatro liberdades fundamentais previstas pelos Tratados, KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 154 e 155. Mais uma vez do ponto de vista dos bens jurídicos protegidos, (aqueles que se encontram de acordo com o DUE ou que pertencem especificamente a este), NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios...*, pág. 280 e 281; v. também DANNECKER, Gerhard, *Evolución del Derecho Penal Sancionador Comunitario Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pág. 54 ss, e (em geral sobre os efeitos do DUE no Direito Penal nacional) DELMAS-MARTY, Mireille, “The European Union and Penal Law”, in *European Law Journal*, Vol. 4, No. 1, March 1998.

Como consequência directa do exposto anteriormente, e ainda que continue a não existir (pelo menos para a maioria da opinião jurídica) base legislativa para a criação de um verdadeiro Direito Penal supranacional – que seja por isso directamente aplicável aos cidadãos da UE – as normas europeias vão já harmonizando e aproximando¹⁰⁹³ as várias legislações dos diversos EM, sendo esta, aliás, a finalidade da competência em matéria penal que lhe é reconhecida no TFUE: a harmonização implica sempre o reconhecimento de uma certa margem discricionária aos EM¹⁰⁹⁴ (que pode ser maior ou menor, consoante o grau de determinabilidade empregue na Directiva), e não implica por isso nem exactamente o mesmo *conteúdo* (aproximação / harmonização dos tipos penais), nem exactamente a mesma *sanção* (aproximação / harmonização da sanção)¹⁰⁹⁵ em todos os EM.

Esta harmonização pode advir de mecanismos mais ou menos restritivos da liberdade decisória dos EM¹⁰⁹⁶, na medida em que imponha, sugira ou guie o curso de acção dos Estados; podem nesse processo ser utilizados vários métodos¹⁰⁹⁷, e tem como finalidade principal não a

¹⁰⁹³ Para uma definição de “harmonização” e “aproximação” legislativa e a sua utilização indiferenciada pelo legislador europeu, v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 69 ss, e PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas...*, pág. 79 ss – a autora distingue ainda este conceito de outros que lhe estão próximos, como o de cooperação, coordenação, reconhecimento mútuo, assimilação e unificação / uniformização (*ibid*, pág. 86 ss).

¹⁰⁹⁴ As normas europeias não devem ser tão específicas que retirem toda a margem discricionária de acção aos EM, efectuando por isso não uma harmonização legal, mas sim, na prática, uma unificação legal, algo ainda não previsto no âmbito da competência especificamente penal da UE; em sentido concorrente, HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 273: “Angesichts der begrenzten Reichweite strafrechtsrelevanter Kompetenzzuschreibungen im AEUV [...] bewirkt die Strafrechtsharmonisierung innerhalb der Union *keine Totalvereinheitlichung* mitgliedstaatlicher Strafrechtsnormen, sondern lediglich eine *Mindestangleichung*” (sublinhados do autor).

¹⁰⁹⁵ O processo de harmonização é de momento criticável pelos efeitos perniciosos que demonstra ter no Direito Penal: em relação ao *objecto*, favorece a gravidade das sanções em vez do critério da transnacionalidade; em relação ao *conteúdo*, provoca uma expansão da criminalização e aumenta a orientação repressiva da lei penal; e relativamente à *punição*, revela-se pouco inovadora, apostando sistematicamente nas tradicionais penas associadas ao Direito Penal sem reflectir na sua finalidade e adequação à conduta punível em causa – RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 125 e 126; estes motivos levam a autora a concluir que a UE, em vez de fomentar a confiança entre os EM, limitou-se a decretá-la. A necessidade de harmonização também se revela ao nível constitucional, com as Constituições nacionais a sofrer limitações decorrentes do DUE e também a influenciar a Constituição Europeia – especificamente em relação às limitações decorrentes do DUE para as Constituições nacionais (em relação à efectiva protecção legal do cidadão, à Constituição Económica, aos direitos civis e políticos, à política monetária e às relações externas), v. PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 28 a 35. O autor, referindo, entre outros, o facto de os direitos dos cidadãos de um EM não serem determinados, num outro EM, por uma decisão soberana desse Estado, mas sim (também) pelo disposto na lei supranacional, afirma com alguma ironia, “[...] the Member States, which the German Constitutional Court continues to call the ‘masters of the Treaty’, are in fact no longer the masters of even their own constitutions” (pág. 31).

¹⁰⁹⁶ A harmonização pode surgir de mecanismos de *soft law*, espontaneamente (através de factores doutrinários e de índole europeia), de modo indirecto através da actividade jurisprudencial, ou por consequência dos efeitos do DUE no Direito Penal nacional (onde se inclui a questão das normas penais em branco com reenvio para normas europeias) – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 74 ss; BERNARDI, Alessandro, “Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penali europei”, in CANESTRARI, Stefano e FOFFANI, Luigi (Eds.), *Il Diritto Penale nella Prospettiva Europea. Quali Politiche Criminali per quale Europa?*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pág. 406 ss.

¹⁰⁹⁷ O recurso pode ser feito à *transplantação* de uma determinada solução jurídica existente num EM que é depois aplicada num outro ou em todos (com o problema de se poder gerar um certo imperialismo jurídico); à *hibridização*, procedente de um debate entre as diversas tradições jurídicas; à *margem nacional de apreciação*, que permite aos EM uma certa margem dentro da qual

harmonização por si só, mas sim garantir ou manter um determinado nível de unidade e coesão entre os diferentes ordenamentos para a obtenção de um qualquer objectivo ulterior – seja este a criação de um mercado interno, a defesa dos interesses próprios da UE ou das suas políticas, a construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça (eficácia na prevenção e sancionamento da criminalidade), ou o fomento da confiança entre as diferentes ordens jurídicas existentes na UE¹⁰⁹⁸.

A harmonização do Direito Penal na Europa não se efectua sem riscos ou certos “custos” a ela associados, tanto de política criminal como jurídicos¹⁰⁹⁹. Em relação aos custos de *política criminal*, menciona-se desde logo o risco de procurar uma identidade comum europeia através da utilização do Direito Penal, o que faz com que se realce a função simbólica deste – com o perigo de com isso se enfraquecerem as exigências relativas ao princípio da legalidade e racionalidade da norma penal, de se privilegiar o sancionamento de condutas que causam maior alarme social (ao invés de se buscar um verdadeiro princípio que permita guiar e legitimar a acção legislativa de criminalização), e ainda de, como consequência, se fazer na esfera europeia uma “sobre-criminalização” secundária de interesses que já são protegidos no plano nacional, construindo-se assim um DP mais voltado à transmissão de uma mensagem do que à protecção de interesses. Um outro risco da construção de um DPE é aquele que se observa de igual modo em qualquer sistema penal nacional: a sua tendência desmedida para a

cumprir com as suas obrigações internacionais ou transnacionais e respeitar simultaneamente as suas especificidades internas; ao *equivalente funcional*, o qual permite ao EM que regule uma determinada matéria em função das características do seu ordenamento jurídico, desde que cumpra com a obrigação internacional assumida; e ainda através de técnicas como o recurso a infracções autónomas, à influência externa de outros ordenamentos, ao reenvio ao direito nacional, à concessão de alternativas, e por fim, à derrogação de uma norma – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 143 ss; FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009, pág. 258 ss.

¹⁰⁹⁸ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 10; HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 273; PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas...*, pág. 94 ss. Para um exemplo prático também em análise a algumas dessas finalidades v. o artigo de BRESSAN, Serena, “Criminal Law against Human Trafficking within the EU: A Comparison of an Approximated Legislation?”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 20, 2012. Poderíamos argumentar que qualquer um desses objectivos seria mais facilmente atingindo se, em vez de recorrer à harmonização, a UE dispusesse simplesmente de um Direito Penal unificado para todos os EM; não obstante isso ser teoricamente verdade, e mesmo que a União tivesse competência penal indisputada para a criação de tal Direito Penal, existem motivos que advogam pela utilização da harmonização, pelo menos na maioria das áreas de intervenção penal da UE: a preservação da diversidade jurídica existente, a maior aceitação por parte dos cidadãos dos EM, etc.; por outro lado, existem também desvantagens da harmonização, que por maioria de razão se aplicam à unificação: a preservação da identidade do EM, a manutenção da soberania nacional, a difícil exequibilidade de um tal Direito, e ainda os riscos inerentes à harmonização (como o endurecimento ou expansão do DP) – v. nesta questão PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas...*, pág. 114 ss. Apesar disso, e como se explanará com mais detalhe noutra título, existem alguns casos em que se justificaria a emanação de um verdadeiro Direito Penal supranacional por parte da UE (como no caso da protecção dos seus interesses próprios), mantendo-se para todas as outras áreas de actuação a finalidade de harmonização dos diferentes ordenamentos quando tal seja necessário à prossecução de legítimos objectivos europeus – para um proposta neste sentido semelhante, v. CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652 / 653 e DíEZ, Carlos, “Models for a System...”, pág. 397 ss. Sobre os fundamentos da harmonização / unificação na UE v. também MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, pág. 62 ss.

¹⁰⁹⁹ De acordo com a exposição de SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho Penal material”, *in* ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pág. 108 ss. V. também MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 132 ss, com a menção a alguns exemplos legislativos.

expansão (no que é conhecido por “lei da hipertrofia penal”¹¹⁰⁰), que resulta lateralmente também no endurecimento em geral da resposta estatal. Por último existe ainda o risco de “mutação do Direito”¹¹⁰¹, consequência directa das duas questões anteriores: o DP não regula problemas novos, mas dirige-se antes à reforma das normas já existentes (a qual pode ser num sentido positivo, mas também pode levar a um maior endurecimento da resposta penal).

Em relação agora aos *custos jurídicos* da harmonização, o mais criticado pela doutrina é sem dúvida a construção, ao nível europeu, de um sistema penal no qual os delitos podem entrar mas não sair – isto é, devido à estrutura própria da UE e divisão das competências, o legislador europeu pode através de Directivas ditar a criminalização de uma conduta (ao que os EM têm que obedecer), mas após o cumprimento dessa obrigação não pode o Estado-Membro por si só reconsiderar a bondade ou necessidade dessa criminalização, mesmo quando a evolução social justificasse, p. ex., uma despenalização ou a utilização de meios não penais para a repressão do comportamento em causa. Por outro lado, também é discutível se o legislador penal europeu pode reconsiderar a sua posição em relação à necessidade de penalizar condutas, desde logo por motivos teóricos (dado as normas que estabelecem a sua competência penal só referirem a sua competência de criminalização, e não o processo inverso), e também por motivos práticos, uma vez que “a vocação técnica do Direito Comunitário funciona por acumulação progressiva de competências”¹¹⁰² – estabelece-se assim na UE um circuito penal *de sentido único* onde as opções penais não podem ser reconsideradas, agora ao contrário daqueles existentes nos EM. Finalmente, o Direito europeu constrói-se sempre entre duas exigências conflituantes, para as quais não é fácil encontrar um equilíbrio: por um lado, buscase a *unidade* entre os diversos ordenamentos jurídicos, identificando-se nestes aspectos em comum ou decorrendo estes do efeito harmonizador da legislação europeia; por outro, procura manter-se a *diversidade* própria desses mesmos ordenamentos, harmonizando-se apenas no necessário para a prossecução do objectivo em causa – desta tensão decorre um custo ou para

¹¹⁰⁰ De acordo com esta lei de hipertrofia penal, a expansão do que se encontra abrangido pelo sistema penal funciona da seguinte forma (também para a UE, cujo exemplo iremos seguir com o autor): existe um *núcleo* de interesses ligados à própria existência da UE que realmente necessitam da protecção conferida pelo DP e em relação aos quais se multiplica a tutela legal que lhes é conferida (p. ex. os interesses financeiros da UE); a este núcleo são ainda adicionados outros interesses *relacionados* com os primeiros (p. ex. a protecção do Euro); e por último expande-se a competência penal para outros interesses cuja protecção se considera necessária para se evitar a obstaculização da protecção dos primeiros e segundos (p. ex. criminalização da associação criminosa e branqueamento de capitais), criando-se deste modo as condições necessárias ao movimento de inversão penal: os bens jurídicos ou interesses periféricos passam a integrar o núcleo duro dos interesses europeus (p. ex., ao ter competência para criminalizar a associação criminosa e branqueamento de capitais, fará sentido poder também criminalizar outros delitos normalmente associados à criminalidade organizada), fazendo com que este se vá paulatinamente expandindo, tal como acontece nos sistemas penais nacionais – SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 111 a 113. Em relação a esta tendência supranacional, v. ainda a comparação com o sistema federal dos EUA (acometido por um fenómeno expansivo equivalente) feita em DíEZ, Carlos, “Models for a System of European...”, pág. 389.

¹¹⁰¹ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 136 / 137.

¹¹⁰² SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 114. V. também MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 137 e 138. Criticamente em relação a este esquema organizatório, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 545, nota 1331.

o conteúdo jurídico comum aos EM (podendo afectar assim o objectivo que se pretendia atingir) ou para a margem de discricção deixada ao legislador nacional, caso em que este não poderá atender do mesmo modo às especificidades do seu sistema legal¹¹⁰³.

Estes custos devem ser ponderados, em relação a cada objectivo, contra os potenciais benefícios da harmonização¹¹⁰⁴: benefícios *simbólicos*, principalmente o elevado consenso atingido ao criminalizar comportamentos que causam maior alarme social, e a evocação de uma identidade comum pelo estabelecimento de um Direito Penal comum; benefícios *práticos*, ao permitir uma maior coerência do sistema e uniformidade entre os ordenamentos; e ainda benefícios *jurídicos*, na medida em que a harmonização sirva para melhorar a cooperação judicial em matéria penal, uma vez que proporciona definições dos crimes e das sanções comuns, comportando deste modo vantagens relativas à eficácia da cooperação, garantias mínimas existentes e desse modo, aumento da confiança entre os EM cooperantes. Como podemos observar, muitas vezes as vantagens e desvantagens da harmonização acabam por coincidir, revelando ser uma ou outra em função do equilíbrio em cada situação encontrado entre elas, bem como a sua permeabilização a outros princípios essenciais ao Direito Penal que amenizam os seus efeitos mais negativos¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ Para tentar manter um equilíbrio, a UE deveria procurar harmonizar princípios, e não regras específicas – SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 116. Ou seja, ao invés de determinar uma sanção específica para um comportamento que deseja criminalizar (ainda que permita aos EM uma certa latitude no *quantum*), pode simplesmente adoptar o critério europeu de exigir sanções “eficazes, dissuasivas e proporcionais”, deixando assim ao EM a opção por uma sanção penal, administrativa ou civil, conforme considere apropriado, bem como a margem necessária em relação ao *quantum* para que essa sanção se adeque ao sistema sancionatório existente no plano nacional, garantindo assim a coerência do mesmo. Esta opção permitiria ainda obviar ao primeiro custo jurídico mencionado, pois se o legislador nacional optasse por primeiramente sancionar penalmente a conduta em causa, podia depois reconsiderar essa opção (e vice-versa), desde que a sanção prevista continuasse a preencher os requisitos europeus; o problema com esta solução encontra-se no facto de pressupor a capacidade da UE de verificar o cumprimento desses critérios por parte dos EM e das sanções por estes previstas (algo que não é fácil), pelo que opta então por vezes por estabelecer logo no contexto europeu sanções que considera já serem eficazes, proporcionais e dissuasivas, privilegiando a harmonização em detrimento da diversidade. Para uma proposta diferente, relativa ao estabelecimento de “escalas” de sancionamento, v. CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 663. Comparar ainda com o exposto em MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 139 ss, acerca da legitimidade dessa maior harmonização em prejuízo da diversidade dos ordenamentos jurídicos europeus.

¹¹⁰⁴ Com SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 118 ss.

¹¹⁰⁵ P. ex. a melhoria da cooperação judicial é uma vantagem se acoitada com princípios que garantam a racionalidade da lei penal (como o princípio de *ultima ratio*), mas já não se o objectivo da lei penal emanada dos órgãos europeus for tão-só atingir uma melhor cooperação judicial – aqui muitas vezes levando ao progressivo endurecimento do DP para garantir um limiar mínimo a partir do qual se possa estabelecer essa cooperação entre EM. Se essa harmonização de facto leva a uma melhoria da cooperação é uma outra questão – sobre o impacto da harmonização no reconhecimento mútuo, CAEIRO, Pedro, “Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (Primeiro Esboço de uma Revisão)”, in SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017; v. ainda CAEIRO, Pedro, “Una Nota sobre Reconocimiento Mutuo y Armonización Penal Sustantiva en la Unión Europea”, in ARROYO JIMÉNEZ y NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El Reconocimiento Mutuo en el Derecho Español y Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pág. 305 ss. Realçando a importância de leis comuns e limiares mínimos de protecção dos direitos dos cidadãos para a existência de confiança entre os EM, e bem assim, para o bom funcionamento do princípio do reconhecimento mútuo, a análise de GALLAGHER, Paul, “Future developments in judicial cooperation in criminal matters”, in ERA Forum, Vol. 9, 2009.

Assim, podemos identificar em geral três situações que motivam e impulsionam a actividade penal harmonizadora da EU, em relação aos quais devem ser avaliados os custos *versus* os benefícios da mesma¹¹⁰⁶: harmonização funcional à *actividade normativa* não penal da UE (i. é, tendo em vista a eficácia da DUE relativo a outras matérias da sua competência)¹¹⁰⁷; harmonização funcional à cooperação judiciária em matéria penal¹¹⁰⁸; a unificação ligada à cooperação judicial vertical e institucional em matéria penal¹¹⁰⁹.

4.1 Competência penal pré-Lisboa

Aquilo que podemos identificar como um claro precursor da competência penal no âmbito da UE surgiu pela primeira vez com o Tratado de Maastricht (1993)¹¹¹⁰, apesar de se colocar o início da colaboração europeia num momento anterior a esse; iremos por isso de seguida destacar brevemente as fases de evolução¹¹¹¹ desta competência, para que possamos de seguida compreender melhor a competência penal da UE hoje existente.

¹¹⁰⁶ SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 121 ss. O autor identifica quatro estratégias harmonizadoras, sendo que aqui as reduzimos para três uma vez que uma delas – a cooperação sem harmonização prévia – não implica harmonização alguma (a não ser uma certa “harmonização natural” que se pressupõe existir em relação àqueles delitos em todos os EM, cujo exemplo sem paralelo é dado pelo MDE).

¹¹⁰⁷ A harmonização com este fim apresenta como maior risco a penalização de sentido único e a diminuição considerável da margem de apreciação dos Estados em relação à escolha da sanção apropriada para protecção do interesse em causa; como o facto de a UE impor a previsão de sanções penais, apesar de garantir uniformidade de reacção sancionatória não garante uniformidade de aplicação da lei penal, considera-se que os custos da harmonização neste caso ultrapassam os potenciais benefícios que daí poderiam advir – SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 122 e 123.

¹¹⁰⁸ Neste caso os custos são representados por uma eventual utilização simbólica do DP e a ampliação progressiva da utilização do mesmo apenas para garantir uma cooperação facilitada entre os EM; ainda assim, esses custos serão bem maiores (em relação a todos os referidos anteriormente) se se procurar uma maior cooperação sem harmonização prévia, nomeadamente através do emprego do princípio do reconhecimento mútuo, uma vez que neste caso a utilização puramente simbólica do DP leva à ampliação desmedida do espaço penal sem que este tenha qualquer possibilidade de ser reduzido – SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 124 a 126. Em relação a este último ponto, a expressão particularmente esclarecedora de RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 72: “não interessa ‘que crime é’, interessa que ‘é crime’”.

¹¹⁰⁹ A unificação, quando comparada com a harmonização, parece apresentar vantagens, implicando somente o risco de hipertrofia do sistema penal e, pelo menos enquanto tal não for corrigido, o facto de se ir construindo um sistema penal de sentido único onde não se conseguem reconsiderar as opções penais – pelo menos quando essa unificação se faz *ab initio*, e não após uma prévia harmonização (pois aí padece dos mesmos problemas que essa harmonização primária tenha causado) – SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 126 e 127. Quanto ao problema de não existir, a nível europeu, um circuito penal onde as opções de criminalização possam “entrar e sair”, em relação à diminuição dos níveis de sancionamento isso poderia ser facilmente corrigido com uma revisão legislativa europeia; no que tange, no entanto, à despenalização *in totum* da conduta, não se vê como evitar esse risco a não ser com a atribuição de competência ao legislador europeu também para despenalizar – isto presumindo que o sistema penal europeu estivesse disposto a funcionar sem ser apenas segundo uma lógica de acreção.

¹¹¹⁰ Ainda que o controlo e prevenção do crime date já de um período anterior: basta pensarmos na actividade económica, em que já existia uma certa intervenção do Direito Penal – BAKER, Estella and HARDING, Christopher, “From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar”, *in* *European Law Review*, Vol. 34, No. 1, Fevereiro 2009, pág. 26, nota 5, e pág. 28.

¹¹¹¹ A divisão destas fases varia consoante os autores e os momentos que consideram mais fracturantes em termos de atribuição de competência: segundo as fases identificadas em BAKER, Estella and HARDING, Christopher, “From past imperfect...”, pág. 28 e ss (que iremos no geral seguir), teríamos quatro momentos distintos, identificados vagamente de acordo com os diferentes

Na primeira fase, *anterior ao Tratado de Maastricht*, e pese embora se tenha ido sempre afirmando a falta de competência penal da então Comunidade Europeia, já se anteviam algumas questões que teriam eventualmente necessidade de uma aproximação ao DP – as tentativas de abordagem às mesmas ficariam sempre sem sucesso¹¹¹². A partir da década de 1970 começa a ser adoptada uma nova perspectiva, mais de acordo com a manutenção da soberania dos Estados: a cooperação interestatal, que se manifesta em primeiro lugar com a formação, em 1975, do grupo TREVI (Terrorism, Radicalism, Extremism, Political Violence), organizado pelo Conselho Europeu de Roma e que formava uma rede de oficiais nacionais destacados para a prevenção concertada do crime de terrorismo, inicialmente, expandindo-se depois para outras áreas de criminalidade¹¹¹³. Durante este período, para além da celebração de alguns actos jurídicos importantes¹¹¹⁴, foi ainda assinado (em 1985) o Acordo Schengen¹¹¹⁵,

Tratados – uma fase antes de Maastricht, seguida por este Tratado, em terceiro a evolução operada com Amesterdão e por fim Lisboa; também partilhando dos mesmos marcos, embora salientando num quarto momento o Conselho Europeu de Tampere (e não mencionando o Tratado de Lisboa por ainda não existir então), RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 37 ss. Para CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 411 ss, existiriam três períodos (tendo porém aqui em consideração o facto de não se encontrar em vigência o Tratado de Lisboa à data de escrita): primeiro, desde a fundação das Comunidades até ao Tratado de Maastricht, deste até ao Tratado de Amesterdão, e por fim do Tratado de Amesterdão até ao célebre Ac. *Ambiente* do TJ. Divergindo do tradicional modo de divisão, FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 185 ss, identifica apenas dois momentos distintos na evolução do modelo europeu, de acordo com o tipo de objectivo pretendido: o primeiro período abrangeria o espaço de tempo compreendido entre os anos 70 e 90, podendo ser discernido um claro enfoque na cooperação entre autoridades judiciais e policiais, e o segundo período inicia-se nos anos 90, a partir do reconhecimento de uma progressão europeia no sentido da harmonização legislativa, acoplada ao reconhecimento mútuo de decisões judiciais.

¹¹¹² Para além da constituição de um grupo de trabalho *ad hoc* (1962) para que se elaborasse um projecto de Convenção dirigida a sancionar infracções ao Direito Comunitário e a regular um estatuto penal dos funcionários da Comunidade, abandonado em 1966, existiram ainda algumas propostas de actos comunitários (elaboradas pela Comissão) que implicariam a adopção de normas penais – com mais detalhe, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 412 a 414. Para além disso, a proposta francesa da década de 1970 de construção de um “espaço judiciário penal europeu” também não se veio a concretizar – abordagem do projecto em RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 39; por fim, o próprio TJ também afirmava, ainda que de modo não muito assertivo, que de facto a matéria penal se encontraria excluída do âmbito da competência da Comunidade – o Ac. de referência será o de *Casati*, embora *supra* tenhamos já referido outros.

¹¹¹³ Nomeadamente a imigração ilegal e criminalidade organizada – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 416.

¹¹¹⁴ O Acto Único Europeu institucionalizou a “cooperação política europeia” (1986), a qual evoluiu depois para a cooperação judiciária em matéria penal; celebraram-se ainda as Convenções relativas ao princípio *ne bis in idem* e à execução de sentenças penais estrangeiras, entre outros acordos que não chegaram a ser ratificados por todos os Estados – v. CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 416.

¹¹¹⁵ Os iniciais signatários foram os três países do Benelux, França e Alemanha; em meados dos anos 90, os países da União eram também membros deste acordo, com a excepção da Irlanda e Reino Unido. A situação actual é a pertença de 22 dos 27 EM – para além da Irlanda (já que o Reino Unido não pertence agora à UE), não integram o Schengen a Bulgária, Roménia, Chipre e Croácia. De modo a acautelar acordos pré-existentes, alguns países não pertencentes à UE são também signatários deste acordo: de início apenas a Islândia e a Noruega, inclui hoje ainda a Suíça, e a partir de 2011 o Liechtenstein. Quanto a perspectivas futuras, em relação à Bulgária e Roménia aguarda-se apenas a unanimidade no Conselho para que possam fazer parte deste espaço (já que cumpriram com os requisitos técnicos exigidos); o processo de entrada da Croácia encontra-se em curso, e o do Chipre dispõe de uma derrogação temporária para se juntar ao mesmo – fonte (actual em Junho de 2020):

<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/security/20180216STO98008/schengen-o-alargamento-da-zona-europeia-de-livre-circulacao>.

Com a crise migratória de 2015 também o espaço Schengen se ressentiu, tendo levado vários Estados a reintroduzir controlos fronteiriços (repetida e/ou extensivamente), e colocando deste modo em perigo este espaço de livre circulação – para uma análise

numa intervenção lateral de alguns Estados da UE com um objectivo muito semelhante àquele do Mercado Único (i. é, permitir a livre circulação de pessoas entre os países signatários), o que naturalmente trouxe com ele idênticas preocupações quanto aos efeitos menos positivos da livre circulação – isso fez com que fosse de seguida elaborada uma convenção de implementação do Schengen (CISA, em 1990)¹¹¹⁶. É uma estrutura que se desenvolveu em paralelo com a UE até ao Tratado de Amesterdão.

Na segunda fase, que se inicia com a entrada em vigor do TUE (versão de *Maastricht*), formaliza-se uma estrutura nova dentro da UE – o Terceiro Pilar¹¹¹⁷, “Justiça e Assuntos Internos”, que acolhia toda a organização e actuação já conduzida pelo anterior TREVI; o carácter mais sensível do Direito Penal levou a que os Estados se sentissem relutantes em conferir competências legislativas à União, pelo que predominou neste sector a nota da cooperação entre os EM (o que não afecta em muito a sua soberania no que concerne ao *ius puniendi*)¹¹¹⁸. A competência desta nova estrutura, definida no art. K. 1, abrangia áreas bastante delimitadas no que concerne ao âmbito penal da sua intervenção: toxicomania, fraude, cooperação judiciária em matéria penal, cooperação aduaneira, e ainda cooperação policial (para os crimes de terrorismo, tráfico ilícito de droga, e outras formas graves de criminalidade internacional).

Os instrumentos susceptíveis de adopção (art. K. 3) eram apenas as posições comuns, as acções comuns, e ainda as convenções, típicas da cooperação entre Estados¹¹¹⁹; em termos de processo legislativo, o Conselho era o órgão predominante, decidindo por unanimidade e detendo o monopólio em termos de iniciativa (art. K. 3)¹¹²⁰ – o que na prática se traduzia na existência de poder de veto por parte de cada EM, dado que todos tinham de aprovar a medida em causa. Já o Parlamento Europeu não representava papel de relevo, devendo apenas ser informado dos trabalhos em desenvolvimento no Terceiro Pilar (art. K. 6), e o TJ não tinha

detalhada e também crítica desses desenvolvimentos, CARRERA, Sergio; STEFAN, Marco; LUK, Ngo; VOSYLIŪTĖ, Lina, *The Future of the Schengen Area: Latest Developments and Challenges in the Schengen Governance Framework since 2016*, Study for the LIBE Committee.

¹¹¹⁶ As medidas adoptadas em matéria de cooperação entre os Estados eram vistas como “mecanismos compensatórios”, que tinham por função evitar “um enfraquecimento da segurança dos Estados” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 416. Sobre o *acquis* de Schengen, as suas origens e relação com o DPE, BIOLLEY, Serge de, “Le développement historique du Droit Pénal de l’Union Européenne”, *in* *International Review of Penal Law*, Vol. 77, 1^o/2^o Trimestres, 2006.

¹¹¹⁷ V. em geral sobre o Terceiro Pilar MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, pág. 9 ss; e também, sobre os desenvolvimentos que se verificaram no período de tempo compreendido entre o Tratado de Maastricht e o Tratado de Lisboa, a contribuição de BERGER, Maria, “Le droit de l’Union et la coopération en matière pénale”, *in* *ERA Forum*, Vol. 14, 2013.

¹¹¹⁸ De facto, “o Tratado de Maastricht não trouxe limites *actuais* à jurisdição prescritiva penal dos Estados, pois não criminalizou nem descriminalizou condutas, nem previu deveres ou proibições de incriminação” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 422 (sublinhados do autor).

¹¹¹⁹ CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 925.

¹¹²⁰ Quanto à fraude e à toxicomania, também a Comissão poderia ter direito de iniciativa, mas apenas quando as medidas propostas não tangessem a matéria penal, pelo que se pode afirmar que neste âmbito apenas o Conselho possuía iniciativa legislativa – v. também CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 418 a 421.

jurisdição sobre as medidas adoptadas, exceptuando sobre as Convenções, se o instrumento em causa lhe atribuísse esse poder (era, portanto, como definido no art. K. 3, facultativo); para além disso, apenas lhe cabia uma competência de verificação (e anulação, se disso fosse caso) dos actos adoptados por esta estrutura em relação às competências já atribuídas à Comunidade¹¹²¹. O controlo judicial era, por isso, praticamente inexistente.

Quanto a esta fase resta apenas referir o art. 209º-A do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), que veio positivar no Direito originário o dever de assimilação desenvolvido pelo Tribunal – o que significa que os EM deveriam proteger os interesses da União (então Comunidade) de modo similar à protecção que conferiam aos seus próprios interesses. Apesar de os Estados terem este dever, a verdade é que não se pode descortinar nesta disposição uma competência penal¹¹²²: em última análise, aquilo que se poderia verificar numa dimensão europeia seria a protecção de uns e outros interesses, avaliando se o seu nível era *análogo* (na expressão do Tratado), e bem assim, se essa defesa no contexto nacional era igualmente eficaz. Isso mesmo foi afirmado na jurisprudência do Tribunal, no Acórdão que ficou conhecido como *Milho grego*¹¹²³, em que se afirma que os Estados continuam a deter a opção quanto aos meios que desejam adoptar para protecção desses interesses financeiros, desde que as sanções definidas se revelem “efectivas, proporcionadas e dissuasivas” – o que significa que nada no Direito Comunitário de então impunha deveres de criminalização.

Na terceira fase (Tratado de *Amesterdão*), momento a partir do qual se pode afirmar existir uma verdadeira competência penal da União, uma das preocupações foi apurar alguns dos aspectos mais críticos da área aqui em questão, fazendo com que a sua denominação se alterasse para o que se conhecia como a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal (ao retirar do seu âmbito as matérias relacionadas com a circulação de pessoas, as quais passaram para o pilar comunitário¹¹²⁴). O acordo Schengen foi também absorvido pela UE¹¹²⁵, o TJ passou

¹¹²¹ Como o próprio Tribunal veio a confirmar, por exemplo nos processos C-170/96 (*Commission v Council*), § 12 a 18, C-176/03 (*Commission v Council*), § 39 e C-440/05 (*Commission v Council*), § 53.

¹¹²² Independentemente de se terem feito interpretações que viam nessa norma a possibilidade de conferir à Comunidade “uma competência própria para adoptar proibições penalmente sancionadas, ou para impor aos Estados o dever de o fazer” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 423.

¹¹²³ C-68/88, § 23 e 24, já referido *supra* em relação ao princípio da assimilação.

¹¹²⁴ Uma das várias críticas tecidas a este Pilar era precisamente o facto de, aparentemente, ser usado como uma “antecâmara temporária (...) onde áreas politicamente sensíveis são (...) colocadas para com elas se lidar intergovernamentalmente até estarem maduras o suficiente” para passarem para a competência da Comunidade (BAKER, Estella and HARDING, Christopher, “From past imperfect...”, pág. 35 e 38 (tradução livre)) – isto porque o *conteúdo* adstrito ao Terceiro Pilar nunca se mostrou estável (entre as matérias que depois integraram o segundo pilar, o carácter possivelmente móvel dessas competências através do art. 42º, e ainda as querelas com a Comunidade, o núcleo de questões sujeitas a este regime especial não era, de todo, concretamente delimitado).

¹¹²⁵ O que significou acautelar a posição do Reino Unido e Irlanda que, fazendo embora parte da União, não eram membros do espaço Schengen (o que se fez através de vários Protocolos Anexos).

a ter alguma jurisdição nestas matérias, ainda que de forma limitada¹¹²⁶, e foram definidos os meios de actuação do Terceiro Pilar, dos quais se destaca a Decisão-Quadro¹¹²⁷ (que continuam, no entanto, a ser adoptadas segundo a regra da unanimidade).

A partir de então, foram elaborados planos com a duração de 5 anos, os quais tinham por missão definir o plano de acção da União com respeito à área de Liberdade, Segurança e Justiça. O primeiro destes planos resultou do Conselho Europeu de Tampere, realizado já em 1999, onde foi pela primeira vez introduzido no vocabulário das matérias criminais a importância do princípio do reconhecimento mútuo¹¹²⁸ – algo que ainda hoje se sublinha, como resulta da redacção do nº1 do art. 82º TFUE: “A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais”. Com Amesterdão passa-se assim, pela primeira vez, de uma cooperação com objectivos marcadamente individuais (a prossecução dos interesses dos diversos EM na sua segurança interna) para uma outra, que se define agora pela consciência da existência de um espaço verdadeiramente europeu e a necessidade da sua defesa (como, aliás, se consegue retirar do antigo art. 29º TUE) – ou, dito de outro modo, “no Tratado de Amesterdão criou-se a via – a harmonização – e criou-se o instrumento – decisões-quadro – para a construção de um *Direito Penal Europeu*”¹¹²⁹.

¹¹²⁶ De acordo com o art. 35º TUE (pré-Lisboa), a jurisdição do TJ não era plena, nem tão pouco obrigatória, uma vez que dependia de uma declaração de vontade do EM em causa se submeter à sua jurisdição. De qualquer forma, representou uma evolução significativa para a questão da validade deste Direito emanado da UE.

¹¹²⁷ No Terceiro Pilar, os instrumentos próprios de acção encontravam-se definidos no antigo art. 34º TUE, sendo eles posições comuns, decisões-quadro, decisões e convenções. Estas últimas, apesar de não serem novas no panorama europeu, sofreram algumas alterações de regime: não necessitavam já de ser adoptadas por todos os EM para entrarem em vigor, sendo suficiente que apenas metade dos Estados as adoptassem para que passassem a vigorar nesses mesmos Estados; por outro lado, o Conselho poderia agora fixar um prazo para o início dos procedimentos de adopção das Convenções. As posições comuns não possuíam qualquer efeito vinculativo, uma vez que tal não era expressamente consagrado na disposição do TUE, e tinham por função definir a posição da União em relação a uma determinada questão. Já as decisões vinculavam os Estados, mesmo sendo um instrumento residual. De todos estes, o mais relevante é sem dúvida a Decisão-Quadro (DQ), destinada a gradualmente aproximar as legislações dos EM. Tal como as Directivas, definiam um objectivo a ser alcançado pelos Estados-Membros, tendo estes liberdade de meios para o fazer. No entanto, é-lhes expressamente retirado efeito directo, o que significa que não poderão ser invocadas em juízo as disposições que de uma DQ constarem – esta característica não deixou de surpreender a doutrina, uma vez que a existência ou não desse efeito decorria mais do delinear da disposição em si (se era clara e suficientemente determinada para criar um direito na esfera do particular, permitindo a sua invocabilidade) do que propriamente de uma concessão por parte do poder legislativo – p. ex. CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 439.

¹¹²⁸ Para uma breve exposição da evolução da cooperação judiciária desde a sua origem até à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, NILSSON, Hans G., “From classical Judicial Cooperation to Mutual Recognition”, *in International Review of Penal Law*, Vol. 77, 1º/2º Trimestres, 2006; especificamente sobre a evolução do princípio do reconhecimento mútuo e sua aplicação a matérias criminais, VALDÉS, Antonio Roma, “The mutual recognition principle in criminal matters: a review”, *in ERA Forum*, Vol. 16, 2015.

¹¹²⁹ FIDALGO, Sónia, “Direito Penal Europeu: entre uma Europa securitária e uma Europa solidária”, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXI, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2005, pág. 937 (sublinhados da autora).

É nesta altura que se coloca a questão das competências implícitas também em relação ao DP – em relação a estas, é geralmente aceite na doutrina que o Ac. AETR¹¹³⁰ foi o primeiro a estabelecer o que veio a ser designado como *competências implícitas* da Comunidade, isto é, aquelas que não estão expressamente previstas nos Tratados (e portanto estariam em princípio excluídas das possibilidades de actuação comunitária), mas ainda assim se podem retirar de certas disposições dos mesmos. Poder-se-ia ainda alegar que mesmo que os Estados viessem a actuar, qualquer norma do acordo internacional que violasse Direito Comunitário seria desaplicada por força do princípio do primado, cuja função é precisamente fornecer um critério para dirimir conflitos de normas, estando por isso acautelada a posição da CE. Apesar disso, existe um outro princípio associado ao Ac. AETR cuja função é, à semelhança do princípio da subsidiariedade, definir quem pode actuar em relação a determinada competência, evitando assim *a priori* a emanação de normas potencialmente discordantes – este é o *princípio da preempção*¹¹³¹. Estabelece este princípio que, a partir do momento em que há uma acção comunitária em determinado âmbito, estão os EM impedidos de tomar medidas dissonantes, ficando sujeitos ao primado e, bem assim, destituídos da sua competência de também regularem a matéria em questão¹¹³².

Existem várias formas de preempção¹¹³³, a saber: *express saving preemption*, quando a União autoriza os EM a legislar numa certa matéria; *express saving pre-emption*, quando o efeito é o inverso, ou seja, quando a União proíbe os EM de legislar numa matéria, fazendo com que seja a partir de então exclusiva (note-se que os outros princípios atinentes à actuação da UE devem estar, naturalmente, preenchidos, uma vez que esta não pode determinar as suas próprias competências). A *occupation on the field pre-emption* ocorre quando é o Tribunal a concluir que a extensa legislação já existente na União não permite outras intervenções por parte dos EM; e a *conflict pre-emption* quando uma norma nacional entra em conflito com legislação europeia ou com o mercado comum (podendo originar aqui um problema já de primado).

¹¹³⁰ Neste Acórdão estava em causa a competência para celebrar um acordo internacional relativo a transportes, sendo que a Comissão alegava que essa competência pertencia à CE, e o Conselho, numa interpretação mais literal do Direito originário, afirmava pertencer ainda aos EM. O que o Tribunal disse foi que: “[a] competência resulta não apenas duma atribuição explícita feita pelo Tratado (...) como pode decorrer igualmente doutras disposições do Tratado e dos actos adoptados, no âmbito destas disposições, pelas instituições da Comunidade” – C-22/70 (*AERT*), § 16 a 18. Esta doutrina do Tribunal veio a ser precisada nos Ac. C-3, 4 e 6/76 (*Kramer*) e C-804/79 (*Commission v United Kingdom*), estabelecendo-se aqui uma ligação entre a competência interna e externa da Comunidade, bem como ao longo de vários Pareceres do Tribunal – desenvolvimentos da doutrina do Tribunal em matéria de competências implícitas em MARTINS, Patrícia Fragoso, “Princípio das Competências Atribuídas e Princípio das Competências Implícitas”, in PAIS, Sofia Oliveira, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial*, 2ª Edição, Almedina, 2012, pág. 165 e ss.

¹¹³¹ C-22/70 (*AERT*), § 18.

¹¹³² Concordamos com MARTINS, Patrícia Fragoso, “Princípio das Competências...”, pág. 171, quando esta afirma que “uma tal preclusão de competências só tem lugar quando a União tiver efectivamente exercido a competência transferida” (e, acrescente-se, *na medida* em que a tiver exercido); até esse momento é possível para os EM legislarem, uma vez que não existe competência exclusiva da União na matéria.

¹¹³³ Referidas em MARTINS, Patrícia Fragoso, “Princípio das Competências...”, pág. 171 e ss.

Ora, o problema que então se colocou quanto à matéria penal foi precisamente a falta de competência da Comunidade, tal como definida nos Tratados, para tomar medidas com carácter penal fora dos meios e formas previstas no Título VI do TUE, que dizia respeito ao Terceiro Pilar (nomeadamente para impor aos diversos EM que adoptassem medidas penais para a violação de Direito Comunitário) – portanto, a União tinha competência para adoptar essas medidas, mas não os Pilares de integração (o que resulta de uma ausência de normas habilitantes para uma tal acção). A despeito disso, e indirectamente, decorriam algumas limitações para os EM no tocante à sua jurisdição penal (efeito negativo e positivo); estes resultam todavia de intervenções legislativas em outras áreas que, através de vários princípios gerais do Direito Comunitário, vêm a ter um impacto também no Direito Penal dos diversos Estados (não são portanto a expressão de uma competência penal europeia).

Já no âmbito do Terceiro Pilar as considerações serão intrinsecamente divergentes, uma vez que aqui sim, existia uma competência penal, ainda que limitada e exercida em moldes muito específicos. A mesma encontrava-se definida a partir do art. 29º TUE. Primeiramente quanto ao processo de adopção de medidas na União, quem detinha a iniciativa eram os EM e a Comissão (art. 34º, nº 2 TUE), sendo que a regra permanecia a da unanimidade, conservando assim as matérias penais numa estrita nota de cooperação. A intervenção do Parlamento Europeu limitava-se à emissão de um parecer (não vinculativo) sobre a proposta em causa; mas mesmo deste se poderia prescindir, se o órgão não se pronunciasse dentro do prazo estabelecido pelo Conselho (art 39º). Quanto à jurisdição do TJ, esta continuava a ser muito limitada, ainda que se tenha alargado das Convenções apenas para os restantes instrumentos deste Pilar; no entanto, e conforme estipulava o art. 35º TUE, este só poderia avaliar os instrumentos se os EM declarassem a aceitação dessa competência do TJ, o que naturalmente poderia implicar vários graus de intervenção do Tribunal dependendo dos termos em que essa declaração era feita (nº 3 do art. 35º).

Quanto à sua competência material, existe uma dualidade: por um lado, nota-se uma clara preferência pelo princípio do reconhecimento mútuo, cujo conteúdo se pode resumir no seguinte: “desde que uma decisão é tomada por uma autoridade judiciária competente, em virtude do Direito do Estado-Membro de onde procede, em conformidade com o Direito desse Estado, essa decisão deve ter um *efeito pleno e directo* sobre o conjunto do território da União”¹¹³⁴. Isto implica, naturalmente, uma confiança considerável nos restantes EM, uma vez que se dispensa uma verificação, por exemplo, de conformidade dessa decisão com os parâmetros de protecção dos Direitos Fundamentais em cada Estado; exactamente, *confia-se* que todos os EM têm um nível mínimo de protecção comumente aceitável.

E um pouco para responder também a este problema, surge o segundo mecanismo: a harmonização, prevista em variadas disposições do Título VI do TUE (§3 do art. 29º; al. e) do nº 1 do art. 31º e ainda a al. b) do nº 2 do art. 34º). Apesar disso, esta técnica encontrava-se

¹¹³⁴ Em RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 70, referindo-se à definição de Daniel Flore.

duplamente limitada – tanto nas áreas em que poderia ser adoptada, como também na sua extensão, confinando-se ao estabelecimento de regras mínimas (conceito que será analisado no âmbito do Tratado de Lisboa).

À semelhança do que acontecia com a Comunidade, também aqui se podem divisar tanto proibições como obrigações de punir. Quanto às primeiras, salienta-se desde logo a impossibilidade de adopção de medidas que contendessem com os direitos fundamentais (decorrente do art. 6º TUE), e também a ausência de competência da União para descriminalizar condutas (que continua a não possuir depois do Tratado de Lisboa). Quanto às segundas, existiria uma obrigação de dar relevância penal aos ilícitos decorrentes dos crimes referidos no art. 29º, e dentro do direito secundário, àqueles decorrentes dos instrumentos que viessem a ser aprovados na União.

4.1.1 Comunidade *versus* União e o problema das competências implícitas

A partilha destas competências nem sempre foi fácil entre o Primeiro e o Terceiro Pilares. Em 2005 e 2007 surgem dois Acórdãos do TJ que revolucionaram a visão que até então se tinha destas provisões dos Tratados: o Ac. relativo a crimes ambientais¹¹³⁵ e, dois anos volvidos, o Ac. acerca da poluição por navios¹¹³⁶, ambos opondo a Comissão ao Conselho, e que deram origem ao que ficou conhecido na doutrina como “A Batalha dos Pilares”.

Em ambos, do que se trata é do confronto que se deu entre uma Proposta de Directiva da Comissão, por um lado, e uma Decisão-Quadro, por outro, sendo que o seu objectivo era o mesmo: punir os crimes ambientais *lato sensu* (impondo aos EM que adoptassem medidas penais para tal). A Comissão alegava a sua competência através da política ambiental da UE, parte integrante do Pilar comunitário, para além de se apoiar na necessidade de tornar o Direito Comunitário eficaz, e ainda na jurisprudência do Tribunal acerca do princípio da cooperação leal, da eficácia e da assimilação¹¹³⁷, enquanto o Conselho, uma vez que se propunham medidas penais, se arrogava competente também¹¹³⁸, alegando que nada nos Tratados indicava uma competência da Comunidade nesse sentido¹¹³⁹, para além de que tanto

¹¹³⁵ C-176/03 (*Commission v Council*). Para uma interessante análise do mesmo, dos acontecimentos que precederam o Ac. e da competência da Comunidade no âmbito do Direito Penal v. BORGERS, Matthias J. and KOOIJMANS, Tijs, “The Scope of the Community’s Competence in the Field of Criminal Law”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 16, 2008; e, em relação à competência da Comunidade (ainda antes da decisão do TJ), CORSTENS, G. J. M., “Criminal Law in the First Pillar?”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 11, Issue 1, 2003.

¹¹³⁶ C-440/05 (*Commission v Council*). Sobre este Ac. e as suas consequências quanto à competência penal da Comunidade v. também FROMM, Ingo E., “‘Ius puniendi’: The Right of the Institutions of the EC to Protect Financial Interests of the EC from Fraud (Art. 280 paragraph 4 EC Treaty)?”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 16, 2008.

¹¹³⁷ C-176/03 (*Commission v Council*), § 19 a 21.

¹¹³⁸ Ilustrando, C-176/03 (*Commission v Council*), § 11 e 14.

¹¹³⁹ C-176/03 (*Commission v Council*), § 26 a 29.

a prática judicial como legislativa confirmavam esta sua posição¹¹⁴⁰. A questão levada ao TJ foi, então, de qual medida prevaleceria. Note-se que a adopção de um ou outro instrumento não seria indiferente: a Decisão-Quadro requeria votação por unanimidade, o controlo do TJ era muito limitado, o Parlamento Europeu só detinha o direito de ser consultado¹¹⁴¹, e as consequências para o não cumprimento por parte dos EM eram reduzidas, pois não havia possibilidade da Comissão instaurar uma acção por incumprimento; do mesmo modo, não protegem tanto o indivíduo, uma vez que não possuem efeito directo¹¹⁴².

E assim, as respectivas opiniões são compreensíveis: a Comissão tentava ampliar os seus poderes, atraindo para o âmbito do processo comum mais competências, senda em que era apoiada pelo Parlamento (dado que este também beneficiaria com um maior acervo, fortalecendo a sua participação nesses procedimentos legislativos); por seu lado, o Conselho tentava conter as matérias penais no monopólio da cooperação, assegurando uma perda menor de soberania em questões sensíveis (com o apoio, naturalmente, da quase totalidade dos EM¹¹⁴³). Mesmo na doutrina, as opiniões dividiram-se em duas correntes opostas: certos autores clamavam a incompetência da União em adoptar tais medidas, apoiando-se numa interpretação literal dos Tratados e do princípio de atribuição de competências – o instrumento a prevalecer seria então a Decisão-Quadro, pois era uma matéria reservada para a cooperação; um outro segmento seguia a opinião da Comissão, de que a UE poderia adoptar medidas com carácter penal, desde que fossem um meio necessário para assegurar a implementação de Direito comunitário¹¹⁴⁴ – aqui prevaleceria já a Directiva, uma vez que “um instrumento só pode ser adoptado nos termos do Título VI TUE quando não há competência da Comunidade para o fazer”¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁰ Respectivamente, C-176/03 (*Commission v Council*), § 31, 32 e 33. Até então o normal teria sido a adopção em diplomas distintos da matéria a regular – no caso, o ambiente –, e das sanções que se lhe aplicariam – v. WHITE, Simon, “Harmonisation of criminal law under the first pillar”, in *European Law Review*, Vol. 31, nº 1, Fevereiro 2006, pág. 89 e 90. Claro que este método repartido não demonstrava ser o ideal, mas criava um certo compromisso entre as variadas competências e órgãos que as detinham.

¹¹⁴¹ Extensivamente sobre o processo legislativo no antigo Terceiro Pilar, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 633 ss.

¹¹⁴² Note-se aqui que a Directiva só teria efeito directo na medida em que preenchesse os requisitos gerais da doutrina desenvolvida pelo TJ; na medida em que se refira a matéria que deva ser penalizada pelos EM, o efeito directo das Directivas é “virtualmente impossível”, uma vez que normalmente isso implicará um efeito incriminador (e logo, prejudicial) em relação à pessoa em causa – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 47.

¹¹⁴³ Os argumentos relacionados com a soberania estatal foram sempre sendo invocados para justificar a inexistência de uma competência penal da UE (e a falta de vontade em a atribuir) – v. especificamente a este respeito MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 243 ss.

¹¹⁴⁴ Disso nos dá conta WASMEIER, Martin and THWAITES, Nadine, “The ‘battle of the pillars’: does the European Community have the power to approximate national criminal laws?”, in *European Law Review*, Vol. 29, No. 5, Outubro 2004, pág. 617 e ss.

¹¹⁴⁵ Nas palavras de WASMEIER, Martin and THWAITES, Nadine, “The ‘battle of the pillars’...”, pág. 619 (tradução livre).

O TJ, em ambos os casos, anulou a Decisão-Quadro, alegando uma competência da Comunidade em legislar quando se tratasse de assegurar a eficácia do Direito da União¹¹⁴⁶, e portanto a Decisão-Quadro seria nula por se imiscuir já na competência própria da Comunidade¹¹⁴⁷. Esta sua conclusão derivou fundamentalmente do argumento de que a escolha da base jurídica deve ater-se nomeadamente à finalidade e conteúdo da medida a adoptar; tendo em conta que a principal finalidade de ambos os instrumentos era a protecção do ambiente, isso fazia com que não fosse possível ao Conselho legislar, uma vez que as matérias relativas ao ambiente se encontravam já harmonizadas – e esse facto, por si só, não deveria impedir a Comunidade de adoptar sanções de carácter penal¹¹⁴⁸, não obstante não poder definir o tipo ou o *quantum* da sanção¹¹⁴⁹. Foi a primeira vez que se reconheceu uma competência comunitária no âmbito do Direito Penal.

Mas na verdade, e apesar do que o TJ acabou por concluir¹¹⁵⁰, não parece que a Comunidade possuísse qualquer competência penal, por vários motivos¹¹⁵¹. Desde logo, os arts. 135º e 280º TCE reservavam para os EM as intervenções necessárias no Direito Penal – de facto, mesmo que se concluísse pela necessidade de sanções em determinada matéria, nunca existiu a exigência, a nível comunitário, que essas sanções fossem de natureza criminal, deixando sempre aos EM essa escolha¹¹⁵²; por outro lado, toda e qualquer referência a questões

¹¹⁴⁶ Nomeadamente, ver C-176/03 (*Commission v Council*), § 48, em que o TJ define certos requisitos para as sanções, designadamente que sejam “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”. Após estes dois casos, a questão que se levantou foi outra ainda: a competência penal da União resume-se à protecção do ambiente? Ou é potencialmente extensível a qualquer domínio em que a Comunidade tenha competência? – KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 163. A posição da Comissão era naturalmente expansiva, retirando dos Acórdãos uma possibilidade de aplicação a outras áreas já no domínio da integração; o Parlamento Europeu, que apoiava a Comissão em ambos os julgamentos, considerava ao invés que não haveria motivos para uma interpretação extensiva; a maioria dos EM concordava com o Parlamento, limitando esta competência à protecção ambiental. As várias opiniões foram consultadas em House of Lords, European Union Committee, 42nd Report of Session 2005-06, *The Criminal Law Competence of the European Community – Report with Evidence*, London, Stationary Office Limited, 2006, pág. 18 e ss.

¹¹⁴⁷ Quanto a esta questão também é importante o disposto pelo anterior art. 47º TUE (agora art. 40º), que delimitava a divisão de competências entre os pilares e “providenciava uma defesa contra a intrusão no *acquis communautaire*”: ou seja, quando uma competência pertence à Comunidade ou é partilhada mas já sofreu um processo de preempção a favor da mesma, estariam os restantes Pilares precludidos de adoptar medidas relacionadas com essa competência – com maior desenvolvimento, HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 78 a 82 (expressão livremente traduzida, *ibid*, pág. 78); e também, especificamente sobre a opinião do TJ, HERLIN-KARNELL, Ester, “‘Light Weapons’ and the Dynamics of Art 47 EU – The EC’s Armoury of Ever Expanding Competences”, *in* *The Modern Law Review*, Vol. 71, Issue 6, 2008.

¹¹⁴⁸ C-176/03 (*Commission v Council*), § 45 e 48.

¹¹⁴⁹ C-440/05 (*Commission v Council*), § 70. V. também MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 40 e 41.

¹¹⁵⁰ Entre as críticas da doutrina a este acórdão encontra-se o facto de o TJ ter decidido determinado por “uma certa ideia da Europa”, pré-compreensão essa que teria subjazido ao julgamento, e ainda tendo muito em conta o que dizia o malogrado Tratado Constitucional, o qual não se encontrava nem veio a ser aprovado. Ambas as críticas em DUARTE, Maria Luísa, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2006, pág. 380 e 390.

¹¹⁵¹ Nesta questão, WHITE, Simon, “Harmonisation...”, pág. 86 e ss, e DUARTE, Maria Luísa, *Estudos de Direito...*, pág. 381 e ss. Da mesma opinião partilha CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 533, nota 1306.

¹¹⁵² Embora de uma forma bastante mais subtil, já se fazia sentir uma certa interferência no DP noutros instrumentos – para enunciar apenas, existiam já sanções administrativas com notas criminais nas áreas da concorrência, agricultura e pescas; algumas recomendações quanto ao Direito Penal a utilizar ou a não utilizar e também quanto a certos princípios a ter em conta (eficácia,

de harmonização na lei penal existiam apenas no TUE, no âmbito do Terceiro Pilar, deixando assim claro que permanecia na esfera de cooperação e da vontade dos Estados. Por último, existe ainda a questão da *cláusula passerelle*, art. 42º do antigo TUE, que previa a legítima passagem de matérias do Terceiro Pilar para o Primeiro, desde que se seguisse o procedimento aí previsto, o que mostra claramente que as competências penais da Comunidade, a existirem, teriam que ser atribuídas pelos Estados, ou por meio de revisão dos Tratados ou por transferência interna, através da utilização desta cláusula.

Independentemente das variadas interpretações que surgiram, a verdade é que a formulação do Tribunal no Ac. de 2005 deixava em aberto a possibilidade deste princípio se estender a outras áreas já harmonizadas, o que equivalia, na prática, a conceder por interpretação poderes à Comunidade¹¹⁵³ onde estes não poderiam existir.

É de igual modo preciso afirmar que o Direito Penal é uma área demasiado sensível, demasiado valorativa e cultural para que se consiga em pouco tempo atingir um grau satisfatório de homogeneidade entre os países, nomeadamente tendo em consideração que nem todos os EM têm uma igual propensão para aceitarem os avanços da União nesta matéria (basta pensarmos em toda a questão dos *opt-outs*) – o risco não é só o de uma Europa a duas velocidades, é igualmente o de uma Europa penalmente fragmentada, e também assim na protecção dos seus cidadãos. O Tratado de Lisboa, no entanto, veio alterar o que até agora descrevemos, e conceder uma verdadeira competência penal *da* União Europeia (e já não somente *na* União Europeia) – vejamos em que medida agora a pode exercer e as suas limitações para que cumpra com os requisitos da legitimidade *formal* da lei penal, para que de seguida nos possamos focar na questão da legitimidade *material* do DP europeu.

assimilação e harmonização). Para mais desenvolvimentos neste impacto anterior e mais subtil do Direito da União Europeia no Direito Penal nacional, ver HARDING, Christopher, “Exploring the intersection of European law and national criminal law”, *in* European Law Review, Vol. 25, No. 4, Agosto 2000.

¹¹⁵³ Daí a reacção da Comissão a este julgamento ter sido entusiasta ao ponto de considerar que seria aplicável a qualquer área de competência da Comunidade – v. a opinião categórica da Comissão na sua Comunicação acerca das implicações do julgamento do TJ, COM(2005)583 final/2 (especialmente § 11). Eventualmente tentou ainda transferir o Terceiro Pilar para o Primeiro utilizando a cláusula *passerelle* do art. 42º – COM (2006) 331 final; numa breve análise à mesma, HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 33.

5. A competência penal actual da União Europeia

Com a ratificação e entrada em vigor do Tratado de Lisboa à UE é formalmente reconhecida competência para emanar normas com conteúdo penal, em certas circunstâncias e de acordo com determinados limites; para que se compreendam as disposições do Tratado que com essa competência se relacionam é necessário em primeiro lugar perceber o que se quer afinal significar com “Direito Penal Europeu”. O sentido mais imediato que deriva desta expressão é o de um sistema de Direito Penal à semelhança do existente nos Estados, composto por normas que derivam das instituições europeias e se aplicam directamente aos destinatários – neste sentido, o DPE ainda não existe, e é duvidoso que possa existir de acordo com a configuração actual da competência penal da UE.

Sob outra perspectiva, com DPE também se pode querer significar o conjunto de normas europeias que se dirigem aos EM e determinam a obrigação de criminalizar um comportamento de acordo com a competência que lhe é reconhecida no TFUE – apesar de, finalmente, a norma penal aplicável ao indivíduo ser nacional, a obrigação de criminalizar ou punir de acordo com determinadas regras mínimas proveio da UE.

Num sentido mais amplo¹¹⁵⁴ podem ser ainda incluídos neste termo os *efeitos* positivos e negativos do DUE no Direito Penal nacional (ainda que neste caso seja mais apropriado falar de um Direito Penal nacional europeizado, dado que a fonte primária da decisão legislativa penal é nacional¹¹⁵⁵); *sanções* aplicáveis em todos os Estados-Membros (pese embora não tenham um teor penal, e portanto aqui se aplique o termo “penal” num sentido impróprio); e também um aspecto *processual*, que procura assegurar a perseguição penal eficaz na UE e que engloba todos os instrumentos de cariz processual penal¹¹⁵⁶ – embora, como se perceba, esta dimensão esteja mais ligada com o Direito Processual Penal do que com o DP substantivo.

Realizados estes esclarecimentos, e a menos que especificamente discriminada num outro sentido, a expressão “Direito Penal Europeu” será empregue, ao longo desta análise, apenas em sentido próprio e mais restrito¹¹⁵⁷, querendo portanto apenas significar a emanação de normas europeias com conteúdo penal *substantivo*, tendo estas ou uma aplicação *imediate* aos indivíduos aos quais se pretendem aplicar (ou seja, e como já em lugar anterior estabelecido, ao povo europeu e não-europeus que se encontrem em território da UE, e sempre

¹¹⁵⁴ Como referido por SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 43 e 44. Sobre as várias acepções de “Direito Penal Europeu” v. também BERNARDI, Alessandro, “I tre volti del « diritto penale comunitario », in PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, pág. 43 ss.

¹¹⁵⁵ A acção europeia nestes casos enquadra-se no âmbito de uma qualquer competência sua *que não* a competência penal, sendo por força da existência e aplicação de outros princípios legais que vem a exercer uma influência positiva ou negativa nas disposições penais dos EM.

¹¹⁵⁶ Como o MDE, aspectos relacionados com a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, cooperação para obtenção de provas, etc. – desenvolvendo esta questão com detalhe, SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 109 ss.

¹¹⁵⁷ Também sugerido por AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 387 – fazendo deste modo apelo às sanções próprias do DP, bem como ao desvalor especificamente presente no caso do Direito Penal (algo que o distingue das sanções administrativas próprias das contra-ordenações).

numa perspectiva *de iure condendo*), ou uma aplicação *mediata*, necessitando as normas europeias de transposição para o ordenamento penal nacional para que possam efectivamente ser impostas às pessoas no espaço da UE¹¹⁵⁸.

5.1 Atribuição da competência penal

Conforme já referido, a União não possui competência para definir as suas próprias competências, o que significa que estas lhe são atribuídas pelos EM¹¹⁵⁹: isso mesmo encontra-se estipulado no art. 5º, nº 1 e 2 TUE, esclarecendo ainda o nº 1 do art. 4º TUE que as competências não atribuídas à UE permanecem na esfera normativa dos EM. Qualquer acção da União que seja realizada fora do âmbito das competências que lhe foram atribuídas será um acto *ultra vires* e portanto ilegítimo e ilegal – o princípio da atribuição de competências encontra-se assim inextricavelmente ligado ao princípio da legalidade (sobretudo em Direito Penal, devido à proibição da aplicação retroactiva da lei penal¹¹⁶⁰).

As competências da União podem ser exercidas de modo *exclusivo*, *partilhado*, ou apenas como *suporte*¹¹⁶¹ à acção dos EM, conforme constem, respectivamente, da lista dos arts. 3º, 4º e 6º TFUE – as competências exclusivas¹¹⁶² da UE são limitadas, sendo mais comum que partilhem a acção legislativa com os EM (devendo aí respeitar o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade¹¹⁶³, conforme o disposto no art. 5º, nº 1 TUE); da lista de competências

¹¹⁵⁸ Duvidando da propriedade de denominar este conjunto de normas como “Direito Penal Europeu”, devido à sua falta de aplicabilidade directa aos indivíduos e aos limites da competência penal explícita hoje existente (que confere à União apenas a faculdade de determinar “regras mínimas”), CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 595 e 596. Apesar de concordarmos com os argumentos, e de facto um verdadeiro DPE devesse ser identificado apenas com um conjunto de normas supranacionais perfeitas (ou seja, que preenchessem todos os critérios necessários para que pudessem ser directamente aplicáveis em todos os EM), optámos ainda assim por incluir as normas penais hoje possíveis e existentes nesta denominação, já que a decisão penal tem origem na UE, mesmo que seja depois concretizada por cada EM individualmente. Para além disso, essas normas penais nacionais, porque são normas de transposição do articulado europeu, são também elas efectivamente europeias para efeitos, p. ex., de interpretação por parte do TJ.

¹¹⁵⁹ Estes limitam e moldam deste modo as competências da “jurisdição periférica”, apesar dos julgamentos que atribuíram uma competência penal anexa à Comunidade quando esta não se encontrava de todo prevista pelos Tratados (algo que só foi possível pela dinâmica própria da jurisprudência europeia) – conforme CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 592 (e nota 49).

¹¹⁶⁰ HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 66.

¹¹⁶¹ As acções da União nestas áreas normalmente não permitem que estas levem a uma harmonização dos ordenamentos; em relação ao DP, v. ainda o disposto no art. 84º TFUE – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 49.

¹¹⁶² Quando uma competência é exclusiva da UE isso significa que só esta poderá legislar, sendo que os EM necessitam de autorização da União para o fazerem – nº 1 do art. 2º TFUE.

¹¹⁶³ Note-se, no entanto, o adstringente critério jurisprudencial para avaliar da desproporcionalidade de uma medida da União: “só o carácter *manifestamente inadequado* de uma medida adoptada nesse domínio, em relação ao objectivo que a instituição competente pretende prosseguir, pode afectar a legalidade de tal medida” – C-265/87 (*Schröder*), § 22; C-331/88 (*Fedesa*), § 14 (sublinhados acrescentados). Um exemplo de uma medida europeia considerada desproporcional é dado pelo caso C-402/05P (*Kadi*).

partilhadas consta agora a competência penal (al. j) do nº 2 do art. 4º TFUE)¹¹⁶⁴. Para que a União não aumente as suas competências de modo ilegítimo¹¹⁶⁵, a legalidade da adopção de uma determinada medida pode ser contestada directamente no TJ (art. 263º TFUE), pode ainda surgir no âmbito de um procedimento nacional, sendo depois remetida para o TJ (art. 267º TFUE), ou pode, por último, ser detectada por um Parlamento nacional no exercício das suas competências de controlo dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade (de acordo com o respectivo Protocolo)¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ Tendo sido a competência penal atribuída à União pelos Estados, tal como as outras, daqui resulta que a UE não a possuía anteriormente; se não a possuía, argumenta-se, não pode igualmente *expandi-la* à revelia da vontade expressa dos EM através de um exercício omni-abrangente da competência anexa que lhe é reconhecida – AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 387. Mas se a UE não deve expandir a sua competência para lá do que foi atribuído pelos EM, pode já *precluir* o exercício da mesma por parte dos Estados, sempre que a exercer de modo tão abrangente que isso configure já uma preempção do campo legislativo em causa (falando de uma “*competência exclusiva por exercício*”, DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 45). Conforme o exposto no art. 2º, nº 2 TFUE, os “Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua”, voltando aqueles a poder exercê-la “na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua”. Enquanto é verdade que a preempção significará uma diminuição dos poderes remanescentes nos Estados à medida que a UE legisla em matérias penais, tal deverá ser interpretado tendo em atenção alguns aspectos amenizantes. Desde logo, a específica divisão entre as competências da UE e dos EM depende de uma análise detalhada da área legislativa em questão (mesmo dentro da competência penal, uma vez que nem todas as questões estão sujeitas à mesma divisão de poderes), dependendo esta tanto das intervenções legislativas existentes quanto da interpretação do TJ; depois, de acordo com o Protocolo relativo ao exercício das competências partilhadas, anexo ao Tratado de Lisboa, “quando a União toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências abrange os elementos regidos pelo acto da União em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade”, o que significa que a União teria que exaustivamente legislar num determinado domínio para realmente o retirar por completo da disponibilidade estatal. Por último, a preempção dependerá sempre também do modo como a UE opta por legislar: quanto menos margem decisória deixar aos EM, mais aumenta o campo de preempção naquela matéria em específico. Quanto ao DP, tendo em conta que explicitamente a UE só pode legislar através de Directivas, que só poderá impor regras mínimas e que pode ainda optar pela possibilidade do reconhecimento mútuo, dificilmente se atingirá um nível tal de preempção que retire a totalidade da matéria da disponibilidade do Estado – v. também CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 933 e MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 49.

¹¹⁶⁵ Em face da amplitude das competências da União, há quem proponha que se deveria abdicar desta “demarcação” das mesmas como forma de as conter, e antes procurar delimitar o seu exercício através de outros mecanismos – GARBEN, Sacha, “Confronting the Competence Conundrum...”, pág. 55 ss. A autora propõe três soluções alternativas à realidade hoje existente: a abolição das proibições à harmonização; a eliminação das categorias de competências; e a adopção de regras de flexibilidade como regra, e não como excepção – estes procedimentos deveriam tornar a delimitação das competências entre a UE e os EM mais orgânica e democrática, também segundo proposta da autora.

¹¹⁶⁶ Devido às complexidades da divisão de competências entre a UE e os EM, detectar quando um acto ainda se encontra abrangido pela competência atribuída à União pode ser difícil, sobretudo devido a três questões: saber se realmente existe competência nessa matéria; se sim, se existe competência para aquele acto em específico; e por último, quando existem interpretações ou disposições conflituantes no Direito originário, qual deverá prevalecer no caso em análise – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 45. Na União existe uma considerável margem para interpretação das normas dos Tratados, de tal modo que a expansão das suas competências operada fora da revisão das normas de atribuição das mesmas pode ser justificada de duas formas: por um lado, o TJ sempre teve uma visão expansiva dessas competências, muitas vezes interpretando as disposições do Tratado de tal modo inclusivo que chegou a ser acusado de activismo judicial (v. HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 66); por outro, deve também ter-se em consideração a vontade política existente no Conselho: estando este determinado a legislar (e obtendo a necessária maioria ou unanimidade), consegue sempre encontrar ou interpretar extensivamente uma base legal que o permita fazer – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 45 e HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 66. Acrescente-se ainda que a própria forma de divisão de competências entre UE e EM operada pelos Tratados pode favorecer a interpretação expansiva das competências da União, uma vez que ao invés de fixar matérias que seriam atribuídas a uma ou outra esfera, fixa *objectivos* a alcançar, os quais podem naturalmente necessitar de acções no âmbito de variadas matérias – DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, pág. 27.

A competência penal reconhecida à UE difere, portanto, daquela existente em geral para os Estados, e esses aspectos devem ser tidos em conta quando se analisa a mesma¹¹⁶⁷. Como acabámos de referir, esta encontra-se limitada pelo disposto nos Tratados, tanto nas matérias que pode abranger quanto no modo de exercício dessa competência – algo que não acontece nos Estados, que têm em princípio a totalidade da competência penal, a menos que a limitem como o fizeram, p. ex., ao ceder parte da mesma à UE; a competência penal europeia é ainda limitada à *jurisdição prescritiva*, não dispondo nem do poder de aplicar as normas penais e impor penas aos agentes em concreto (jurisdição judicativa¹¹⁶⁸), nem do poder de fazer cumprir as sanções impostas pela prática desses crimes (jurisdição executiva). Mesmo o poder de definir que condutas devem ser criminalizadas encontra-se limitado pelo facto de não poder a UE determinar as normas a aplicar aos sujeitos, dirigindo os seus mandatos de criminalização aos Estados, que continuam a gozar de uma (maior ou menor) margem de discricionariedade na concreta definição da norma que procede a essa criminalização e na sanção a aplicar¹¹⁶⁹. Por último, a jurisdição penal da UE também difere da existente nos Estados em relação ao dever de prevenir e resolver conflitos de jurisdição entre os EM¹¹⁷⁰.

Acrescentaremos ainda uma outra diferença, que decorre desta configuração própria europeia: enquanto os EM, detentores de uma competência penal global (no sentido de poder abranger todas as matérias que entenderem regular, ressaltando naturalmente os limites impostos pelo DUE ou Direito Internacional), podem em princípio legislar da forma que entenderem ser a mais adequada à protecção de um determinado interesse, seja ele qual for (desde que compatível com o Direito da União), na UE podemos claramente distinguir *interesses de natureza diversa*, que poderiam justificar intervenções penais também elas

¹¹⁶⁷ De acordo com CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacional”, in CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas e LOUREIRO, João Carlos (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 181 ss.

¹¹⁶⁸ CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 181, nota 8: o autor realça o não enquadramento, em rigor, na jurisdição judicativa o julgamento interpretativo do TJ que surta efeitos na esfera jurídica do agente, por determinar ou a desaplicação do DP nacional no qual se baseia a sua incriminação, ou por, ao contrário, insistir no primado do DUE (mesmo que em alguns casos se manifeste em detrimento da posição do arguido, como era o caso p. ex. em *Melloni* – C-399/11 – e *Taricco* – C-105/14).

¹¹⁶⁹ Razão que leva a qualificar a jurisdição prescritiva da UE como “meta-jurisdição” ou “jurisdição de segundo grau”, devido à sua natureza *mediata* – ambas as expressões de CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 182. Já em relação aos efeitos das normas, afirma MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 46, que o Direito Penal na UE pode ser visto como sendo composto por dois conjuntos de normas distintos: aquelas normas que têm por efeito negar a responsabilidade penal do sujeito (a que chama de negativas), e as que têm por efeito a imposição de uma obrigação aos indivíduos (a que chama de positivas) – em rigor, esta distinção deveria dirigir-se apenas aos efeitos do Direito da União (no seu todo) no Direito Penal nacional, reservando-se a designação de “DPE” para as normas europeias cujo conteúdo fosse especificamente penal.

¹¹⁷⁰ Os conflitos de jurisdição podem ser *negativos* – quando “algum Estado (ou entidade) *deveria* ter ou exercer jurisdição sobre um caso, quando de facto nenhum a tem ou exerce” – ou *positivos*, quando mais do que uma entidade tem, pretende exercer ou exerce de facto a sua jurisdição “como se não houvesse pretensões de outras jurisdições” – CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 196. Sobre a relação deste dever da UE com o exercício da sua jurisdição v. em pormenor *ibid*, pág. 192 ss.

distintas. Por ora ficaremos pela sua distinção, que será relevante em partes subsequentes deste escrito¹¹⁷¹.

Devido à natureza da UE são passíveis de distinção dois grupos de interesses: por um lado, enquanto entidade política autónoma e distinta dos EM, a União tem *interesses próprios*, que se ligam de forma clara à sua própria existência – são exemplos a protecção dos seus interesses financeiros ou o bom funcionamento das suas instituições (o que inclui a probidade dos seus funcionários ou a correcção dos procedimentos, p. ex., levados a cabo perante o TJ). Por outro lado, enquanto entidade supranacional à qual foram atribuídos certos objectivos, cabe-lhe zelar também por *interesses comuns*, partilhados portanto pelo conjunto dos EM e também pela UE, pela relevância ou dimensão transnacional que manifestam – aqui existem numerosos exemplos, como a moeda, o meio ambiente, o emprego, a concorrência, etc.¹¹⁷²

De acordo com a natureza do interesse em questão, diferentes intervenções legislativas poderiam justificar-se: a maioria da doutrina defende que os interesses próprios da UE requereriam a criação de verdadeiras normas de Direito Penal Europeu, directamente aplicáveis aos indivíduos e iguais em todos os EM, já que não necessitariam de transposição; por outro lado, os interesses comuns ficariam sujeitos não já a uma unificação, mas sim a uma

¹¹⁷¹ O critério para a distinção destes interesses será analisado no título seguinte, relevando por agora apenas as diversas categorias dos mesmos.

¹¹⁷² No mesmo sentido, CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652, e PICOTTI, Lorenzo, “Las Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Comunitario: Estado Actual y Perspectivas”, *in* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 13, 2004, pág. 157 ss. Este último autor refere ainda um terceiro potencial grupo de interesses: aqueles que fariam parte do (então) Terceiro Pilar, ou seja, cuja agressão resulta de graves formas de delinquência transnacional; como também ali se refere (*ibid*, pág. 162 e 163) este não pode ser considerado um grupo distinto de interesses, uma vez que os interesses são tão heterogéneos que não são susceptíveis de agregação a não ser pela sua necessidade comum de protecção através do Direito Penal; por outro lado, esses interesses são também subsumíveis ou aos interesses próprios da UE ou aos interesses comuns que esta deverá igualmente proteger (comparar com ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 358 ss, que identifica, parece-nos que incorrectamente, a lista do nº 1 do art. 83º como um catálogo de “bens jurídicos propriamente europeus”). Outros autores identificam ainda outras distinções entre os interesses existentes no espaço europeu: crimes lesivos de bens comunitários, bens de relevância comunitária, bens puramente nacionais, ou bens cuja extrema ligação às especificidades culturais e nacionais de cada EM impede que sejam “europeizados” (como questões relacionadas com o aborto, eutanásia, consumo de estupefacientes, etc.) – proposta de BERNARDI, Alessandro, “Strategie per l’armonizzazione...”, pág. 381 e 382. Esta divisão não nos parece apresentar a mesma qualidade prática da anterior no âmbito deste estudo, nomeadamente pela inclusão de bens / interesses puramente nacionais e bens que se consideram mesmo adversos a integrar uma dimensão europeia; será sem dúvida útil para discernir da *necessidade* de intervenção europeia (pois não se poderia legitimamente justificar uma intervenção legislativa dirigida a regular interesses puramente nacionais, até porque tal acção iria ainda contra os princípios constitucionais da UE), mas não para diferenciar, *dentro da competência penal europeia*, quais os diferentes regimes de tutela que podem ser requeridos pela diversa natureza dos interesses a regular. Uma outra proposta de divisão é ainda aquela que distingue entre interesses dirigidos à protecção das instituições da UE, interesses relacionados com valores sociais essenciais, e interesses relacionados com a protecção das políticas da UE – SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law – A Criminal Law for Europe: Between National Heritage and Transnational Necessities”, *in* German Law Journal, Vol. 10, No. 10, 2009, pág. 1394 ss. Esta divisão parece-nos a mais inapropriada, por dois motivos: em primeiro lugar, o segundo grupo de bens é normalmente aquele mais associado com o núcleo de soberania dos Estados – na medida em que algum desses interesses adquira uma dimensão transnacional e relevância europeia, passam a ser susceptíveis de integração naquele grupo de bens comuns; por outro lado, o grupo dos interesses relacionados com políticas europeias não consegue distinguir entre políticas cujo interesse apresenta necessidade de protecção penal (caso em que será forçosamente reconduzível ou a um interesse próprio ou comum), ou se se basta com a protecção oferecida pelo procedimento de sancionamento administrativo, caso em que de qualquer forma ficaria fora da competência especificamente penal da UE.

harmonização do DP dos Estados-Membros¹¹⁷³, levando para a esfera europeia as dimensões desse interesse que se revelassem necessitadas de uma intervenção supranacional, e deixando maior liberdade aos EM para conformarem essa protecção exigida pela UE com o seu próprio ordenamento jurídico. Num outro título posterior, no âmbito da análise da legitimidade material da intervenção legislativa penal europeia, será também questionado se esta diferença na natureza dos interesses deveria ou não influir no princípio de criminalização a utilizar pela União de forma a justificar a necessidade de criação de normas penais.

5.2 O processo legislativo

A legitimidade formal da lei penal europeia não se basta com o cumprimento do estabelecido pelo princípio de atribuição de competências (e princípios específicos do exercício dessas competências: da subsidiariedade e proporcionalidade); é ainda necessário que se cumpra um determinado processo para que se afirme a sua perfeição formal. Por esse motivo, antes de passarmos à análise das específicas competências penais atribuídas à UE, faremos apenas uma breve menção a esse procedimento, em favor da completude da exposição temática.

A partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, à matéria penal passou a aplicar-se o processo legislativo ordinário (nº 1 dos arts. 82º e 83º TFUE; salvo disposição em contrário no TFUE, normalmente relacionada com situações de excepção, como quando se utiliza o denominado “travão de emergência” ou se faz uso das cláusulas que permitem o alargamento da competência penal europeia a outros âmbitos não previstos de momento no Tratado). A adopção deste processo implica agora que as decisões penais passam a ser determinadas pela Comissão, Conselho e Parlamento¹¹⁷⁴ (art. 289º TFUE), retirando desse modo a matéria penal do monopólio dos EM; do mesmo modo, a regra de adopção dessas medidas passa a ser a

¹¹⁷³ V. nesta questão as propostas de SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects...”, pág. 126 ss.; DíEZ, Carlos, “Models for a System...”, pág. 396 ss; PICOTTI, Lorenzo, “Las Relaciones entre Derecho Penal...”, pág. 163; BERNARDI, Alessandro, “Strategie per l’armonizzazione...”, pág. 382. Concordando, ainda CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 596, ainda que advertindo que essa possibilidade deveria ficar restrita aos interesses próprios da UE e que para que os EM aplicassem directamente Regulamentos penais nos seus Tribunais seriam ainda necessárias alterações constitucionais, tanto na esfera europeia (nomeadamente em relação à reformulação do princípio da legalidade, que teria que se dirigir à própria lei europeia) como nacional (em relação à possibilidade de aplicação desse Direito – v. p. ex., como sugerido também pelo autor, o nº 2 do art. 29º CRP). Refere ainda este último autor que, no caso de incriminações e sanções relativas aos interesses próprios da UE não se deveria sequer falar de “harmonização”, uma vez que isso supõe a existência e preservação de diferenças nacionais, o que não se aplica neste caso; alerta, contudo, para a existência de verdadeiros limites constitucionais que deveriam ser respeitados, como p. ex. a finalidade atribuída às penas no ordenamento – CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 653 e 655.

¹¹⁷⁴ A participação dos três órgãos é ainda benéfica a toda a questão da legitimidade democrática das medidas adoptadas, contando agora estas com o “consenso procedente de uma pluralidade de centros decisores que representam interesses muito variados” – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 642. O reforço do papel do Parlamento foi também fulcral para que deixasse de se apontar à União o défice democrático de que sofria, dispondo agora este de poderes de veto e de modificação das propostas legislativas (em especial, nº 7 do art. 294º TFUE) – como consequência, o processo agora existente para adopção de medidas com conteúdo penal poderia ser considerado “*a priori* apto em termos democráticos” – *ibid*, pág. 643 (tradução livre em ambas as citações).

maioria qualificada (art. 294º TFUE), e não a unanimidade, e a iniciativa pertence à Comissão ou um quarto dos EM¹¹⁷⁵ (art. 76º TFUE). O TJ também viu alargada a sua interferência nesta matéria, exercendo agora a sua competência normal (arts. 263º e 267º TFUE), excepto no que concerne à política externa e de segurança comum (que já anteriormente se encontravam excluídas da sua jurisdição – art. 275º) e, no âmbito do DPE, continua a não ser competente para “fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro, nem para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna”¹¹⁷⁶ – art. 276º

¹¹⁷⁵ Sobre a fase pré-legislativa v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 644 ss. A iniciativa de um quarto dos EM destina-se a manter na área penal, devido à sua particularidade, uma réstia de controlo estadual; esse limite foi no entanto introduzido para que se evite o abuso do direito de iniciativa por parte de EM que pretendam utilizar a estrutura da UE para prosseguir interesses próprios; esta possibilidade constitui ainda assim uma excepção ao direito de iniciativa usual, que recai exclusivamente sobre a Comissão na maior parte das matérias da competência da União – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 46. Ainda que tal não corresponda a um direito de iniciativa legislativa, devem ser aqui referidas duas possibilidades previstas pelo Tratado: por um lado, o PE pode pedir à Comissão que apresente uma proposta legislativa, se considerar que tal é necessário (apesar de a Comissão ter a faculdade de não a apresentar) – art. 225º TFUE; por outro lado, existe um mecanismo próximo da iniciativa popular (art. 11º, nº 4 TUE) que consiste em conceder a um milhão de cidadãos da União “nacionais de um número significativo de Estados-Membros” (instituindo assim um requisito duplo que se destina a salvaguardar a democraticidade na UE: não bastaria, por isso, um milhão de cidadãos da União nacionais de um só EM, pois poderia não corresponder à vontade do povo europeu) um poder semelhante àquele atribuído ao PE em termos de iniciativa, ou seja, o de pedir à Comissão que apresente uma proposta legislativa para regular uma determinada matéria – deste modo abre-se o sistema europeu à participação dos cidadãos, sem com isso se comprometer a racionalidade e tratamento adequado das múltiplas questões suscitadas por qualquer intervenção penal – com mais pormenor, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 683 ss. Por último, em relação à atribuição de direito de iniciativa à Comissão, e ainda que este seja aplaudido por diversos motivos – desde logo assegurar maior coerência entre as várias intervenções legislativas, para além da maior competência técnica da Comissão –, comenta-se que poderá, em termos de intervenção legislativa penal, não ser a mais neutra em relação à defesa dos interesses financeiros da União (com maior ordem de razão caso se defenda a possibilidade de utilização de Regulamentos para os garantir penalmente), uma vez que representa de facto “a vítima” desses crimes (*ibid*, pág. 679). Por nossa parte, não parece que essa questão deva levantar mais problemas do que a protecção dos interesses estatais por parte das instituições desse Estado, para além do facto de obviamente a Comissão não decidir sozinha, e se limitar a propor esses actos legislativos, que podem ou não ser adoptados, tal como foram propostos ou com modificações introduzidas no diálogo entre os diversos órgãos previsto no art. 294º TFUE. V. ainda, para uma análise detalhada das restantes fases do procedimento legislativo, *ibid*, pág. 687 ss.

¹¹⁷⁶ O Direito Penal e o poder que este implica por parte do Estado sempre foi uma questão delicada, razão por que só agora se reconhece alguma transferência de poder para a União nesta matéria. E por isso há certas dimensões do mesmo que continuam na disposição de cada um dos EM – o art. 4º, nº 2 TUE consagra o princípio de que a segurança nacional continua a ser da responsabilidade dos Estados, sendo que a União “respeita as funções essenciais do Estado”; mas a verdade é que, no entanto, existe um “espaço de liberdade, segurança e justiça” europeu – como conjugar estas duas ideias aparentemente opostas? Em relação à questão da segurança e cooperação dentro da União existem duas perspectivas distintas: ou se vê a cooperação como um meio para reforçar a segurança de cada Estado face à ameaça do crime transnacional; ou então como um meio para reforçar a segurança de um espaço *europeu* face à ameaça do mesmo. Crê-se que a primeira destas perspectivas não é correcta, desde logo por se utilizar uma estrutura supranacional para assim reunir os poderes e conhecimentos de várias administrações de justiça (o que nem sempre é legítimo, tendo em conta que o que neste âmbito circula não são garantias nem direitos, mas apenas informações tendencialmente prejudiciais aos indivíduos) – CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, *European Union Law. Cases and Materials*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pág. 587 e 588. Daí que seja necessária esta competência *da União*, tendente a proteger uma *ordem pública europeia* cujos antecedentes se podem encontrar já na eliminação de fronteiras entre os Estados da UE: sempre que um Estado limítrofe da União controla as suas fronteiras exteriores assegura “não só (...) a sua própria segurança, mas também a dos restantes Estados” (DÍEZ MORENO, Fernando, *Manual de Derecho de la*

TFUE. Algumas concessões a este processo legislativo ordinário foram introduzidas, em relação ao Direito Penal, devido à sua natureza mais delicada: para além do já mencionado direito de iniciativa por parte de um grupo de EM, existe ainda um procedimento destinado a suspender o processo legislativo em curso (o “travão de emergência), e o controlo de subsidiariedade exercido por parte dos Parlamentos nacionais encontra-se sujeito, para que um projecto legislativo seja reavaliado, a requisitos menos exigentes (um quarto dos votos atribuídos aos parlamentos nacionais, em vez do normal um terço para as restantes competências da UE – nº 2 do art. 7º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade)¹¹⁷⁷.

Como consequência de todas as mudanças introduzidas pelo Tratado de Lisboa, cada um dos intervenientes no processo legislativo sentiu a necessidade de emitir declarações acerca do uso da competência penal por parte da UE¹¹⁷⁸: o primeiro a pronunciar-se, claramente no sentido de limitar o uso do DP por parte da União e manter algum do controlo que antes detinha, foi o Conselho¹¹⁷⁹, ao que se seguiu a Comunicação da Comissão¹¹⁸⁰ que demonstrou uma posição cautelosa e ambígua mais preocupada com a distinção das matérias em que se poderia vir a utilizar o DP na União do que propriamente com outros assuntos relacionados com a política criminal; o último a emitir uma opinião sobre o assunto em questão foi o Parlamento¹¹⁸¹, em cuja resolução reitera princípios importantes a ter em conta em

Unión Europea, Thomson Civitas, 2005, 3ª Edição, pág. 821), o que justifica, aqui sim, uma maior cooperação entre as variadas administrações de justiça, afastando-se deste modo a estrutura da União como meio que serve os interesses dos vários EM.

¹¹⁷⁷ Existem também outros Protocolos anexos que se destinam a salvaguardar a posição de alguns Estados: nomeadamente, há desde logo toda a problemática entre os membros do Acordo Schengen e UE, que não são coincidentes, e que se mantém inalterada (“Integração do acervo de Schengen no âmbito da União Europeia”, anexo aos Tratados); por outro lado, três países recusaram a aplicação da parte do Tratado referente ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, embora tenham a possibilidade de fazerem *opt in* em medidas determinadas tomadas ao abrigo dessas disposições (Protocolo relativo à posição da Dinamarca e Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda no que concerne ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça); um último protocolo impede a Carta dos Direitos Fundamentais de criar novos direitos susceptíveis de serem invocados no ordenamento jurídico dos dois países aí salvaguardados (“Protocolo relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido”, Anexo aos Tratados).

¹¹⁷⁸ WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, pág. 24 e 25.

¹¹⁷⁹ “Council Conclusions on model provisions, guiding the Council’s criminal law deliberations”, de 27 de Novembro de 2009 – para uma análise, v. VERVAELE, John, “Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013.

¹¹⁸⁰ “Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law”, COM(2011) 573 final, de 20 de Setembro de 2011 – em análise à mesma, VERVAELE, John, “Harmonised Union policies...”.

¹¹⁸¹ “European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law (2010/2310(INI))” – para uma análise da mesma, v. JONG, Cornelis de, “The European Parliament Resolution of 22 May 2012 on a EU approach to criminal law”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013.

relação à criação de normas penais, bem como a necessidade (já referida pela Comissão) de se assegurar coerência e harmonia legislativa. O que se esperava, após a introdução deste novo procedimento decisório para a matéria penal, era que essa mudança funcionasse como um catalisador para a alteração do pendor securitário das medidas adoptadas até em então, para que se passasse a adoptar uma visão mais voltada para os valores da liberdade e justiça; apesar de ser uma evolução lenta e de continuar predominante a consideração do valor “segurança”, nota-se uma crescente preocupação com os direitos dos arguidos e das vítimas¹¹⁸², algo que anteriormente era virtualmente inexistente.

Para além do procedimento¹¹⁸³, o exercício de qualquer competência (com excepção das exclusivas) por parte da UE – e com maior propriedade ainda em relação ao Direito Penal – levanta ainda questões quanto à *alocação* da mesma (se deve ser a União ou os EM a regular uma determinada questão), ao seu *exercício* (os seus limites e condições), a *justificação* deste por parte da UE, e também quanto à *escolha de base legal* para as medidas que se pretendem adoptar¹¹⁸⁴; se as outras temáticas apresentam uma maior ligação ao conteúdo substantivo, a escolha da base legal condiciona a legitimidade formal (e mesmo a legalidade) do acto legislativo europeu, pelo que se passarão agora a analisar as actuais e potenciais bases legislativas que conferem competência penal à UE, bem como os termos do seu exercício.

¹¹⁸² Conclusões em TRAUNER, Florian and LAVENEX, Sandra, “A Comparative View: understanding and explaining policy change in the Area of Freedom, Security and Justice”, in TRAUNER, Florian and SERVENT, Ariadna Ripoll, *Policy change in the Area of Freedom, Security and Justice: how EU institutions matter*, London, Routledge, 2015, pág. 221 ss. Os autores afirmam que alguns factores foram decisivos para a introdução de novas preocupações na legislação europeia: o novo processo legislativo de co-decisão, decisões políticas por parte do poder judicial (que podem de facto manter ou mudar o curso de uma política, consoante as suas decisões judiciais), e a influência de factores externos (como p. ex. a utilização de ataques terroristas ou outros acontecimentos para justificar a necessidade de adopção de determinadas propostas legislativas). Focando-nos na primeira, que aqui releva, ainda que as expectativas tenham sido ambiciosas aquando desta mudança no processo legislativo – uma vez que o Parlamento sempre demonstrou uma posição mais liberal e maior preocupação com os direitos dos cidadãos, criticando o Conselho sempre que considerava as suas políticas demasiado securitárias –, a realidade foi depois mais modesta: o PE passou a ser mais comedido, “recalculando os custos e benefícios de se opor ao Conselho” no novo ambiente político, aceitando concessões quando algumas das suas críticas eram atendidas – *ibid*, pág. 231 e 232. Assim, os autores concluíram que se o núcleo de uma determinada política se encontrasse já definido e estável *antes* da introdução do procedimento de co-decisão, o impacto desta mudança tendia a ser menor do que quando esse núcleo se estabelecia apenas após a “comunitarização” operada pelo Tratado de Lisboa (*ibid*, pág. 233). Os motivos para que essa mudança institucional raramente levasse a uma drástica mudança na política criminal até então exercida encontram-se também explicados num outro artigo do autor – TRAUNER, Florian and SERVENT, Ariadna Ripoll, “The *Communitarization* of the Area of Freedom, Security and Justice: Why Institutional Change does not Translate into Policy Change”, in *Journal of Common Market Studies*, Volume 54, Number 6, 2016; neste, argumenta-se que apesar das mudanças legislativas, o Conselho permanece na prática numa situação de vantagem legislativa.

¹¹⁸³ O processo legislativo actual em conjunto com o controlo da subsidiariedade agora existente conferem à UE a necessária legitimidade democrática no âmbito da adopção de normas penais – HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 318.

¹¹⁸⁴ A alocação do exercício da competência penal, algumas questões relacionadas com o seu exercício e justificação serão mais apropriadamente abordadas quando se analisarem os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

5.3 Análise normativa da competência penal da União Europeia

Mesmo que aparentemente simples, a questão das competências penais da União e escolha da respectiva base legal para o seu exercício tem uma relevância constitucional central na UE¹¹⁸⁵ e sempre gerou controvérsia (mesmo quando seria óbvio que esta não existia de todo); a situação melhorou largamente com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, mas nem por isso passou a ser líqüida esta temática, com algumas normas levantando potenciais questões, a doutrina dividindo-se, e em geral deixando os interessados por esta matéria na expectativa de um novo confronto na escolha de bases legais e o que isso poderá significar para os limites da competência europeia. Tendo em atenção as disposições do Tratado, podem ser distinguidos três grandes grupos de normas, nos quais iremos dividir a exposição: em primeiro lugar, temos as disposições que conferem competência penal à UE de modo explícito; depois, algumas normas que podem ser interpretadas no sentido de permitir à União uma intervenção penal de acordo com os critérios aí previstos, sem que, no entanto, essa possibilidade esteja explícita (ou seja mesmo unânime a sua interpretação nesse sentido¹¹⁸⁶); por fim, temos outras normas que relevam na matéria, ainda que não se considere que possam ser interpretadas no sentido de conferir uma competência penal autónoma à UE.

Antes de passarmos à exegese dessas normas devemos referir a disposição que inicia o capítulo do TFUE relativo ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça: o art. 67º. Este artigo define de modo geral os valores que a UE procura proteger através da utilização do Direito Penal – precisamente, liberdade, segurança, justiça e ainda respeito pelos Direitos Fundamentais¹¹⁸⁷ –, para além de referir também o *modo* como esse objectivo deverá ser atingido: “através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos”¹¹⁸⁸. Não se pode deixar de referir que o valor “segurança” continua a constituir um importante parâmetro no Tratado de Lisboa¹¹⁸⁹, apesar das várias

¹¹⁸⁵ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 307.

¹¹⁸⁶ Dando precisamente conta disso, CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 594, nota 50; existem ainda autores que concordam com a possibilidade dessa interpretação extensiva em relação a algumas das normas que iremos referir, mas não em relação a todas (como p. ex. SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 54 ss).

¹¹⁸⁷ Nº 1 do art. 67º. Este artigo baseia-se nos anteriores arts. 29º TUE e 67º TCE, com a fundamental diferença de se ter acrescentado ao actual art. 67º o respeito pelos direitos fundamentais, bem como o respeito pelos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos EM – CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 933. O respeito pelos direitos fundamentais é ainda garantido pelo carácter agora vinculativo da CDFUE e pela perspectiva de adesão da UE à CEDH (art. 6º, nº 1 e 2 TUE). Uma das preocupações em relação a esta questão resulta da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo (quando não acompanhado de uma harmonização), temendo-se nesse caso uma diminuição da protecção dos DF ao “mínimo denominador comum”, efectuando-se assim um “nivelamento por baixo” das garantias processuais penais – MOURA, Bruno, “O Tratado de Lisboa e a legitimidade...”, pág. 38.

¹¹⁸⁸ Art. 67º, nº 3. Essas medidas poderão ser adoptadas de várias formas: são elas a cooperação judiciária (baseada no reconhecimento mútuo), a aproximação de legislações penais (através da definição tanto de condutas criminosas como de sanções), e a cooperação policial.

¹¹⁸⁹ Conforme expõe HERLIN-KARNELL, Ester, “Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 17, 2009, pág. 238 e 239, esse

melhorias que o mesmo introduziu – isso mesmo pode ser observado no nº 3 do art. 67º (“A União envida esforços para garantir um *elevado nível de segurança* [...]”), bem como no Preâmbulo do TUE: “Resolvidos a facilitar a livre circulação de pessoas, *sem deixar de garantir a segurança dos seus povos*, através da criação de um espaço de liberdade, segurança e de justiça [...]” – a União mostra-se assim mais voltada a assegurar aos seus cidadãos segurança do que propriamente liberdade ou justiça¹¹⁹⁰. Em relação ao art. 67º resta apenas mencionar em que medida pode este relevar para a definição da competência penal da UE: em específico em relação à alocação de competência, permanece incerto se a União poderá adoptar medidas penais fora da *lex specialis*¹¹⁹¹ dos arts. 82º e 83º TFUE, nomeadamente quando no nº 3 do art. 67º se refere o combate ao racismo e xenofobia¹¹⁹², sem que estes fenómenos sejam mencionados no art. 83º.

5.3.1 A competência penal explícita da UE

A atribuição de competência penal à UE encontra-se hoje indiscutivelmente regulada pelos arts. 82º e 83º TFUE: o primeiro respeitante mais à dimensão processual, e o segundo à dimensão substantiva do Direito Penal. Ambos contêm também conceitos e disposições semelhantes (travão de emergência e cooperação reforçada), que analisaremos em conjunto no fim da exposição do regime estipulado pelos dois artigos.

a) Direito processual penal – art. 82º TFUE

O art. 82º começa por estabelecer que a cooperação judiciária em matéria penal assenta no *princípio do reconhecimento mútuo* (nº 1)¹¹⁹³, cuja origem de utilização neste ramo

pendor securitário pode ser observado também nas disposições de carácter geral pertinentes à matéria penal, nomeadamente os arts 71º a 73º. O primeiro destes artigos refere a criação de um comité permanente ao qual é atribuída a função de promover e reforçar a cooperação em matéria de *segurança interna*, o que (art. 72º) em nada deve prejudicar a responsabilidade de cada EM na manutenção da ordem pública e da referida segurança interna; no entanto, os EM podem ainda organizar-se e cooperar para a garantia da *segurança nacional* (art. 73º). Um dos problemas que se levanta é o de saber se será legítimo (para além de por vezes complexo) diferenciar de tal forma a segurança interna e nacional, tendo ainda em conta que a “segurança” pode levar a que se adoptem actos ao abrigo do art. 31º TUE (sabendo que o TJ continua a não ter jurisdição para avaliar a validade ou proporcionalidade dos mesmos – art. 24º, nº 1 TUE); para além disso, manter o foco legislativo no valor da segurança faz com que a UE corra o risco de tornar vazias de valor as suas proclamações humanistas e de colocar em causa a legitimidade das suas acções.

¹¹⁹⁰ Deste pendor securitário decorre ainda o facto de a UE ver o indivíduo “primariamente [...] como um risco de segurança” – MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 283. A autora refere ainda que essa visão predomina em relação à consideração do indivíduo enquanto portador de direitos.

¹¹⁹¹ A expressão é utilizada por HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 84, na medida em que a autora propõe que o capítulo 1 do título V do TFUE funcione algo como uma *lex generalis*.

¹¹⁹² A questão adquire ainda maior relevância quando se tem em consideração que uma potencial afirmação neste sentido implicaria que medidas adoptadas contra a xenofobia e racismo não estariam sujeitas aos limites especificamente pensados para o exercício da competência harmonizadora da UE em questões penais (nem a particular gravidade nem a dimensão transfronteiriça mencionados no nº 1 do art. 83º), nem que fosse possível aos EM fazer uso do “travão de emergência” igualmente previsto no art. 83º (nº 3) – v. também MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 275.

¹¹⁹³ Parte da doutrina critica a qualificação do reconhecimento mútuo enquanto princípio – MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 640 ss. O autor argumenta que um princípio “é um imperativo” e deve ser respeitado

remonta já a Tampere¹¹⁹⁴. Este princípio pode ter dois efeitos, da óptica do indivíduo afectado pela decisão que se pretende ver reconhecida.

Pode, por um lado, ter o efeito de facilitar a sua incriminação ou punição¹¹⁹⁵ – veja-se, por exemplo, o caso do Mandado de Detenção Europeu (MDE), que significa uma possibilidade de perseguição mais facilitada dentro da UE, contando com a colaboração das entidades judiciárias dos EM. O MDE significou a alteração de variados aspectos da extradição tradicional, e ilustra convenientemente o alcance prático que a adopção do reconhecimento mútuo pode ter: este é um processo inteiramente judicial, bastante rápido, com poucas causas de não execução, e a abolição da dupla incriminação numa lista de 32 domínios de incriminação. Como qualquer instrumento que dite a cooperação sem qualquer medida de harmonização, o MDE levantou problemas constitucionais, nomeadamente em relação a um processo justo e equitativo no país que efectua o pedido; no que contende com a abolição da dupla incriminação, que significaria expor os cidadãos de um Estado a punições por condutas que não constituem crime nesse Estado; e ainda quanto à entrega de cidadãos nacionais, que constitui normalmente um limite à cooperação judiciária¹¹⁹⁶.

Por outro lado, pode ter o efeito inverso, ou seja, aquele de eximir o indivíduo de um (novo) julgamento – é o chamado princípio do *ne bis in idem*, que impede um EM de julgar pelos mesmos factos um arguido que já tenha sido condenado ou ilibado num outro Estado da UE¹¹⁹⁷.

porque a ele se encontra insito um qualquer valor de relevo, enquanto o que aqui se encontra em causa é antes uma “decisão política [...] que define um objectivo pretendido, que promove aspectos financeiros, sociais ou políticos da sociedade” (tradução livre) – daí que o reconhecimento mútuo não seja verdadeiramente um princípio, mas uma decisão política (*policy*), uma vez que quem lhe dá cumprimento não o faz porque através disso cumpre algum ideal de justiça, mas sim porque isso facilita a obtenção de um qualquer objectivo político (neste caso, aumentar a eficácia do DUE através da cooperação judicial entre EM); é ainda referido que este é um “princípio” que não deve ser perseguido a todo o custo, uma vez que pode colocar em causa aspectos de outros (verdadeiros) princípios de Direito Penal Europeu.

¹¹⁹⁴ Surgido primeiramente no âmbito do mercado comum, a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo também à matéria penal surgiu como solução para o problema de falta ou lentidão de ratificação e implementação de Convenções no espaço europeu (tanto de Convenções do Conselho da Europa como da UE), constituindo hoje um princípio constitucional de DUE. A cooperação através do princípio do reconhecimento mútuo é mais fácil de atingir do que o desenvolvimento de poderes executivos próprios para as instituições da UE (e também mais simples do que instaurar um processo de harmonização anterior à mesma) – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 76 e 179. Para um estudo aprofundado sobre o princípio do reconhecimento mútuo v. as obras de JANSSENS, Christine, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, sobretudo, no que concerne à sua aplicação penal, pág. 132 ss; e de BALLEGOOIJ, Wouter van, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, em especial pág. 119 ss.

¹¹⁹⁵ Pode facilitar, mas não *fundamentar* a responsabilidade penal do indivíduo: nem as anteriores Decisões-Quadro nem as actuais Directivas possuem efeito directo no sentido de determinar ou agravar essa responsabilidade – v. a exposição da doutrina do efeito directo, e as conclusões do TJ no Ac. C-387/02 (*Berlusconi*) e C-105/03 (*Pupino*).

¹¹⁹⁶ Problemáticas referidas em CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, *European Union Law*, pág. 599.

¹¹⁹⁷ Apesar de a Convenção relativa à Aplicação do Princípio *ne bis in idem* (de 1987) ter sido um fracasso, a verdade é que existe a consagração de tal princípio em contexto europeu, derivando este do art. 54º CAAS (e hoje também do art. 50º da CDFUE, para além da sua previsão no âmbito do art. 4º do Protocolo 7 da CEDH). Uma vez que essa estrutura foi absorvida pela UE, o TJ já teve oportunidade de se pronunciar acerca deste artigo e seu significado, que não é tão simples quanto possa parecer. Foi no julgamento do caso C-187 e 385/01 (*Gözütok e Brügge*) que o Tribunal interpretou o inciso “definitivamente julgado” (mais

O núcleo do reconhecimento mútuo é bastante simples, no seu conteúdo: trata-se de reconhecer internamente as decisões e os parâmetros utilizados por outros Estados¹¹⁹⁸, que adquirem uma extraterritorialidade por efeito da sua aplicação no território desses outros EM que os reconhecem¹¹⁹⁹ – ou seja, os actos, administrativos ou legais, adoptados num EM de acordo com as regras do seu ordenamento jurídico são automaticamente¹²⁰⁰ válidos e reconhecidos na ordem jurídica de outro EM, na qual pretendem também surtir efeitos. Isso demonstra implicitamente uma aceitação e legitimação do sistema jurídico estrangeiro, (e não só das suas decisões, como se viu quanto ao princípio do *ne bis in idem*¹²⁰¹) o que implica, como se pode facilmente depreender, uma confiança mútua dentro do espaço europeu¹²⁰².

eloquente no original inglês, que admite mais do que um sentido para a expressão “finally disposed of” e não faz referência alguma a um Tribunal) como admitindo não só os julgamentos, mas também os casos em que já não seria possível uma continuação do processo, segundo a lei do país que o apreciou. Em ambos os casos referidos, depois conjuntamente julgados pelo TJ, o processo tinha sido abandonado em troca do pagamento de uma certa quantia acordada com as autoridades (portanto, antes ainda do caso ser apreciado por um Tribunal); esta interpretação baseou-se no facto de essas autoridades terem o poder para fazer esses acordos, e logo deverem ser decisões a respeitar pelos outros Estados, dado que nesse país não mais poderiam ser julgados com base nesses factos: era, nesse sentido, uma decisão *final* (§ 27, 30 e 31). Na jurisprudência que se seguiu, foram polidos mais alguns aspectos do que esta disposição requeria: assim, teria que estar internamente precluída, de forma definitiva, uma continuação de apreciação do caso; os factos devem ter sido realmente apreciados para que se possa aplicar o *ne bis in idem*; e os factos em questão devem ser materialmente os mesmos para que se justifique a negação de um novo julgamento – v. em relação a estas questões, respectivamente, os Ac. C-491/07 (*Turansky*), § 34 s; C-469/03 (*Miraglia*), § 30 ss; C-436/04 (*Van Esbroeck*), § 25 ss; C-150/05 (*Van Straaten*), § 40 ss; C-367/05 (*Kraaijenbrink*), § 23 ss. Também sobre esta questão, v. CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 201 ss; e em geral sobre o princípio, MITSILEGAS, Valsamis y GIUFFRIDA, Fabio, “Ne Bis In Idem”, in SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Analisa (Eds.), *Principios Generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág. 297 ss.

¹¹⁹⁸ Esta é assim uma solução mais simples do que tentar concordar com medidas de harmonização: os EM podem manter as suas diferenças de opinião e de processo penal, e ao mesmo tempo facilitar a cooperação entre si – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 176.

¹¹⁹⁹ Apesar disso, não são todas, ou quaisquer, decisões nacionais que devem ser automaticamente reconhecidas em virtude deste princípio: os instrumentos legislativos europeus “especificam actos que podem ser baseados em actos puramente nacionais, mas que se emanados na forma requerida pelo instrumento da UE devem ser reconhecidos em outros Estados-Membros”; existe por isso sempre uma relação com uma determinada dimensão europeia – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 176 (tradução livre).

¹²⁰⁰ O reconhecimento mútuo de forma automática representa ainda a forma ideal de funcionamento deste princípio: algum escrutínio é, no entanto, permitido, embora se tente reduzir ao máximo a amplitude do mesmo. No fundo, o princípio do reconhecimento mútuo pretende impedir tanto o envolvimento do poder político quanto uma segunda apreciação do caso em questão, ainda que permita o controlo de alguns aspectos (sem que tal decorra do tradicional princípio da reciprocidade, mas sim directamente do carácter europeu das medidas em causa) – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 177.

¹²⁰¹ C-187 e 385/01 (*Gözütok e Brügge*), § 33: “[...] implica necessariamente que exista uma confiança mútua dos Estados-Membros nos respectivos sistemas de justiça penal e que cada um aceite a aplicação do direito penal em vigor noutros Estados-Membros, ainda que a aplicação do seu direito nacional leve a uma solução diferente”.

¹²⁰² Sobre a confiança existente no contexto da cooperação judiciária europeia, a situação anterior – em que esta era simplesmente pressuposta e se maximizava a cooperação, mesmo em detrimento dos padrões de protecção dos direitos fundamentais mais fortes existentes no contexto nacional – e aquela que parece hoje existir – em que se introduzem de novo possibilidades de pedir certas informações ao EM de emissão de um MDE *antes* de se cooperar, mesmo quando tal não se encontrava expressamente previsto no regime legal do MDE – através de uma análise jurisprudencial, v. CAEIRO, Pedro, “‘Scenes From a Marriage’...”. Fazendo o mesmo percurso, desde o estabelecimento por parte do TJ de uma confiança presumida na UE devido ao nível comum de protecção dos DF até à mais recente jurisprudência, que começa a admitir algumas excepções a esse princípio, v. também WILLEMS, Auke, “The Court of Justice of the European Union’s Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption

As críticas tecidas a este sistema de cooperação estão primariamente relacionadas com a eficiência¹²⁰³ que se procura no DUE: o Direito Penal não é como qualquer outra área do Direito, e a sua aplicação implica sempre uma intromissão grave nos direitos das pessoas, pelo que o reconhecimento mútuo automático pode também significar a introdução de falhas no sistema de protecção dos direitos fundamentais¹²⁰⁴ e garantias processuais dos EM¹²⁰⁵, para além de poder ser usado de forma desproporcional (para crimes de pouca importância) e de introduzir ainda diferenças de tratamento entre nacionais e outros cidadãos da UE – o que se considera inaceitável no âmbito de um espaço *comum* de justiça¹²⁰⁶.

to (Room for) Rebuttal”, *in* German Law Journal, Vol. 20, Issue 4, 2019. Sobre a mais ampla questão da relação do MDE, instrumento de cooperação por excelência, e os direitos fundamentais, ainda SCHALLMOSER, Nina Marlene, “The European Arrest Warrant and Fundamental Rights”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, No. 22, 2014.

¹²⁰³ No âmbito da cooperação judiciária, este conceito não levanta grandes problemas de definição: a eficiência (*effectiveness*, que no âmbito do DP substantivo se refere à eficácia do mesmo) refere-se a um acto de cooperação poder ser executado com o mínimo de demoras, problemas ou questões legais – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 402. Esse objectivo é atingido normalmente pelas características típicas dos instrumentos que estabelecem o reconhecimento mútuo: limitação da dupla incriminação e de fundamentos para recusa de cooperação, e ainda formulários-tipo para pedidos de reconhecimento mútuo; ainda assim, e como não são disposições directamente aplicáveis no ordenamento dos EM, o seu impacto depende em grande medida da implementação nos EM (algo que continua a ser problemático) – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 182 ss. Para uma análise dos principais instrumentos de cooperação processual penal, *ibid*, pág. 184 ss, em relação ao MDE (DQ 2002/584/JAI), decisões de congelamento de bens ou provas (DQ 2003/577/JAI), cooperação relativa às sanções pecuniárias (DQ 2005/214/JAI), decisões de perda (DQ 2006/783/JAI), tomada em consideração das decisões de condenação dos EM (DQ 2008/675/JAI), cooperação relativa a sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução das mesmas (DQ 2008/909/JAI), decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas (DQ 2008/947/JAI), decisões de julgamentos *in absentia* (DQ 2009/299/JAI), decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva (DQ 2009/829/JAI), e decisão europeia de protecção (Dir. 2011/99/EU).

¹²⁰⁴ Como pressagiado no caso C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*), apesar de nenhuma violação a um direito fundamental ter sido afirmada.

¹²⁰⁵ Pense-se p. ex. na admissão de provas obtidas num outro EM de um modo que não seria aceitável no Estado da UE em causa no processo. O problema em relação ao espaço da União é, como se pode perceber, o de *forum shopping* (para ambos os lados do conflito penal): por um lado, jogando com os parâmetros impostos por aquele princípio, podem os indivíduos conseguir ser julgados por uma lei que lhes seja mais favorável – CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, *European Union Law*, pág. 611; por outro, e principalmente no âmbito da prossecução da acção penal por parte da Procuradoria Europeia (EPPO), pode existir a tentação de se optar pela ordem jurídica que apresenta menos exigências, e bem assim menos garantias para o arguido – SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie – eine Untersuchung der rechtsstaatlichen Leichen im Fundament der europäischen Strafrechtspflege”, *in* HEFENDEHL, Roland (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, pág. 311. Existe, por isso, uma verdadeira necessidade de aproximar certas questões do Direito Processual Penal dos EM para que se garanta um nível mínimo de protecção aos direitos dos envolvidos, já que (ao contrário da consequência da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo noutras áreas não penais, onde limita o poder estatal) este tem o efeito de *augmentar* o poder do Estado, ao conferir extraterritorialidade às suas decisões repressivas para imposição do cumprimento da lei – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 178. Sobre alguns aspectos que foram sendo melhorados nesta questão através da adopção de outros instrumentos legislativos europeus v. p. ex. ANAGNOSTOPOULOS, Ilias, “Criminal Justice cooperation in the European Union after the first few “steps”: a defence view”, *in* ERA Forum, Vol. 15, 2014.

¹²⁰⁶ Críticas de VERVAELE, John, “European criminal justice...”, pág. 12. A diferença de tratamento introduzida pelo princípio do reconhecimento mútuo prende-se mormente com o facto de o EM de execução entregar, ao abrigo de MDE, nacionais de outros EM ao Estado emissor; a questão, no entanto, agrava-se quando se pensa nas consequências *para além do espaço europeu*. Aqui, imagine-se uma situação similar à de Piscioti, mas com uma pequena alteração: em vez de simplesmente fazer escala num

Ainda no nº 1 faz-se referência à adopção de medidas europeias destinadas a alcançar os objectivos definidos nas als. a) a d)¹²⁰⁷, e inclui também a aproximação das legislações dos vários EM na matéria processual, nos termos previstos no seu nº 2. Este número permite a adopção no plano europeu de “regras mínimas”, desde que preenchidos os requisitos aí referidos: ser isso necessário; servir para facilitar o reconhecimento mútuo; dimensão transfronteiriça das questões; as regras estabelecidas devem ter em conta as tradições dos EM¹²⁰⁸. As matérias sobre que podem incidir encontram-se também previstas: a admissibilidade dos meios de prova; os direitos individuais em processo penal; e os direitos das vítimas da criminalidade. Ainda poderão ser incluídos outros aspectos, desde que o Conselho (após aprovação do PE) unanimemente concorde em transferir essas novas áreas para esta competência da UE¹²⁰⁹, numa nova cláusula geral (ou *passerelle*). O conteúdo destas “regras

outro país da UE antes de se encontrar no seu país de origem, imaginemos que este se encontrava de facto na Itália, e a sua entrega era pedida (ao abrigo de um MDE) para outro EM; posteriormente, encontrando-se já neste último, há um pedido de extradição por parte de um país terceiro – *quid juris*, se a Itália não reagisse (como não fez) a uma comunicação por parte do EM que tem o cidadão da UE no seu território? Será compreensível que nessa situação, *num espaço judiciário comum*, se extradite a pessoa procurada quando não seria possível extraditar um cidadão da origem desse EM, sobretudo se essa pessoa só se encontra na posse desse EM devido a uma cooperação dentro da União? Pensamos que não; para que a cooperação judiciária facilitada baseada no reconhecimento mútuo passe a ser menos problemática terá, por isso, que haver um reforço da cidadania europeia e também do entendimento por parte dos EM de que pertencemos a, e existe de facto, um espaço comum, conjunto, cujos cidadãos não devem de forma alguma ser discriminados (muito menos quanto a garantias penais).

¹²⁰⁷ O que leva alguns autores a considerar que esta norma confere competência à UE para adoptar Regulamentos (uma vez que só refere “medidas”, e não “Directivas”, como nos restantes casos – nº 2 do art. 82º e nº 1 e 2 do art. 83º), pelo menos para a prevenção e resolução de conflitos de jurisdição – v. CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 594, nota 50 e doutrina aí mencionada; já anteriormente discordava o autor da possibilidade de se “fundar a jurisdição penal da Comunidade, em qualquer das suas dimensões, nas normas que lhe atribuem o poder de adoptar ‘as medidas necessárias’” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 535, texto em continuação da nota 1306. Debruçando-se especificamente sobre a questão da prevenção e resolução dos conflitos de jurisdição (al. b)), CAEIRO, Pedro, “Commentary on the ‘European Touch’ of the Comparative Appraisal”, in KLIP, André (Ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen, Maklu, 2011, pág. 123 ss, e CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 192 ss; v. em particular algumas das conclusões mais preocupantes neste último estudo, como a possibilidade de um EM dever reclamar jurisdição sobre uma conduta que *legitimamente à luz do DUE* não constitui crime no seu ordenamento, e de não dever impor bases de jurisdição incompatíveis com o Direito Internacional (em relação à abolição da dupla incriminação) – *ibid*, pág. 206 ss. O autor acaba por propor a adopção do critério da *lex loci* para simultaneamente dirimir conflitos e respeitar a soberania estadual restante quando em causa está alguma norma de DPE (nomeadamente na discricionariedade que se concede aos EM nas Directivas penais).

¹²⁰⁸ Deixando clara a sua opinião acerca (da inutilidade) deste inciso em particular, SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 312: “Dies hört sich beschwichtigend an; dass dahinter mehr als ein bloßes Lippenbekenntnis steht, kann ich mir kaum vorstellen”. Para uma análise deste número do art. 82º em especial, questionando ainda a propriedade de a UE interferir em aspectos processuais dos EM, v. o artigo de ÖBERG, Jacob, “Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure”, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, Issue 1, 2020, pág. 33 ss.

¹²⁰⁹ Ao estudar este elenco não se pode deixar de notar que reflecte de algum modo aspectos já abordados pela União. Quanto aos meios de prova, não podemos senão lembrar-nos do controverso mandado europeu de obtenção de prova; em relação aos direitos individuais, parece inevitável uma referência à tentativa de se assegurarem alguns direitos processuais mínimos no âmbito europeu, pelo menos com a aproximação ao problema através da adopção gradual dos mesmos (“Draft Resolution of the Council on a roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings”, de 2009) – sobre como este momento consistiu no “real ponto de viragem da política europeia” no âmbito da protecção dos direitos individuais, CAEIRO, Pedro, “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma Constituição de direitos)”, in CAEIRO, Pedro (Org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2015, pág. 7 ss. Por último, no que concerne às vítimas, para além

mínimas” aqui não se afigura muito problemático: as regras assim definidas funcionam como um limite mínimo de protecção dos indivíduos, sendo que os Estados podem aumentar esse nível, mas não diminuí-lo¹²¹⁰.

b) Direito penal substantivo – art. 83º TFUE

Como se pode perceber do acima exposto, a simples previsão do reconhecimento mútuo não resolve os problemas do DPE, e coloca novas dificuldades de confiança entre os Estados relativamente aos sistemas legais de cada um; é por esse motivo que se prevê também a progressiva harmonização das disposições penais. O artigo responsável por esta harmonização relativamente à lei penal substantiva é o 83º TFUE, o qual deve ser analisado por partes: o nº 1, que prevê uma competência autónoma da UE, e o nº 2, que estabelece a sua competência anexa¹²¹¹; a problemática das “regras mínimas” será analisada em conjunto em relação aos dois números do artigo, uma vez que esse conteúdo se aplica sem distinção aos dois tipos de competência penal substantiva existentes.

α) Art. 83º, nº 1 TFUE

O art. 83º prevê no seu nº 1 uma competência *autónoma* da UE para adoptar, através de Directivas¹²¹², “regras mínimas” relativamente à definição tanto dos delitos como das suas sanções, desde que essa criminalidade seja *particularmente grave* (excluindo-se assim crimes

de serem de inegável importância no contexto do Programa de Estocolmo, foram também alvo de atenção ainda no Terceiro Pilar, nomeadamente com a DQ sobre a posição processual da vítima (DQ 2001/220/JAI, hoje substituída pela Directiva 2012/29/UE).

¹²¹⁰ No mesmo sentido, PEERS, Steve, “EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon”, *in* *European Law Review*, Vol. 33, No. 4, Agosto 2008, pág. 513; e SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 311.

¹²¹¹ Ou competência de *criminalização securitária*, dado dirigir-se à necessidade da União responder a determinadas ameaças de segurança (nº 1) e competência de *criminalização funcional*, uma vez que com esta se procura assegurar a eficácia de outras políticas da UE (nº 2) – segundo proposto e definido por MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pág. 53.

¹²¹² Os instrumentos antes utilizados no Terceiro Pilar são agora afastados, fazendo a União uso da mais divulgada tipologia de diplomas, nomeadamente a Directiva no que a esta área diz respeito (ambos os artigos relativos às regras mínimas referem expressamente as Directivas). Isso tem grande importância em, sobretudo, dois aspectos: por um lado, a supremacia do Direito da UE não se pode mais contestar neste âmbito, ultrapassando assim construções cautelosas como o efeito indirecto quanto às Decisões-Quadro para que se assegurasse alguma eficácia às mesmas; e por outro, isso significa que estas medidas possuem agora um efeito directo (de acordo com as regras estipuladas para este), podendo ser utilizadas por cidadãos em juízo enquanto o Estado não as transpuser para o seu ordenamento. Note-se, no entanto, que este último efeito é discutido – NILSSON, Hans G., “How to combine minimum rules with maximum legal certainty?”, *in* *Europarättslig Tidskrift*, 2011, pág. 672, pergunta-se acerca do efeito directo das Directivas penais e se este se aplicará: “I do not think so, even when the provision concerned is unconditional and sufficiently clear and precise, because it would be against the general principle of legal certainty, expressed as the principle of legality.”. E de facto, quando uma Directiva tem por objectivo incriminar certas condutas, e não prever direitos ou descriminalizar (uma vez que não o pode fazer), esse instrumento só por si não poderá fundamentar ou agravar a responsabilidade criminal da pessoa em concreto (C-387/02 (*Berlusconi*), § 44) devido ao princípio da legalidade; o mesmo já não será verdade se essa Directiva reconhecer um direito ao indivíduo, o que em abstracto resultaria num benefício à posição do mesmo em processo penal – nesse caso, não se vê porque deixariam de ter efeito directo quando preenchidos todos os pressupostos para o mesmo. Considerações idênticas devem ser tecidas em relação à interpretação de disposições com recurso à Directiva transposta.

bagatelares¹²¹³) e tenha uma *dimensão transfronteiriça* (resultante da natureza, incidência ou especial necessidade de combater as infracções em causa¹²¹⁴). Enquanto pretendo limite de competência penal da UE, um dos maiores problemas colocado por este critério é o facto de não ser particularmente difícil encontrar aspectos transnacionais na maioria das infracções, seja porque a abolição dos controlos fronteiriços internos na União e globalização do mercado levou também a uma expansão geográfica da criminalidade, seja porque a livre circulação na UE implica que os efeitos (também de alguma criminalidade) sejam sentidos em vários Estados, ou ainda porque a infracção em causa demonstra uma “forte componente transnacional”¹²¹⁵. No parágrafo seguinte são definidos vários domínios dessa criminalidade¹²¹⁶ (*rationae*

¹²¹³ Tirando esta exclusão, no entanto, não há muito mais que se possa dizer para precisar o conteúdo deste requisito: o que se quer significar com “particularmente grave”? Não existem critérios para se avaliar do respeito pelo mesmo, sobretudo quando não se refere simplesmente a criminalidade grave, mas *particularmente* grave – WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 16.

¹²¹⁴ A “dimensão transfronteiriça” da infracção pode, por isso, não ser *geograficamente* identificável: quando a natureza da infracção (p. ex. tráfico de seres humanos) ou os seus efeitos (p. ex. contrafacção de meios de pagamento) se alastrem a mais do que um EM, essa dimensão poderá ser afirmada; no entanto, esta pode também resultar da “especial necessidade” de combater essa infracção ao nível europeu, *ainda que* nem por definição nem devido aos seus efeitos esse comportamento apresente ligações com mais do que um EM – aparentemente no mesmo sentido, apesar do emprego da expressão “in addition to”, SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 390 e referência doutrinal da nota 6; a autora refere ainda que esta “especial necessidade” de combate da infracção no plano europeu poderá ser difícil de distinguir dos outros dois critérios de transnacionalidade, não obstante mencionar como potencial exemplo neste caso o terrorismo (*ibid.*, pág. 391). Em relação ao conceito de crime “transnacional”, realça-se ainda a crescente amplitude das condutas que abrange: de crimes que transcendem fronteiras internacionais, transgridem leis de vários Estados ou têm um impacto noutra país, passou-se também a incluir para além da comissão desses crimes a sua preparação e efeitos directos ou indirectos, até que hoje se definem alternativamente por um de vários critérios: cometido em mais do que um Estado; cometido num Estado, mas com uma parte substancial de preparação, planeamento, direcção ou controlo num outro Estado; cometido num Estado, mas com o envolvimento de um grupo criminoso organizado cuja actividade criminosa se relaciona também com outros Estados; cometido num Estado, mas com efeitos substanciais também noutra Estado. A criminologia tende a ser crítica deste conceito demasiado abrangente – v. BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, pág. 3 e 4.

¹²¹⁵ Em relação à primeira, qualquer medida puramente nacional que pretenda controlar a acção criminosa que ocorre em vários Estados estará votada ao fracasso; em relação à segunda, pense-se p. ex. na livre circulação de bens que podem encontrar-se defeituosos ou serem nocivos para os consumidores; na terceira faz-se referência, p. ex., à protecção do meio ambiente através de medidas penais – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 279 e 280. A autora propõe assim critérios que determinariam *ipso facto* o carácter transnacional da conduta (e que colocariam o problema penal sob alçada da competência europeia): devido à *natureza* quando “a modalidade de comissão do delito requer o uso de novas tecnologias, em especial, da Internet”; devido às *incidências* quando se tratasse do meio ambiente ou de criminalidade local que só existe por causa da sua dimensão internacional (como o tráfico de droga); e devido à *especial necessidade de as combater* quando se tratasse de corrupção, falsificação de meios de pagamento e terrorismo, se servir para evitar o fenómeno de *forum shopping*, ou ainda se a medida europeia tiver um carácter mais dissuasor – *ibid.*, pág. 280. Deve ter-se em consideração, porém, também os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, aos quais se encontra sujeita qualquer acção da UE – ou seja, a circunstância de *poder* legislar não significa automaticamente que o *deva* fazer. Numa outra linha de argumentação, sugere-se que recorrer à teoria dos bens jurídicos globais auxiliaria a perceber quando são necessárias alterações normativas (também em termos de interacção entre diferentes ordenamentos) para que se proteja eficazmente um determinado bem jurídico global (ou, acrescentamos nós, europeu) – CARRILLO-SANTARELLI, Nicolás, “Enhanced Multi-Level Protection...”, pág. 833.

¹²¹⁶ A Comissão afirma, em relação a estes: “these are crimes that merit, by definition, an EU approach due to their particularly serious nature and their cross-border dimension, according to the Treaty itself”, razão por que nestes casos não seria necessário avaliar as mais-valias resultantes da adopção de medidas legislativas penais a nível europeu – COM(2011) 573 final, pág. 5. A doutrina, pelo contrário, duvida da necessidade de adopção de algumas medidas penais europeias, tendo ainda em conta muitos

materiae), agora já não sujeitos à exigência da cooperação judicial¹²¹⁷, e cuja linha de conexão é tão lassa quanto aquela que existe no domínio do acervo de crimes já alvo de uma acção por parte da União¹²¹⁸; também se prevê no terceiro parágrafo (embora aqui se exija a unanimidade, e não a regra da maioria) a possibilidade de se identificarem outras áreas em que a acção comunitária possa ser adoptada (desde que preencham de igual modo os requisitos mencionados no primeiro parágrafo – dimensão, efeitos ou necessidade de combate transnacional), numa segunda cláusula geral de ampliação de competência existente no Tratado¹²¹⁹.

Existem várias questões ou problemas suscitados por esta norma. Uma das principais questões encontra-se associada à limitação da competência penal da UE através de conceitos cuja (in)definição não permite delimitação alguma: sobretudo a “criminalidade organizada” (mas também a “criminalidade informática”¹²²⁰) é criticada pela doutrina por não permitir saber de antemão que tipo de condutas serão alvo dessa categorização (e, por extensão, atribuídas ao âmbito de competência europeu)¹²²¹.

dos delitos serem já punidos em contexto nacional – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 391, e MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 278.

¹²¹⁷ Como antes resultava do art. 29º TUE (em comparação com o actual 67º, nº 3 TFUE) – SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 775. Pelo contrário, o que se pretende agora é o estabelecimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça não só assente na cooperação judiciária, como também na harmonização legislativa, estabelecendo deste modo dois planos de acção distintos – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 267.

¹²¹⁸ Os chamados “euro-crimes”; aliás, quase todos os âmbitos de criminalidade mencionados (com excepção do tráfico de armas) haviam sido já objecto de regulação no antigo Terceiro Pilar – v. MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 146 a 175 e MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 269 a 271. Por isso foi já sugerido que a intenção aqui é desenvolver um novo conceito de euro-crime, todos os exemplos do qual orbitam em torno de “uma ideia ampla de crime organizado, na qual a característica comum que distingue estas infracções é que assentam, para a sua realização, num sentido de empresa comum e infraestrutura prévia”, fazendo ainda apelo a instrumentos próprios da modernidade, tais como a deslocação e comunicação transnacional facilitada, a divulgação e facilidade de acesso a todo o tipo de informação, e a globalização dos serviços financeiros e do comércio – em CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, *European Union Law*, pág. 613 e 614 (tradução livre).

¹²¹⁹ O que já levou a doutrina a afirmar que os futuros limites da competência penal da UE se encontram primariamente ao nível político, uma vez que mesmo quando a União tem competência para agir e existe concordância dos EM nesse sentido, existem vários limites (legais e políticos) às medidas europeias: as dúvidas persistentes dos EM de que a União possa criar DP directamente aplicável, a falta de harmonização de certos elementos das infracções, e ainda o desacordo em relação ao *quantum* de harmonização das sanções – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 145 e 146.

¹²²⁰ ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 364: deste modo atribui-se à União competência para legislar sobre qualquer delito cometido através de meios informáticos, seja burla, ofensa à honra ou fraude de subvenções comunitárias; utilizam-se assim características criminológicas para definir âmbitos de criminalidade que resultam depois, na prática, na ampliação da competência penal potencial da UE.

¹²²¹ Apesar da utilização de conceitos abertos como o de “criminalidade organizada” fazer com que a competência (e a atribuição da mesma) da UE apresente um carácter dinâmico em vez de estático, o que lhe permite também adaptar-se com maior facilidade a futuras necessidades criminológicas, acaba por suscitar problemáticas também relativamente ao primado da União: este princípio deve ser respeitado, sob pena de perda total de eficácia do DUE. No entanto, ao utilizarem conceitos tão amplos quanto este, os EM não podem depois escrutinar cada acto europeu e argumentar que este se encontra fora da competência da União por se basear numa interpretação extensiva das disposições dos Tratados, pois a indefinição típica destas expressões faz com que, na prática, os EM se comprometam a respeitar e aplicar o Direito da União sem saberem concretamente que tipo de criminalização

Algo ligado ao problema anterior surge também a questão de saber *que tipo de interpretação* se deverá fazer dos conceitos indeterminados elencados na lista do nº 1 do art. 83º – se a interpretação for, como no antigo Terceiro Pilar, extensiva então o campo de utilização do terceiro parágrafo deste artigo torna-se reduzido e haverá menos necessidade de se recorrer à unanimidade, uma vez que não existem muitas condutas “particularmente graves com dimensão transfronteiriça” que não possam ser enquadradas no terrorismo, criminalidade organizada ou criminalidade informática; se, pelo contrário, se fizer uma interpretação mais restritiva, o uso da regra da unanimidade irá aumentar, dificultando a intervenção penal europeia em âmbitos não expressamente previstos nessa lista¹²²².

Critica-se também, de certa forma, essa decisão de ampliação da competência prevista pelo terceiro parágrafo do nº 1 ficar na disposição do Conselho (ainda que com aprovação prévia do Parlamento), argumentando-se que desta forma se “desconstitucionaliza” a divisão de competências entre a União e os EM, uma vez que não se pode afirmar que existe algum âmbito de competência “«blindada» – exclusiva ou excludente”¹²²³ – em matéria penal; no entanto esta crítica perde relevância ao exigir-se a unanimidade para que tal extensão se opere, já que são na prática os EM a fazer essa extensão.

Coloca-se ainda a questão de saber se este elenco dos dez âmbitos de criminalidade referidos no segundo parágrafo do nº 1 do art. 83º deve ser visto como sendo taxativo ou meramente exemplificativo, particularmente tendo em conta que nem todas as intervenções legislativas penais anteriores se encontram cobertas por este catálogo (como no caso do racismo e xenofobia) – a ser taxativo, como uma parte da doutrina afirma, parece que se dá a situação paradoxal de o Tratado de Lisboa reduzir o âmbito de competência que antes resultava do art. 31º TUE¹²²⁴. Por nossa parte, concordamos no geral com esta opinião da doutrina, e a mudança de entendimento em relação à lista de âmbitos de criminalidade consegue perceber-

depois poderá ser emanada ao abrigo das mesmas – assim, SCHRÖDER, Christian, “Perspektiven der Europäisierung des Strafrechts nach Lissabon: Neues Denken oder alte Fehler?”, in HELLMANN, Uwe und SCHRÖDER, Christian (Hrsg.), *Festschrift für Hans Achenbach*, München, C. F. Müller, 2011, pág. 492. Salientando do mesmo modo o carácter indefinido do conceito e a possibilidade de abranger uma pluralidade de temáticas: “[...] convirtieron el bloque «delincuencia organizada» en una especie de cajón de sastre para armonizar ámbitos tan varipintos como la *lucha contra la falsificación del euro*; contra la *falsificación de los medios de pago distintos del efectivo* o *contra la inmigración ilegal*, así como otras materias relacionadas con la *criminalidad económica* o incluso contra el *tráfico de seres humanos*; la *pornografía infantil* o contra el *racismo* y la *xenofobia*” – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 273 (sublinhados da autora).

¹²²² MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 282. Pronunciando-se no sentido de uma interpretação restritiva desta norma, o TC alemão no seu Ac. 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 363: “Entsprechend begrenzend ist die allgemeine Ermächtigung zur Festlegung von Straftaten und Strafen nach Art. 83 Abs. 1 AEUV auszulegen”.

¹²²³ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 282. A autora refere ainda que é criticável o facto de se precisarem âmbitos de intervenção mais afastados dos interesses necessários à integração económica para se passar a interesses que requerem uma integração política sem que antes se tivessem retirado todos os “obstáculos em relação ao princípio da legalidade” (*ibid.*, pág. 283) (tradução livre).

¹²²⁴ WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 13 e 14 – a autora retira da existência do terceiro parágrafo o carácter taxativo do elenco desse artigo; qualquer medida fora dessa lista deve, por isso, ser sujeita à regra da unanimidade, e não da maioria; anteriormente atribuía-se à lista do art. 31º, nº 1, al. e) um carácter *exemplificativo* apenas.

se: a circunstância de, antes do Tratado de Lisboa, a lista de âmbitos de criminalidade ter apenas um carácter exemplificativo acabava por não ter um impacto tão perceptível como hoje, já que a regra para a adopção de medidas penais na UE era, de qualquer modo, a unanimidade – desde que, portanto, existisse vontade política de todos os EM, estes poderiam adoptar uma qualquer medida penal. A entender-se hoje a lista do nº 1 do art. 83º como sendo apenas exemplificativa, isso significava que se poderiam adoptar medidas penais em áreas não previstas no Tratado apenas por maioria. Todavia, não nos parece inteiramente correcto que a nova norma de atribuição de competência penal faça com que as competências da União sejam menores: existe uma competência *taxativa* menor, na qual se adopta a regra da maioria, e existe uma competência *igual* à anterior no sentido em que poderão ser adoptadas medidas penais em áreas não previstas, desde que se cumpra a regra da unanimidade. O que o Tratado fez, parece-nos, foi apenas dividir a competência penal da União em vários planos de intervenção, prevendo para cada um regras ligeiramente divergentes, para que assim se tentasse encontrar um equilíbrio entre uma maior integração e as precauções estaduais na entrega de poderes soberanos a uma entidade supranacional.

Por fim, para além de outras expressões problemáticas¹²²⁵, questiona-se qual a relação existente entre os critérios mencionados no primeiro parágrafo e a lista de domínios de criminalidade do segundo. À semelhança do que acontece para que essa lista possa ser ampliada (ou seja, o cumprimento dos requisitos mencionados), a opinião dominante na doutrina é que os âmbitos de criminalidade do segundo parágrafo do nº 1 preenchem já essas condições, pelo que não existiria divergência alguma nesse sentido entre os domínios já previstos e aqueles que o poderiam vir a ser.

β) Art. 83º, nº 2 TFUE

O nº 2 do art. 83º procede, no fundo, a uma codificação da jurisprudência do TJ nos casos que opuseram Conselho e Comissão na questão da competência para criação de normas com conteúdo penal em relação ao ambiente (C-176/03 e C-440/05, já analisados¹²²⁶). Dispõe este que, para além da competência prevista no nº 1 do mesmo artigo, tem também a União competência para legislar através de medidas penais quando isso “se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização”, sendo essas medidas adoptadas de acordo com o mesmo procedimento legal previsto para as medidas de harmonização (da temática não penal) em

¹²²⁵ As expressões “regras mínimas” e “definição das infracções penais e das sanções”, para além dos próprios requisitos em si (já referidos *supra*) também levantam problemas interpretativos; deixaremos esses, no entanto, para a análise específica da questão das regras mínimas e do seu significado, após problematização da competência anexa prevista no nº 2 do art. 83º.

¹²²⁶ Com a excepção de, neste segundo Ac., ter afirmado que “quanto à fixação do tipo e do grau das sanções penais a aplicar, há que notar que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, essa matéria não é da competência da Comunidade” – C-440/05 (*Commission v Council*), § 70. Hoje, devido à competência penal que se lhe reconhece, a União pode, obviamente, determinar o tipo e o grau da sanção, dentro dos limites impostos pelo art. 83º TFUE.

causa¹²²⁷. Esta disposição, que confere à União uma competência penal *anexa ou ancilar* (na medida em que se refere sempre a outro conjunto de medidas já objecto de harmonização¹²²⁸) faz agora menção não a sectores específicos mas a áreas da competência já pertencente à União, e levanta múltiplas questões, que serão de seguida analisadas: o que significa “indispensável” e “eficaz”? Quanta harmonização prévia é necessária para que seja possível recorrer a esta competência? A que áreas da competência da União se poderia aplicar? Segundo que norma de competência devem ser adoptadas essas medidas?

Em relação às potenciais áreas de intervenção, a Comissão é da opinião que se poderia aplicar o art. 83º, nº 2 ao sector financeiro, luta contra a fraude, protecção do euro, ajuda ao combate à economia subterrânea e criminalidade financeira com vista à recuperação económica, transporte rodoviário, protecção de dados, regras aduaneiras, protecção do ambiente, política das pescas e políticas do mercado interno¹²²⁹; na doutrina salientam-se p. ex. a política da agricultura, transportes, ambiente, interesses financeiros da UE e estabelecimento e funcionamento do mercado interno¹²³⁰.

Iniciemos agora a análise da norma pelo objectivo último desta competência penal anexa: a *eficácia*. Diz-se, em *geral*, que a eficácia da lei está ligada aos seus efeitos na sociedade, e inclui todas as suas dimensões: a obediência à lei, a sua aplicação, impacto e

¹²²⁷ A utilização potencial de procedimentos especiais gera algumas críticas, uma vez que se podem deste modo aprovar medidas penais com uma participação mais limitada por parte do Parlamento Europeu, órgão de legitimidade democrática na União – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 286, referindo-se aos procedimentos previstos nos arts. 192º, nº 2 e 115º TFUE (ambiente e mercado interno, respectivamente). Ficaria deste modo comprometida a legitimidade própria da UE em questões penais, que passa pela participação de um órgão que representa os interesses da entidade supranacional (Comissão), dos EM (Conselho) e do povo europeu (Parlamento) – para além, claro, da intervenção dos Parlamentos nacionais no controlo dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

¹²²⁸ O que faz com que ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 366 denomine os interesses que aqui se podem integrar de “bens jurídicos europeizados”; mais uma vez, parece-nos uma divisão, em termos de interesses, confusa, uma vez que o único critério de distinção parece ser o facto de a União exercer ou não alguma influência na sua regulação, em contraposição com os do nº 1 do art. 83º, em que o critério parece ser já a previsão expressa da competência europeia para emanar normas de DP nesses domínios.

¹²²⁹ COM(2011) 573 final, pág. 10 e 11. A Comissão não explica, no entanto, o critério que utilizou para determinar que estas áreas beneficiariam com uma futura intervenção em termos de matéria penal, o que leva alguns autores a questionar a sua capacidade de alguma vez abordar a questão de forma coerente (FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen...*, pág. 131), e outros a referir que os critérios são apenas a falta de execução eficaz ou diferenças significativas entre os EM (VERVAELE, John, “Harmonised Union policies...”, pág. 63). A clara divergência de opiniões entre a Comissão e o Conselho relativamente à aplicação deste artigo será detidamente analisada num momento posterior, aquando da problematização de uma potencial competência penal implícita da União.

¹²³⁰ HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 280 ss. Uma das problemáticas que esta competência levanta é a da compatibilidade da sanção europeia com a nacional: p. ex. na área dos transportes, ao prever-se um determinado tipo de ilícito penal é provável que este já exista para sensivelmente a mesma conduta em ambiente nacional – será então justo que se aplique uma sanção quando o percurso é europeu, e outra quando é apenas nacional? Mesmo que o EM acabe por igualar as sanções, é também provável que neste caso aumente o nível da sanção já existente internamente (de modo ainda mais flagrante quando para essa conduta só prevejam sanções administrativas), dando-se origem a um endurecimento em geral do Direito Penal sem que tal seja justificado por critérios racionais – exemplo em MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 289.

implementação¹²³¹. A *aplicação eficaz* (“effective enforcement”) da lei no contexto da UE normalmente refere-se a soluções e mecanismos legais que “não devem, na prática, tornar excessivamente difícil o gozo dos direitos Comunitários por parte dos seus beneficiários”¹²³², podendo ser também interpretado nesta acepção como um princípio que justifica a necessidade de acção europeia numa determinada área. No nº 2 do art. 83º, no entanto, a eficácia a que se refere não é a de nenhuma destas acepções, mas antes a eficácia do Direito Penal em relação à *aplicação eficaz de outras políticas da União* – neste caso, “[u]ma regulamentação sancionatória é *eficaz* quando está concebida de forma que não torne praticamente impossível ou excessivamente difícil a aplicação da sanção prevista (e deste modo a realização dos objectivos estabelecidos pelo direito comunitário)”¹²³³. Assim, a eficácia da sanção em relação aos objectivos a atingir encontra-se também intimamente ligada com o seu potencial de dissuasão: “[u]ma sanção é *dissuasiva* quando inibe um particular de violar os objectivos prosseguidos e as regulamentações comunitárias, não sendo determinante apenas o tipo e o rigor da sanção, mas também a probabilidade da sua aplicação”¹²³⁴.

As sanções penais, neste sentido, serão apropriadas para atingir os objectivos das políticas da União quando forem capazes de assegurar uma maior conformidade dos indivíduos com as normas de DUE – daí que o legislador europeu deva comprovar que a criação de normas penais é essencial ao cumprimento de outros objectivos da União (determinados nas suas políticas não penais), demonstrando o seu efeito positivo no incremento do cumprimento dessas normas europeias por parte dos indivíduos¹²³⁵.

¹²³¹ ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 374.

¹²³² HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 46 (tradução livre). A eficácia do Direito da UE nesta acepção pode ser associada à protecção judicial efectiva existente nos EM para assegurar os direitos concedidos pela UE aos seus cidadãos (arts. 19º TFUE e 47º CDFUE) – com desenvolvimento em relação ao tema, *ibid*, pág. 47 ss.

¹²³³ Opinião da AG Juliane Kokott no âmbito do processo C-387/02 (*Berlusconi*), § 88; como também esclarecido na Opinião do AG Van Gerven no âmbito do processo C-326/88 (*Hansen*), § 8, “«Eficazes» significa designadamente que os Estados-membros são obrigados a procurar atingir e implementar os objectivos das disposições do direito comunitário em causa”.

¹²³⁴ Opinião da AG Juliane Kokott no âmbito do processo C-387/02 (*Berlusconi*), § 89. Estes argumentos baseiam-se no pressuposto de que o agente criminoso é racional, e portanto mede todos estes factores antes de agir: a probabilidade do seu crime ser descoberto, a celeridade da sanção, a probabilidade de ser efectivamente condenado e a severidade da sanção – ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 375. Esta continua a ser uma teoria penal criminologicamente contestada, que se aplica apenas com razão a determinados tipos de crime e determinados agentes (mormente crimes económicos, cujos agentes tendem a agir de modo mais racional e a efectuar uma análise custo-benefício entre crime e sanção).

¹²³⁵ Não são ainda evidentes os bens jurídicos ou interesses que a União quer proteger quando define as regras mínimas de uma incriminação, e isto também por se tratarem de conceitos amplos que se destinam a ser integrados e conformados na esfera nacional – é aqui bastante eloquente o exemplo do “*cybercrime*” dado por KAIAFA-GBANDI, Maria, “The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law”, *in* *European Criminal Law Review*, nº 1, 2011, pág. 13, cujo conteúdo *merecedor* de protecção penal não se consegue definir com precisão. Certo parece ser, no entanto, que não se qualifica como legítima a adopção de uma medida penal apenas para que se assegure o cumprimento do Direito da União (*lato sensu*). De facto, foram definidos na doutrina certos requisitos para que esta intervenção ao nível europeu fosse legítima, nomeadamente: se os interesses a proteger derivarem do Direito originário da UE; se as Constituições dos EM, assim como os princípios fundamentais da CDFUE, não forem violados; se as actividades contra as

O “verdadeiro filtro selectivo”¹²³⁶ das áreas onde poderá ser utilizada esta competência anexa será o conceito de *indispensabilidade* das medidas penais, que permite avaliar da necessidade de adopção das mesmas – corresponde o carácter “indispensável” dessas medidas ao critério da necessidade penal, ou deve ser considerado algo diferente? Em termos linguísticos¹²³⁷, a indispensabilidade traduz-se em algo de que não se pode prescindir, algo absolutamente necessário para que se alcance ou obtenha determinada consequência; assim, o ónus de justificação que se coloca sobre o legislador penal europeu para uso desta competência é bastante adstringente, devendo este conseguir demonstrar que sem sanções criminais acopladas a eficaz implementação de uma determinada política europeia não conseguirá ser alcançada¹²³⁸. O problema com o critério da eficácia (quando não visto em relação à sua absoluta necessidade¹²³⁹) é que não constitui limite algum para o legislador: assume-se que as sanções do Direito Penal serão eficazes na repressão de comportamentos de desrespeito ao disposto por outras normas, sem se atentar na natureza em si reprovável da conduta que se proíbe, algo que deve estar presente para que se possa *censurar* esse comportamento através, precisamente, da previsão de sanções penais¹²⁴⁰. O critério da eficácia no âmbito do nº 2 do art. 83º TFUE não deve por isso, na nossa opinião, ser lido *autonomamente*: é legítimo que se pondere a necessidade de sanções penais para assegurar a eficaz execução de uma política da

quais se pretende reagir penalmente forem susceptíveis de causar danos significativos à sociedade ou indivíduos – “A Manifesto on European Criminal Policy”, *in* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, pág. 707.

¹²³⁶ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 776 (tradução livre).

¹²³⁷ Uma outra questão que surge associada ao vocábulo utilizado é a de saber se essas medidas têm que ser “indispensáveis”, “essenciais” ou “necessárias”, já que existe uma ligeira discrepância nas traduções oficiais do TFUE: enquanto as versões italiana, francesa, alemã e portuguesa referem o carácter “indispensável” das medidas penais, a versão espanhola optou por “imprescindível” e a inglesa por “essencial”; as versões sueca e dinamarquesa (analisadas em ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 376) utilizam o conceito de “necessário” e “absolutamente necessário”, respectivamente.

¹²³⁸ ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 377.

¹²³⁹ O TJ desenvolveu para outras questões o teste para saber se as medidas adoptadas são “manifestamente inapropriadas” (nomeadamente para áreas onde a UE tem poderes mais amplos, como agricultura, transportes, ambiente, política social e saúde) – para uma revisão da jurisprudência do TJ relacionada com a aplicação desse teste nas áreas não penais, v. ÖBERG, Jacob, “Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, No. 19, 2011, pág. 294 a 301; no entanto, após análise argumenta-se que este teste já desenvolvido não é apropriado para aplicação à matéria penal, tendo em conta o seu carácter mais restritivo e especial natureza das suas sanções, pelo que seria necessário o TJ analisar as medidas penais propostas, em relação ao seu carácter essencial, à luz dos princípios especificamente penais, como *ultima ratio* e proporcionalidade, tendo em conta ainda factos que corroborem essa estrita necessidade – com desenvolvimento, *ibid*, pág. 302 a 313 (fazendo ainda um caso de estudo acerca da necessidade de sanções penais na área da concorrência), e ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 383 a 385.

¹²⁴⁰ Em geral a questão da eficácia do Direito Penal só é equacionada quando já se determinou previamente que existe um comportamento que deve ser de alguma forma controlado (segundo um outro critério substantivo – no caso da nossa análise, segundo o princípio da protecção de bens jurídicos ou segundo o *harm principle*); na ponderação entre o desvalor que esse comportamento representa e os efeitos negativos ínsitos ao DP (o estigma, a limitação dos Direitos Fundamentais das pessoas, etc.), encontra-se normalmente o equilíbrio que determina se as medidas penais são necessárias ou não, tendo ainda em conta a eficácia de outras medidas (como sanções civis ou administrativas). Na UE, “o problema é que o princípio da eficácia encontrou o seu caminho de forma prematura até à agenda [criminal], perguntando-se ‘Podemos fazer isto?’ em vez de mais tarde perguntarem ‘Devemos fazer isto?’” – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 57 (tradução livre).

União, *desde que* primeiro se averigúe, segundo um princípio de criminalização substantivo, se existe algo nessa política europeia que deva de facto estar sujeito à protecção típica do Direito Penal – e desta forma ultrapassam-se as principais críticas à competência anexa estipulada deste modo, já que não levaria ao estabelecimento de um DP puramente ligado à protecção de normas. Concluindo-se pela existência de um valor ou interesse digno de protecção penal, avalia-se então da contribuição do DP para a execução eficaz da política (ou melhor, dos *aspectos em concreto* dessa política) ligada a esse interesse – o que acontecerá quando as medidas penais forem *indispensáveis* (forem mais eficazes do que as de natureza diversa¹²⁴¹) para a mesma, justificando dessa forma a violação de outros interesses legítimos que o Direito Penal ocasiona.

Esta condição acaba, por isso, por ser *mais restritiva* do que o normal critério de necessidade penal que se avalia dentro do princípio da proporcionalidade: só *após* se efectuar essa avaliação acerca da necessidade de previsão de medidas penais para protecção de um interesse específico se deve ponderar a necessidade de essas sanções serem determinadas *a nível europeu*, se se comprovar de facto que o estabelecimento da natureza penal e nível da sanção é indispensável – é, no fundo, uma dupla avaliação do critério da necessidade penal, ou uma análise deste em dois níveis distintos o que deve estar em causa¹²⁴².

¹²⁴¹ Em relação ao potencial limite que o próprio princípio da eficácia constitui ao exercício da competência penal da União, argumenta ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 379 que este poderá ser atingido se se ler o disposto no nº 2 do art. 83º como exigindo do legislador europeu provas empíricas não só da eficácia do DP na execução eficaz da política em causa, mas também provas de que o DP é mais eficaz do que outras sanções para que se atinja esse objectivo (o autor refere ainda vários factores que determinam a obediência dos cidadãos às normas penais, como a interiorização das mesmas, o sentido de dever que devem instilar, etc.). Essa prova, continua, deve ser avaliada segundo critérios de qualidade e quantidade, mas não ser de tal forma restritiva que não permita nunca a justificação da necessidade de adopção de medidas penais (v. a análise efectuada, *ibid*, pág. 379 e 380). Enquanto limitação ao exercício da competência penal da UE tudo isto se deve subscrever; enquanto princípio para averiguar da *legitimidade* do DP emanado pelo União, este critério nunca poderá ser suficiente.

¹²⁴² Para que se torne mais claro, imaginemos um exemplo: conclui-se na esfera europeia que na área dos transportes existem várias infracções que colocam em causa a execução eficaz dessa política europeia; antes de se determinarem sanções para esses comportamentos, deve ser avaliado o princípio da proporcionalidade (em abstracto), chegando-se potencialmente à conclusão de que teoricamente algumas medidas penais se revelariam adequadas, necessárias e seriam proporcionais – este seria o primeiro nível de avaliação da necessidade penal (não nos esquecendo que antes deveria ser definido o interesse digno de protecção penal em causa). De seguida, no entanto, para que se devesse fazer uso da competência anexa prevista neste artigo, teria que se avaliar da necessidade dessas sanções serem estipuladas no plano europeu: imagine-se que num EM os comportamentos são de tal forma desrespeitadores das normas europeias sobre transportes (que se relacionam com o interesse a proteger) que se justificaria a previsão de medidas penais, mas numa maioria de EM, devido à organização do seu ordenamento jurídico (p. ex. previsão de medidas sancionatórias administrativas) ou ao respeito em geral pelas normas específicas da política dos transportes relacionadas com o interesse que se pretende proteger, já seria suficiente a previsão de sanções de natureza diversa – neste caso, já não seria *necessário* que essa decisão legislativa fosse tomada pelas instâncias europeias, sendo mais apropriado que se determinasse apenas a previsão de sanções adequadas, dissuasivas e proporcionais (amenizando assim os efeitos adversos da penalização europeia, como o endurecimento em geral do DP nos EM, a ampliação desmedida da competência da União, a preservação da coerência interna do ordenamento jurídico dos EM, ou a expansão de um circuito onde não há grandes possibilidades de revisão ou reponderação da criminalização efectuada). É por este motivo que o requisito da necessidade penal neste artigo adquire uma qualidade mais restritiva do que o normal: enquanto nos Estados se fica pela avaliação do primeiro nível, na UE deve existir o segundo devido à presença de múltiplos ordenamentos cujas necessidades devem ser conjugadas. Esta não parece ser, no entanto, a opinião da Comissão: em vez de providenciar argumentos sólidos baseados em factos para justificar a necessidade de adopção de medidas

Continuando na análise ao nº 2 do art. 83º, vemos que surgem agora dois requisitos de carácter processual¹²⁴³, que se somam ao de natureza substancial anterior: ser um “domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização”, e o processo legislativo segundo o qual devem ser adoptadas as medidas penais.

Em relação ao primeiro, podemos sem grande hesitação afirmar que se deve tratar de medidas *legislativas* de harmonização, sobretudo tendo em atenção que as medidas penais devem ser adoptadas de acordo com o “processo *legislativo* ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adopção das medidas de harmonização em causa” – portanto, devem existir medidas legislativas (em Directivas ou Regulamentos¹²⁴⁴) que harmonizem o domínio em causa. Uma das questões levantadas em relação a esta parte da disposição é o nível de harmonização requerido: pode ser apenas mínima harmonização, harmonização parcial, ou já total? Tendo em conta que não se faz referência alguma no Tratado, terá que se considerar que este requisito ficará satisfeito simplesmente com a *existência*¹²⁴⁵ de medidas legislativas de

penais, limita-se a enunciar argumentos vagos e formulados de um modo geral que não conseguem precisar o carácter indispensável da adopção dessas medidas. Para uma interessante análise dos argumentos justificativos por ocasião do primeiro exercício legislativo baseado nesta competência, v. MIGLIETTI, Marta, “The First Exercise of Article 83(2) TFEU under Review: An Assessment of the Essential Need of Introducing Criminal Sanctions”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 01, 2014, pág. 16 ss. Partilhando dessa opinião, HERLIN-KARNELL, Ester, “European Criminal Law as an Exercise in EU ‘Experimental’ Constitutional Law”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 3, 2013, pág. 460: “[...] it seems as if the same EU legislative justifications are at work here, such as regarding the market rationale and the need for harmonization in criminal law”; v. também, da mesma autora, HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional...”, pág. 271.

¹²⁴³ Concordamos com a rejeição da posição que faz com que ao nº 2 do art. 83º se apliquem os mesmos requisitos constantes do nº 1 do mesmo artigo (nomeadamente tratar-se de criminalidade particularmente grave): nada indica que esse requisito se deva estender para lá do nº 1, assim como se poderia mesmo revelar “disfuncional”, se existir realmente uma área que necessite de harmonização de medidas penais, mas que não consiga ser subsumida ao conceito de “criminalidade grave” – BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Vol. 1, 2012, pág. 68. O facto de não ser aposta a esta disposição qualquer cláusula de limitação como aquela constante do nº 1 é ainda realçado por PEERS, Steve, “EU Criminal Law...”, pág. 519, numa interpretação *a contrario* da disposição.

¹²⁴⁴ ÖBERG, Jacob, “Union Regulatory Criminal Law...”, pág. 314 – referindo também que não é provável, dado o inciso acima citado, que as medidas de harmonização em causa possam ter decorrido directamente de normas dos Tratados.

¹²⁴⁵ WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 17. Questão diferente é aquela colocada por MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 287: “[...] si la intención del legislador de Lisboa era la de incluir cualquier tipo de armonización o tan solo la estrictamente penal”. Parece-nos que não faria sentido prever uma competência penal acessória para proceder à harmonização de normas *já com carácter penal anteriormente harmonizadas*, pelo que aqui referir-nos-emos sempre a esta prévia harmonização em relação precisamente a normas *não penais*, dado que de outro modo esta disposição ficaria sem sentido útil – apesar de, como a autora refere, isso levar a que os limites desta competência sejam de facto “muito marginais”, restringidos que estão apenas pelos requisitos aí mencionados (mas por isso mesmo se configura este nº 2 como uma cláusula de extensão de competência da União). Alertando também para esta questão, HERLIN-KARNELL, Ester, “European Criminal Law as an Exercise...”, pág. 464, reafirmando não só a necessidade de uma “bússola constitucional” para o DPE como também, agora, “the super power of sidestepping the EU-*Hegelian owl of Minerva* who spreads its wings at dawn” (sublinhados da autora). Esta autora esclarece por isso que deve existir alguma dimensão da UE que com isso beneficie, não se considerando legítima uma intervenção nestes termos apenas e só com o objectivo de assegurar uma uniformidade dos Estados europeus – HERLIN-KARNELL, Ester, “The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice”, in *European Policy Analysis*, Issue 3, Abril 2008, pág. 5/6.

harmonização – que, contudo, devem prover harmonização suficiente para que se denote a necessidade de normas penais para assegurar a sua eficaz execução¹²⁴⁶.

Mesmo assim, esta norma não indica se essas medidas devem preexistir obrigatoriamente às de carácter penal ou se podem ser adoptadas em simultâneo com estas últimas¹²⁴⁷, já que o procedimento para adopção das medidas penais segue, de qualquer modo, o procedimento para adopção das medidas legislativas não penais de harmonização. Por uma questão de coerência legislativa, é sugerido que essas medidas de harmonização prévias se encontrem num instrumento legislativo separado daquele onde se adoptam depois as medidas penais – desde logo, o uso do verbo no pretérito¹²⁴⁸ indica, de acordo com o elemento literal, que as medidas de harmonização devem preexistir em relação às medidas penais (logo, o mesmo instrumento não seria susceptível de simultaneamente harmonizar e criminalizar). Por outro lado, para que se determine (pelo menos em relação já ao segundo nível de necessidade penal – o europeu) a indispensabilidade das medidas penais é preciso que essa política harmonizada se encontre em prática nos EM e se verifique a insuficiente ou defeituosa implementação ou cumprimento da mesma – algo que, mais uma vez, só se consegue fazer se os instrumentos legislativos forem diferentes¹²⁴⁹. A adopção simultânea, e portanto no mesmo instrumento¹²⁵⁰, de normas de harmonização (não penais) e normas penais passaria a ser, no

¹²⁴⁶ Avaliando essa questão a propósito da política da concorrência, ÖBERG, Jacob, “Union Regulatory Criminal Law...”, pág. 314 ss.

¹²⁴⁷ WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 18.

¹²⁴⁸ “[...] tenha sido objecto”; nas diferentes versões linguísticas consultadas também se verificou a utilização dos verbos no passado.

¹²⁴⁹ Parece, por isso, que uma das desvantagens que se via no procedimento anterior ao Tratado de Lisboa – nomeadamente o facto de se deverem colocar as normas relativas a uma determinada matéria num instrumento legislativo, seguido de uma DQ em separado no caso de ser necessário criminalizar alguma conduta – não foi inteiramente ultrapassada em relação à competência anexa da União – pese embora a opinião de HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 279: “Die früher im Bereich des Strafrechts praktizierte ‘doppelgleisige’ Gesetzgebung (Richtlinie der EG plus RB des Rates) gehört damit der Vergangenheit an”. Esta é, no entanto, a única interpretação lógica deste preceito, porque de outro modo, mesmo desconsiderando o elemento literal, não se consegue avaliar verdadeiramente da indispensabilidade de sanções penais para a execução eficaz da política da União, porque ainda não foi concedida aos EM nenhuma possibilidade de intervirem e regularem essa política de acordo com o que considerarem mais adequado ao seu ordenamento e realidade social. No mesmo sentido, FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen. Les enjeux d’une justice pénale européenne*, 2e Edition, Bruxelles, Larcier, 2014, pág. 130: “[...] une approche globale dans le cadre d’un seul instrument paraît exclue. Il faudra d’abord un instrument d’harmonisation dans le domaine et c’est l’existence de celui-ci qui justifiera l’adoption d’un autre instrument de caractère pénal. [...] Par contre, à la différence de ce que semblait permettre la Cour, le traité ne permet pas d’adopter dans un seul instrument les dispositions prises dans le cadre de la politique concernée et les dispositions pénales destinées à garantir l’effectivité de cette politique. Il y a donc nécessairement deux instruments différents, pris sur des bases juridiques différents”.

¹²⁵⁰ Convém referir, no entanto, que mesmo que seja possível a adopção de um Regulamento para as regras de harmonização em questão, o nº 2 do art. 83º obriga a que as medidas penais sejam previstas em Directivas, pelo que nesse caso ou se opta pela adopção de dois instrumentos diferentes, ou se opta pela Directiva para a totalidade da regulação a efectuar. Numa opinião algo diferente, afirma HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 279, que a obrigação de utilização de sanções penais por parte dos EM também pode estar contida num Regulamento, mas nesse caso as normas do Regulamento que dissessem respeito à matéria penal e à obrigação de criminalização por parte dos EM teriam que ser elaboradas segundo uma técnica idêntica à utilizada nas

entanto, possível quando já não estivesse em causa uma primeira intervenção no sentido de harmonizar o domínio em questão¹²⁵¹, mas se tratasse de uma intervenção legislativa posterior (no sentido de modificação da regulação já existente) – aqui não há qualquer objecção nem em relação ao carácter anterior das medidas de harmonização (porque de facto já existiam), nem a não ser possível averiguar o défice de cumprimento dessa política (porque essas medidas podiam sofrer de uma fraca execução).

Neste caso, deve ainda perguntar-se qual a norma de competência a utilizar por parte da UE – deverá ser apenas o art. 83º, nº 2 ou a norma que estabelece a competência primária da União para as medidas de harmonização não penais, englobando esta também automaticamente, agora que é reconhecida a sua existência, a possibilidade de incluir normas com conteúdo penal? Ao contrário do que acontece com a competência penal autónoma reconhecida no nº 1 deste artigo, a competência exercida ao abrigo do nº 2 não pode basear-se apenas nesta norma, necessitando também da disposição do Tratado que confere competência à União para legislar sobre a matéria primária não penal¹²⁵²; também não deverá ser exercida apenas ao abrigo da norma de competência primária, pois dessa forma eximir-se-ia o legislador europeu ao cumprimento dos limites impostos pelo art. 83º¹²⁵³ – é necessária, por isso, uma dupla base legal para que se adoptem os instrumentos legislativos em causa.

A primeira característica a apontar de forma crítica a esta disposição é que a motivação subjacente à previsão desta segunda extensão da competência penal da União¹²⁵⁴ é principalmente garantir a eficácia do DUE¹²⁵⁵, o que por si só é criticável: o Direito Penal não deve ser utilizado apenas como meio para garantir a imposição de outras normas¹²⁵⁶ – mas aqui

Directivas, deixando por isso alguma discricionariedade aos Estados, de forma a que, “excepcionalmente, seja necessária e permitida uma transposição do Regulamento através de um acto legislativo nacional” (tradução livre).

¹²⁵¹ Da mesma opinião parece partilhar SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 78, quando diz que o elemento literal do nº 2 do art. 83º exclui “a aproximação do Direito Penal ao mesmo tempo da (inicial) aproximação das provisões legislativas não penais” (tradução livre).

¹²⁵² HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 279.

¹²⁵³ MIGLIETTI, Marta, “The First Exercise of Article 83(2) TFEU under Review...”, pág. 13.

¹²⁵⁴ O que alguns autores afirmam ser de compatibilidade duvidosa com o princípio da atribuição de competências – AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 474; opinião partilhada por HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 65: “viewing Article 83(2) TFEU as a *carte blanche* would [...] render the attribution of powers illusory”.

¹²⁵⁵ MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 285. Uma das questões que se pode legitimamente colocar aqui (como faz Valsamis Mitsilegas) é a da eficácia desta disposição quanto ao seu objectivo: se se pretende através dela assegurar a eficácia de uma certa política da União, como se vai atingir isso, tendo em conta que há países que não se encontram abrangidos por essa medida de harmonização penal a menos que optem por isso? Por outro lado, Shaw coloca dúvidas no que concerne a esse sistema de *opt out* (referindo-se ao Reino Unido, mas que se aplica a qualquer EM que tenha feito essa ressalva): “It is hard to see how the UK can opt out of that since it could not opt out from the underlying harmonisation measures.” – ambas as opiniões retiradas de House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007-08, “The Treaty of Lisbon: an impact assessment – Volume I: Report”, pág. 148.

¹²⁵⁶ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 776: “[...] ici l'évaluation de la nécessité de la peine ne fait pas référence à l'intérêt protégé, mais à la mise en oeuvre efficace d'une *politique de l'Union*” (sublinhados do autor). No mesmo sentido, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 287, concluindo que esta é “uma competência

trata-se, no fundo, de nivelar a protecção de certos interesses comunitários (que podem ser próprios da União ou comuns) em todo o território da UE para que diferentes níveis de protecção legal dos mesmos não tenham um efeito adverso no mercado comum¹²⁵⁷. Esta crítica pode ser suavizada quando se conjuga esta extensão de competência com a necessária aplicação de alguns princípios que são indissociáveis quer do DP quer do DUE: o princípio da *ultima ratio*¹²⁵⁸, da subsidiariedade e da proporcionalidade¹²⁵⁹, que farão com que seja mais difícil à Comissão justificar a necessidade de utilização de medidas penais em casos que não aqueles onde se demonstre de facto existir um défice de implementação¹²⁶⁰ ou protecção de tal modo significativo que só poderá ser ultrapassado através da utilização de medidas com carácter penal – estes princípios zelarão assim também por uma interpretação restritiva desta disposição¹²⁶¹.

meramente funcional que desemboca na administrativização do Direito Penal” (tradução livre); e ainda, salientando o carácter mais instrumental desta competência, HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 310.

¹²⁵⁷ AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 474. Isto não significa que não se possa ter em vista na mesma a protecção primária de normas: tendo sido já uma área alvo de harmonização anterior, pode dar-se o caso de se pretender proteger o interesse subjacente a essa harmonização prévia através de medidas penais que visem a criminalização da infracção a essas normas; o que se deve ter em atenção, particularmente na competência acessória, é se existe de facto um interesse último com dignidade penal autónoma, ou se se pretende apenas sancionar a desobediência normativa (que se deve bastar com sanções administrativas, quando necessárias) de forma mais grave para que assim se procure aumentar a conformidade civil para com essas normas. Para uma análise do potencial funcionalista desta norma, v. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito Penal Europeu Pós-Lisboa – Um Direito Penal Funcionalista?” in SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017.

¹²⁵⁸ A própria Comissão reconhece a necessidade de verificar o respeito por este princípio antes de se adoptarem medidas penais, devendo ser avaliado em primeiro lugar se medidas de natureza diversa conseguirão atingir o objectivo pretendido sem que tenha que se recorrer ao DP – COM(2011) 573 final, pág. 7.

¹²⁵⁹ AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 474 – o autor conclui que a aplicação destes princípios terá um efeito naturalmente inibidor da extensão da competência penal da União, uma vez que “wird es in der Union in vielen Bereichen nicht möglich sein, die Erforderlichkeit, (höhere) Effizienz und Verhältnismäßigkeit einer europastrafrechtlichen Regelung nachzuweisen”.

¹²⁶⁰ Segundo a opinião do Tribunal Constitucional Alemão – 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 362: “Damit dieser Ausnahmetatbestand erfüllt ist und die Ermächtigung zur Strafgesetzgebung im Annex als übertragen angenommen werden kann, muss nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann”. O Tribunal continua (no mesmo parágrafo) afirmando que esses critérios de validade são também aplicáveis aos domínios onde uma competência penal anexa foi já assumida pelo TJ. A doutrina salienta ainda que se deve tratar de uma conduta sem dúvida merecedora de punição, e que esta deve ser mantida numa escala menos rigorosa no plano europeu: “Unionsrechtlich dürfte in weniger strenger Maßstab gelten, und es dürfte genügen, dass es um zweifelsohne strafwürdiges und strafbedürftiges Unrecht geht, das straflos zu lassen nicht mehr vertretbar wäre” – VOGEL, Joachim, “Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV”, in AMBOS, Kai, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2011, pág. 46.

Em relação a este défice de implementação ou execução eficaz de tal forma grave que necessita da coadjuvação de normas penais, refere-se ainda que antes de recorrer à competência penal anexa os órgãos europeus deviam primeiro ponderar o *porquê* da existência desse défice, e avaliar de forma séria se o motivo não estará na verdade nas próprias normas que procedem à harmonização primária em causa, já que o “Direito Penal não deve servir para cimentar DUE fracassado” (*verunglücktes EU-Recht*, no original) – SCHRÖDER, Christian, “Perspektiven der Europäisierung...”, pág. 496.

¹²⁶¹ Ou, pelo menos, esse é o resultado que se pretende: o princípio da *ultima ratio*, combinado com o princípio da subsidiariedade, deve esclarecer porque é que as sanções civis ou administrativas não são suficientes, assim como os motivos pelos

A doutrina critica também a *indispensabilidade* de protecção penal de políticas europeias, argumentando que se deixa deste modo o campo do DP teleológico para passar a um DP normativista¹²⁶² ou funcional, para além de não se conseguir de qualquer modo assegurar o cumprimento do objectivo pretendido (a eficácia do DUE) devido à presença do travão de emergência e previsão do mecanismo de cooperação reforçada, que introduzem (ou podem introduzir) ainda mais discrepância no modo como essa política é implementada no território da União¹²⁶³.

A possibilidade que acima se referiu das normas com natureza penal se encontrarem previstas no mesmo instrumento que regula o domínio da política europeia em causa dá ainda origem a um problema de legitimidade democrática, algo caro ao Direito Penal: este resulta do facto de se prever, para a adopção dessas medidas, a utilização do mesmo procedimento previsto para a matéria não penal, o que no caso de se tratar de um procedimento legislativo ordinário não provoca muitas diferenças, mas quando se prevê um procedimento legislativo

quais as sanções existentes nos EM não são suficientes – COM(2011) 573 final, pág. 7. Alguns elementos devem ser tidos em conta durante essa avaliação: a gravidade e a natureza da infracção, a importância de sublinhar uma forte desaprovação dessa conduta de modo a aumentar o carácter dissuasivo da sanção, e a eficácia do regime de sanções existente nos EM – *ibid.*, pág. 11. A doutrina sublinha, como já vinha fazendo no âmbito do regime anterior, que são necessárias análises baseadas em factos e avaliações de impacto para que se possa negar ou confirmar o cumprimento do princípio da subsidiariedade, não devendo o legislador europeu basear-se apenas no valor “abstracto, simbólico e dissuasivo” do DP para afirmar que se mostram necessárias medidas penais em relação a uma determinada política – MIGLIETTI, Marta, “The First Exercise of Article 83(2) TFEU under Review...”, pág. 11. No fim, no entanto, serão os EM a decidir sobre o cumprimento do requisito substantivo do nº2 do art. 83º, na medida em que decidem adoptar ou não o instrumento legislativo em causa – SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1389.

¹²⁶² SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 776, argumentando ainda que uma incriminação pode mostrar-se perfeitamente apta a defender uma norma, mas inapta a proteger um interesse, dando para isso o exemplo do já conhecido Ac. do TJ nos casos da utilização de sanções penais relacionadas com o ambiente: “[...] dans le cadre d’une évaluation de la nécessité (ou de l’indispensabilité) de la peine, qui fait référence à la finalité de garantir une exécution efficace des politiques environnementales, il est tout à fait logique et opportun de considérer que ces normes d’incrimination peuvent être parfaitement cohérentes. [...] de cette façon, la norme peut être considérée comme indispensable. Si, *en revanche*, on se réfère non plus à la protection de la norme, mais à celle de l’intérêt (l’environnement), les choses changent radicalement. Les sanctions pénales basées sur le dommage sont incapables de servir de bastion pour la défense du bien environnemental, compte tenu de la difficulté chronique de démontrer, dans un procès pénal, le lien de causalité existant entre un comportement isolé et le dommage à l’environnement [...] Dans l’optique de la défense de l’intérêt protégé, donc, ces normes paraissent inutiles, et ne peuvent certainement pas être considérées comme nécessaires” – como se pode depreender do exemplo utilizado pelo autor, a questão da indispensabilidade ou necessidade de recorrer ao DP estará intrinsecamente ligada ao princípio de criminalização utilizado, e também, dentro deste, à opinião que se tenha de determinados temas mais ou menos problemáticos (como é o caso, em relação especificamente ao bem jurídico, da legitimidade de defesa através do Direito Penal de bens colectivos).

¹²⁶³ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 777 e 778 – deste modo o requisito da indispensabilidade das normas penais para assegurar a execução eficaz de uma política da União já não se encontraria preenchido, automaticamente, no âmbito de uma cooperação reforçada, porquanto deixaria de ser eficaz ao ser apenas parcial. Neste caso, afirma o autor, ou a condição da sua indispensabilidade é ignorada e instaura-se uma cooperação reforçada – caso em que este requisito se torna vazio –; ou se interpreta “de modo sério” a indispensabilidade, caso em que qualquer cooperação reforçada teria que ser bloqueada, por já não se cumprirem as condições primárias para que a União fizesse uso da sua competência penal anexa. O mesmo salienta MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 291, concluindo que a verificar-se essa situação a eficácia do DUE vê-se paradoxalmente mais comprometida do que antes, uma vez que se aplicará aos EM que não integrem a cooperação reforçada a Directiva não penal, e não se aplicará a Directiva que assegura o seu cumprimento através da previsão de medidas penais (ou disposições não penais / penais da Directiva conjunta).

especial pode fazer com que o DPE fique sujeito às mesmas críticas de que era alvo no âmbito do Terceiro Pilar (nomeadamente a concentração do poder de decisão no Conselho). O motivo para que se tenha optado por esta solução parece ser claro: se ao regular de novo uma determinada matéria fosse necessário incluir também normas penais (no mesmo instrumento legislativo), tal não poderia ser feito se para umas e outras se devesse seguir um procedimento diferente; no entanto, isso desconsidera algumas especificidades importantes do Direito Penal e das condições da sua adopção no contexto europeu¹²⁶⁴.

γ) Regras mínimas

Os problemas levantados por este artigo encontram-se ainda longe de estar resolvidos, devido ao emprego, em ambos os números analisados, da expressão “regras mínimas”, que não é aqui tão simples de interpretar como no artigo precedente. O termo “mínimas” implica, tal como em relação ao art. 82º, que os EM deverão assegurar internamente (no acto legislativo de transposição) pelo menos os elementos definidos no instrumento europeu, o que significa que podem considerar que esse nível mínimo é suficiente¹²⁶⁵ ou escolher conceder ao interesse em causa um maior grau de protecção – ao contrário daquele artigo, no entanto, esse maior grau de protecção não resulta a favor das pessoas, mas sim em favor do carácter repressivo do Direito Penal, pois em causa estariam níveis de sanções mais altos ou definições mais amplas da conduta a ser criminalizada¹²⁶⁶. A definição apenas de regras mínimas por parte da UE

¹²⁶⁴ Colocar-se-ia de imediato o problema de, existindo alguns *opt-outs* em matéria penal, termos um só instrumento legislativo europeu cujas normas não poderiam legitimamente aplicar-se a todos os EM – neste caso resulta menos estranha a adopção de dois instrumentos em separado, porque pelo menos um deles, na sua totalidade, aplicar-se-ia a todos os EM, enquanto o outro não; por outro lado, para voltarmos à crítica com que abrimos o parágrafo, isso pode provocar de novo a adopção de medidas penais segundo procedimentos pouco democráticos, quando as medidas de harmonização em causa só previrem, p. ex., a consulta do Parlamento e não a sua participação – é o caso do exemplo analisado por ÖBERG, Jacob, “Union Regulatory Criminal Law...”, pág. 315 e 316, em relação à concorrência. O autor faz uma interpretação das normas que lhe permite optar pelo art. 114º TFUE (procedimento ordinário) em vez do art. 103º (procedimento especial), acabando por sugerir a existência de dois instrumentos legislativos separados também, mas nada garante que uma opção semelhante exista em todas as áreas de competência da União, ou que as instâncias europeias optem por essa abordagem, pelo que deveria ter sido previsto para o exercício desta competência penal anexa, à semelhança da estipulada no nº 1 do art. 83º, o procedimento legislativo ordinário, independentemente do previsto para as normas de harmonização em causa.

¹²⁶⁵ No caso de considerarem que as suas normas internas já existentes correspondem pelo menos ao nível mínimo exigido pelo DUE, aos EM assiste, de acordo com a margem de discricionariedade que lhes é concedida, também um direito de inacção – ou seja, de não transporem a Directiva em causa se todos os elementos mínimos desta (em termos de normas de conduta e sanções) se encontrarem já respeitados no plano nacional – assim, SCHRÖDER, Christian, “Perspektiven der Europäisierung...”, pág. 503. Algo diferente acontece quando a norma penal faz uma remissão directa para Direito da UE já totalmente harmonizado (normas penais em branco) – neste caso, o autor sugere que se deveria a nível nacional formular tipos legais de crime perfeitos, renunciando à técnica de remissão (*ibid*, pág. 503). Esta opinião acerca da não obrigação de transposição para o Direito interno quando este possui normas que cumpram todos os objectivos da Directiva é partilhada por HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 293 e confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça – C-59/89 (*Comissão c. Alemanha*), § 7 e 18; C-131/88 (*Comissão c. Alemanha*), § 4 e 6; C-190/90 (*Comissão c. Países Baixos*), § 19; C-363/85 (*Comissão c. Itália*), § 7; C-29/84 (*Commission v Germany*), § 23.

¹²⁶⁶ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 320.

pretende dar aos EM, numa área tão sensível como o Direito Penal, a possibilidade de melhor conformarem as exigências europeias com a coerência do seu sistema de DP (e com a sua sociedade em específico), prevendo por isso – ou devendo prever – a Directiva europeia a maior margem de discricionariedade possível aquando da transposição para o ordenamento interno.

Apesar de através deste sistema se procurar preservar um módico de autonomia dos EM nesta área, a verdade é que este acaba por gerar incerteza acerca do que podem a UE e os Estados fazer: p. ex., ao referir o Tratado “regras mínimas relativas à definição das infracções e das sanções” isso significa que no plano europeu só se poderão aproximar os elementos constituintes das condutas e sanções, com exclusão de todas as outras questões de Direito Penal?¹²⁶⁷

Abordando a questão primeiramente em relação às incriminações, pergunta-se se esses “mínimos” dizem respeito aos elementos constitutivos da incriminação, ficando assim os EM livres para acrescentar mais elementos, com a consequência de se restringirem os comportamentos abrangidos pelo tipo penal¹²⁶⁸. Há quem sugira que estes mínimos teriam também que ser máximos (assim, seriam verdadeiras disposições unificadoras das legislações), uma vez que não seria legítimo aos EM, na transposição das Directivas, consagrar nem mais elementos constitutivos da incriminação – porque esses eram o mínimo exigido em relação ao *quantum* repressivo que era objectivo da Directiva, sendo esse limiar frustrado se se acrescentassem mais elementos que dificultariam a condenação –, nem menos elementos (assim punindo mais condutas), uma vez que isso contenderia com os princípios subjacentes a toda a construção da União¹²⁶⁹.

¹²⁶⁷ WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 15. A ser esse o caso, as medidas legislativas europeias em matéria penal não cumpririam este requisito, uma vez que normalmente têm normas que se dirigem a aspectos da Parte Geral do DP ou regras sobre a jurisdição – v. a título de exemplo os arts. 5º e 11º da Directiva (UE) 2017/1371 relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (Directiva PIF). Mesmo a Comissão, na sua Comunicação acerca de política criminal europeia, reconhece esse facto – v. COM(2011) 573 final, pág. 9 (referindo que as normas mínimas geralmente contêm não só a descrição da conduta que deve ser considerada criminosa, mas também normas que se podem dirigir à punição da mesma quando cometida de forma negligente, tentativa, cumplicidade, e ainda circunstâncias que devem ser consideradas agravantes ou atenuantes, entre outros aspectos).

¹²⁶⁸ Não parece que esta interpretação possa ser a correcta, desde logo porque a adição de mais elementos constitutivos e a consequente diminuição do leque de condutas a que se iria aplicar a incriminação poderia fazer com que o acto nacional de transposição já não se encontrasse de acordo com “o propósito e o objectivo, o espírito” da legislação europeia – HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 321 (tradução livre). Para além disso, esta interpretação é problemática e difícil de justificar de um ponto de vista lógico, apesar de desta forma se obviar à crítica acerca do carácter progressivamente mais repressivo do DP a que o Direito da União dá origem – v. neste sentido WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 14 e KLIP, André, “European Criminal Policy”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 20, 2012, pág. 9 e 10. Ainda que não se possa generalizar a posição do TJ, também este vai no sentido de negar a legitimidade desta interpretação mais restritiva: no caso C-45/08 (*Spector Photo*) o Tribunal analisou a aposição de um elemento moral (inexistente na Directiva em causa) em relação ao objectivo pretendido pela mesma, concluindo que aquele não era necessário (e portanto o objectivo da legislação europeia ficaria frustrado se os EM o adiciassem), o que significa que neste contexto as regras mínimas constituíam, para este efeito, também elementos máximos.

¹²⁶⁹ NILSSON, Hans G., “How to combine minimum rules...”, pág. 670 e 671.

Nenhuma destas parece ser esta a interpretação mais acertada do conceito de “regras mínimas” – com a maioria das opiniões, sugere-se que (não obstante os efeitos adversos que isso comporta) numa dimensão europeia é definido um conjunto mínimo de *comportamentos* que deverão ser criminalizados pelos EM, estando na disponibilidade destes, caso o desejem, prever mais *comportamentos*, para além desses, que também devam ser incluídos na questão da responsabilização penal¹²⁷⁰. Vejamos um exemplo para que se torne mais claro: antes da alteração do nosso Código Penal (CP) para que ficasse conforme às exigências da DQ 2002/629/JAI, relativa ao tráfico de seres humanos, Portugal só punia esse crime quando o propósito fosse a exploração sexual das pessoas traficadas¹²⁷¹; após a reforma de 2007, passou a punir também quando o propósito fosse a “exploração do trabalho ou extracção de órgãos” (art. 160º), assim aumentando o acervo de comportamentos puníveis de acordo com os mínimos estabelecidos na União; na sua actual versão, e para se adequar mais uma vez aos padrões exigidos pela legislação europeia¹²⁷², inclui ainda “a mendicidade, a escravidão, ou a exploração de outras actividades criminosas”. Do mesmo modo, se a situação fosse a inversa (ou seja, se Portugal punisse mais do que esses propósitos especificados) não teria que diminuir o seu acervo de condutas puníveis para se conformarem com os mínimos europeus, uma vez que estes são, exactamente, *mínimos*.

Sendo, no entanto, actos legislativos que necessitam de transposição para a ordem jurídica interna para que possam aplicar-se aos cidadãos, coloca-se a questão de saber se os tipos penais necessitam de ser transpostos de acordo com a formulação utilizada na Directiva, ou se é suficiente que correspondam ao sentido pretendido por aquela – de acordo com a jurisprudência do TJ, para que se avalie do cumprimento das obrigações decorrentes das Directivas nos EM basta que exista legislação¹²⁷³ nesse Estado que cumpra com o objectivo da mesma, e que “garanta efectivamente a sua plena aplicação de forma suficientemente clara e precisa”¹²⁷⁴. Especificamente em relação ao Direito Penal, poderia até não ser possível a transposição literal da Directiva, devido ao estrito cumprimento do princípio da legalidade

¹²⁷⁰ Também neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 114, e WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 14. O TJ também parece confirmar esta posição: no seu Ac. C-28/99 (*Verdonck*), § 30 a 35, concluiu que o legislador nacional poderia legislar de forma mais severa do que a Directiva, desde que o fizesse de modo geral, sem singularizar nenhum grupo de destinatários.

¹²⁷¹ Art. 169º CP, na sua versão anterior a 2007.

¹²⁷² Redacção dada pela L 60/2013, que transpõe para o ordenamento português a Directiva 2011/36/EU, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, que substitui a DQ 2002/629/JAI.

¹²⁷³ Apesar de não ser absolutamente necessário proceder a um acto de transposição concreto de uma Directiva se já existirem no ordenamento normas que dêem cumprimento aos seus objectivos, o TJ sublinhou que é absolutamente necessário que se verifique a existência de *legislação* – normas com carácter vinculativo e obrigatório –, não sendo por isso suficiente nem outro tipo de instrumentos legais sem carácter vinculativo, nem a existência de práticas conformes ou inexistência de práticas discordantes da Directiva em causa – v. respectivamente Ac. TJ nos casos C-59/89 (*Comissão c. Alemanha*), § 23; C-131/88 (*Comissão c. Alemanha*), § 8 e 9; C-339/87 (*Comissão c. Países Baixos*), § 25.

¹²⁷⁴ C-59/89 (*Comissão c. Alemanha*), § 18.

(*lex certa*) que deve ser observado; esta deveria ser, aliás, até a situação mais normal de acontecer, uma vez que sendo “regras mínimas” fica implícito que ao EM será deixado um certo âmbito discricionário¹²⁷⁵, o que não acontece quando a formulação europeia é já tão precisa que, para que se cumpram as exigências desta, não resta alternativa senão acolher na ordem jurídica nacional essa mesma formulação¹²⁷⁶.

Concentrando-nos agora no que significam as “regras mínimas” em relação às sanções, este conceito não suscitava muitas controvérsias de interpretação, limitando-se a UE, muito à semelhança dos mínimos nas incriminações, a definir o limite mínimo da pena máxima que devia estar disponível para o juiz nacional aplicar a uma determinada conduta¹²⁷⁷; isso significa que em cada Estado-Membro se podem definir molduras penais abstractas cujo máximo se encontre para lá do definido na esfera europeia, ou pelo contrário, prever o máximo mínimo indicado pela UE mas nunca o aplicar, fazendo com que seja apenas uma previsão nominal¹²⁷⁸.

¹²⁷⁵ O Tribunal Constitucional Alemão salienta precisamente isso: “Die im Grundsatz integrationsfeste mitgliedstaatliche Strafkompentenz ließe sich dadurch schonen, dass die Mindestvorschriften nicht einen vollständigen Deliktsbereich [...], sondern lediglich eine Tatbestandsvariante erfassen” – 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 363. Lateralmente, questiona-se quais deverão ser as consequências, para a lei interna, se o acto legislativo europeu for anulado – KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 177. Neste caso, e mais uma vez decorrendo tanto da específica competência cedida à UE quanto das exigências do princípio da legalidade, a única solução será afirmar que a lei interna não é afectada por essa anulação, uma vez que a criação das normas de Direito Penal que efectivamente se aplicam aos cidadãos continua na esfera de poder do legislador interno, cabendo por isso a este, se quiser, anular a respectiva legislação de transposição da Directiva.

¹²⁷⁶ A legislação europeia tende a ser ainda mais técnica no âmbito da competência penal acessória, com o concomitante sacrifício da discricionariedade nacional – isto porque se nas normas penais se fizer referência a outras normas europeias (de Directivas ou Regulamentos que harmonizem a política em questão), ao EM não resta opção senão respeitar os termos da formulação penal da Directiva; ainda que no seu ordenamento opte por construir uma norma penal perfeita, e não de remissão para conceitos preenchidos por outros instrumentos legais, só poderia acolher a definição que fosse efectuada nesses outros instrumentos europeus (ou europeizados), pelo que a sua liberdade legislativa permanece praticamente nula; de facto, quanto mais técnica é a legislação da UE, menos liberdade se deixa depois ao legislador nacional – BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria...”, pág. 66. Ainda numa crítica bastante esclarecedora deste aspecto demasiado técnico da linguagem legal europeia, que resulta numa dificuldade acrescida da utilização dessas normas, v. SCHRÖDER, Christian, “Perspektiven der Europäisierung...”, pág. 501.

¹²⁷⁷ A Declaração 8 anexa ao Tratado de Amesterdão excluía de forma explícita a competência da União em relação ao estabelecimento de níveis mínimos absolutos de sancionamento, algo que o Tratado de Lisboa não contém; concomitantemente, os níveis de sancionamento acordados no Conselho em 2002 (Council document 9141/02, Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of penalties, de 27 de Maio de 2002) referem-se apenas aos mínimos da sanção máxima previstos na legislação dos EM.

¹²⁷⁸ De facto, se tomarmos como pressuposto que cada sistema penal tem as respectivas infracções organizadas de forma coerente no que respeita às sanções, e ainda que esses países dão uma importância diferente à infracção cuja sanção se define em âmbito europeu, então a sua coerência interna ficará prejudicada por cada Directiva adoptada – ASP, Petter, “The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of the EU Criminal Law”, *in* *European Criminal Law Review*, nº 1, 2011, pág. 52 e ss. No entanto, este sistema fazia com que os distúrbios na coerência interna do sistema de sancionamento penal, apesar de continuarem a existir, fossem amenizados pelo facto de os juizes poderem continuar a adequar a sanção ao mesmo na prática; este mesmo aspecto atenuador dá origem a uma outra problemática, a da “harmonização à superfície” (RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 117) – quer esta expressão dar a entender que legalmente esses máximos existem, mas não são aplicados, ou porque os Estados atribuíam uma importância menor ao crime e nunca aplicam essa sanção, ou porque os Estados lhe atribuíam uma maior importância do que a resultante do acordo europeu, e aplicam sempre sanções superiores a esse limite mínimo. Esta constatação leva ainda CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 658 a concluir que a utilidade de definir os limites mínimos da pena máxima é realmente escassa.

Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa a competência da UE no estabelecimento de sanções passou a incluir a possibilidade de uma nova interpretação: o de poder estabelecer também mínimos de sancionamento que devem ser assegurados pelos EM¹²⁷⁹. As propostas da Comissão nesse sentido baseiam-se no argumento de esses mínimos de sanção mínima serem necessários para que o nível de dissuasão seja maior, para que o fenómeno de *forum shopping*¹²⁸⁰ seja reduzido ou neutralizado, e para que a cooperação entre os Estados seja facilitada¹²⁸¹.

¹²⁷⁹ Embora a doutrina não se mostre uniforme nesta questão: existem autores que reconhecem a possibilidade, mesmo que a critiquem – v. p. ex. WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 15; outros, retiram da expressão “regras mínimas” um impedimento à definição por parte da União de limites tanto mínimos como máximos – CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 661, e HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 321; esta posição é acompanhada por uma maioria dos EM, que vê na definição de mínimos de sanção mínima e sanção máxima uma harmonização total não permitida – *ibid*, pág. 321. Para além disso, e em relação ao respeito pelas tradições legais dos EM, a definição de mínimos de punição poderia ser problemática em relação às ordens jurídicas que não os prevêem – precisamente por causa disto foi anexa uma Declaração ao Tratado de Maastricht que previa a não imposição de penas mínimas nos EM onde estas não existissem; essa declaração não existe no âmbito do Tratado de Lisboa. Apesar de já o ter sugerido, a Comissão não conseguiu ainda fazer com que fossem adoptados mínimos de sancionamento obrigatório ao nível da UE: todos os instrumentos legislativos penais hoje existentes referem apenas a tradicional obrigação de os EM preverem sanções eficazes, dissuasivas e proporcionais, e / ou determinados mínimos de sanções máximas. Os mínimos obrigatórios de sancionamento foram sugeridos no âmbito da Proposta de Directiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União (COM(2012) 363 final), onde a Comissão propunha a previsão de uma pena mínima de pelo menos 6 meses de prisão (art. 8º); e no âmbito da Proposta de Directiva relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção (COM(2013) 42 final), onde o mesmo limiar mínimo era previsto (art. 5º) – sobre esta v., com detalhe, CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a Proposta de Directiva relativa à Protecção do Euro e outras moedas contra a contrafacção, de 2013”, in CUNHA, Luís, QUELHAS, José, ALMEIDA, Teresa (Org.), *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas, Vol. LVII, Tomo I, 2014, pág. 885 ss. Nenhum destes instrumentos chegou a ser adoptado. Curiosamente, e ainda que tal não se retire das normas do Tratado, na sua comunicação relativa à política criminal europeia (COM 2011/573 final, pág. 8) a Comissão aparentemente entendia que a imposição de mínimos obrigatórios de sancionamento não se encontrava no âmbito da competência da União: “the EU instrument may only set out which sanctions have to be made “at least” available to the judges in each Member State”.

¹²⁸⁰ Este aspecto refere-se também à consequência da aplicação do princípio *ne bis in idem* no espaço europeu, ficando precluída a cominação de uma sanção mais grave por parte do Estado com maior ligação ao crime quando este tenha sido julgado de forma benévola (segundo a perspectiva desse Estado) num outro EM – NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, pág. 17.

¹²⁸¹ Em análise a estes argumentos, v. com detalhe BONDT, Wendy De and MIETTINEN, Samuli, “Minimum Criminal Penalties...”, pág. 725 ss, e CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 650 e 651. Numa leitura conjunta de ambos os artigos, os autores salientam, em geral, que: o argumento da Comissão de que a não existência de mínimos de sancionamento faz com que a protecção ao interesse em causa varie consideravelmente no território da UE (fazendo com que não seja eficaz) não é suportado por nenhuma prova científica, nomeadamente por parte da criminologia, apontando esta disciplina que o efeito dissuasor das sanções depende da certeza de punição, celeridade e severidade da mesma; para além disso, para garantir um mínimo de punição seria necessário mais unificação e menos harmonização, uma vez que na prática o mínimo imposto no caso concreto continua a depender do funcionamento de vários mecanismos previstos na lei interna (a competência para se determinarem mínimos de sanção mínima aplicada *em concreto*, em vez de previstos *em abstracto* é controversa, apesar de em teoria ser possível de um ponto de vista interpretativo). É ainda exagerado esperar que sanções comuns despertem um sentimento comum de justiça, não sendo também certo que essa é uma das tarefas atribuídas à UE (Pedro Caeiro destaca que tal objectivo no DPE faria sentido, no entanto, para as infracções respeitantes aos bens jurídicos próprios da União). Em relação a essas diferenças no mínimo das sanções previstas poderem aumentar o fenómeno de *forum shopping*, especialmente para os EM que prevejam mínimos menos severos, para além de se destacar que essa deslocação de um EM para outro ser legítima (por vezes mesmo no gozo das liberdades europeias garantidas a todos os cidadãos), continua a ser inconclusivo se esse será um factor preponderante na decisão dos agentes

Contudo, a União Europeia continua por agora apenas a definir que determinadas condutas devem ser punidas com sanções “eficazes, dissuasivas e proporcionais”, ou com mínimos de sanções máximas específicos¹²⁸², deste modo preservando uma certa discricionariedade estadual também em relação às sanções¹²⁸³.

Tendo em conta o exposto, não surpreende que alguns autores, criticamente, apelidem esta harmonização de repressiva, e não sem razão¹²⁸⁴: de facto, este mecanismo das regras mínimas só acrescenta algo de novo quando o mínimo europeu se situa acima do nível repressivo dos Estados; caso contrário, é pouco provável que os EM descriminalizem condutas apenas para alcançar esse limiar. Esta crítica agrava-se ainda ao observarmos a extensão da limitação da competência penal da UE: ao não ter o poder de descriminalizar, as normas da União em matéria penal centram-se apenas “na parte de Direito Penal relativa ao exercício do poder estadual (Direito Penal como *Strafbegründungsrecht*), e não na igualmente importante parte relativa ao Direito Penal como limite ao poder estadual (Direito Penal como *Strafbegrenzungsrecht*)”¹²⁸⁵. Neste sistema, no que concerne às normas de conduta, critica-se

criminosos em relação ao local onde cometer o crime; ainda que estes racionalizem a sua escolha de modo a tomar em consideração níveis divergentes de punição, parece improvável que essa escolha se baseie nos níveis mínimos da mesma (de modo que se o *forum shopping* puder ser evitado por se preverem, em geral, sanções graves para uma determinada conduta, isso já se encontra assegurado pelos níveis mínimos das sanções máximas impostas pela UE), para além de ser incerto, devido aos variáveis critérios de jurisdição europeus, em que Estado se será no fim julgado pelo crime em causa. Por último, mesmo reconhecendo-se que haveria efectivamente uma certa vantagem do ponto de vista da cooperação judiciária (dado que o mínimo dos 6 meses implica que um MDE poderia sempre ser aplicável à situação), isso não é suficiente para que se reconheçam esses mínimos, uma vez que se inverteria dessa forma a lógica da cooperação (cooperação facilitada quando em causa estivessem crimes de uma determinada gravidade, aumentando artificialmente esta exclusivamente para que se cooperasse na UE), e se contrariariam desse modo princípios inerentes ao DP hodierno, como o facto de o sancionamento dever ser individualizado (o que pode requerer que não se atinjam esses 6 meses de prisão) e baseado numa avaliação fáctica dos elementos relevantes para essa decisão (e não num qualquer objectivo ulterior, como permitir a cooperação facilitada); se, por outro lado, a cooperação é o objectivo final, a UE poderia apenas prever, para o elenco de condutas descritas, a cooperação obrigatória entre EM, em vez de ligar a mesma a mínimos constantes nos instrumentos de cooperação (o que faria, aliás, com que esse objectivo fosse frustrado no caso de esses outros instrumentos serem revistos e esse mínimo alterado). Em detalhe sobre a harmonização dos vários sistemas sancionatórios com o Direito Europeu, v. a obra colectiva de SATZGER, Helmut (Hrsg.), *Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2020 – em particular, relativamente a Portugal, o relatório de CAEIRO, Pedro e COSTA, Miguel, “Country Report Portugal”, em especial pág. 416 ss.

¹²⁸² Não parece que alguma distinção deva ser feita na amplitude da competência da UE para definir regras mínimas relativamente ao exercício da mesma ao abrigo do nº 1 ou nº 2 do art. 83º: de facto, a diferença fundamental entre essas normas reside na *existência* dessa competência, e não no modo do seu exercício (excluindo a questão do procedimento a utilizar), que continua a ser definido em termos do estabelecimento “de regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções” – questão levantada em MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 290.

¹²⁸³ BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria...”, pág. 67 – uma harmonização total / unificação não deve, aliás, ser permitida através das Directivas, uma vez que estas devem sempre conter uma certa margem discricionária que permita enquadrar o Direito Europeu no Direito interno do melhor modo possível.

¹²⁸⁴ ASP, Petter, “The Importance of the Principles...”, pág. 50.

¹²⁸⁵ ASP, Petter, “The Importance of the Principles...”, pág. 50 e 51; SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 78. Também em sentido crítico a esta limitação, CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 595 (e nota 54): “[...] the ‘minimum rules scheme’ is highly criticizable, in that it leads to an unparalleled ‘one-legged jurisdiction’, because it has no competence to decriminalize or prevent further criminalization as a genuine power of *criminal policy*” (sublinhados do autor).

ainda o facto de nada impedir que a Directiva europeia defina os elementos da incriminação de forma tão completa que ao EM não reste, na prática, nenhuma discricionariedade – e de modo correlativo, nada impedir igualmente que o EM transponha a Directiva para a sua ordem jurídica interna utilizando os exactos termos por esta empregues¹²⁸⁶.

Em relação às sanções, verifica-se que a definição de mínimos da sentença máxima tem também um efeito progressivamente repressivo¹²⁸⁷, pois é responsável por aumentar os níveis das sanções em EM que prevêem sanções mais baixas (ou mesmo implicar a alteração dos máximos legalmente previstos no EM¹²⁸⁸), e não é eficaz no cumprimento dos objectivos europeus de aproximação dos níveis de punição de uma conduta – pois ao aproximar-se apenas um elemento da sanção (o mínimo da sanção máxima), em cada EM pode escolher-se reprimir mais severamente ao prever máximos mais elevados, ou menos severamente, ao nunca aplicar esse máximo –, e duvida-se que os motivos por detrás dessa harmonização se encontrem de acordo com os resultados apresentados por estudos criminológicos acerca do sancionamento¹²⁸⁹, ou mesmo que sejam objectivos que devam ser prosseguidos através dessa harmonização¹²⁹⁰. Por outro lado, as sanções penais não deviam ser abordadas tendo em vista apenas uma das suas dimensões, já que existem outros aspectos a considerar, como a fixação em concreto das mesmas ou as suas modalidades de aplicação (penas substitutivas, ou incidentes na sua execução) – neste âmbito o esforço de harmonização europeu continua a ser “especialmente pouco arrojad[o], mantendo-se alhei[o] a perspectivas inovadoras”¹²⁹¹ e

¹²⁸⁶ MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 645 – a Directiva ultrapassa deste modo a sua função original, pois passa da definição de determinados fins ou objectivos a atingir para a definição de incriminações concretas, e pode neste sentido colocar problemas tanto quanto ao princípio da legalidade (*lex certa*) como em relação ao princípio de criminalização adoptado pelos EM – *ibid*, pág. 646 ss.

¹²⁸⁷ Ao contrário do que a Comissão afirma na sua comunicação relativa à política criminal europeia: “It is not the primary goal of an EU-wide approximation to increase the respective sanction levels applicable in the Member States but rather to reduce the degree of variation between the national systems and to ensure that the requirements of “effective, proportionate and dissuasive” sanctions are indeed met in all Member States” – COM 2011/573, pág. 9. Aquele continua a ser o efeito prático, embora possa não ser o objectivo desejado.

¹²⁸⁸ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 229.

¹²⁸⁹ BONDY, Wendy De and MIETTINEN, Samuli, “Minimum Criminal Penalties...”, pág. 722. A opinião de que um maior nível de repressão penal corresponde a um maior cumprimento das normas por parte dos sujeitos continua a ser infundada em provas empíricas e contestada na criminologia.

¹²⁹⁰ P. ex. a melhoria da cooperação judiciária: neste caso podem colocar-se problemáticas subsequentes à harmonização, como a circunstância de se colocarem na verdade obstáculos à mesma através da previsão de penas que possam ser consideradas desproporcionadas ou inconstitucionais – NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, pág. 16.

¹²⁹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, pág. 307. A autora sugere, p. ex., a harmonização através de *soft law* – instrumentos que guiem o juiz nacional na determinação da pena entre mínimos e máximos propostos – *ibid*, pág. 319.

focando-se quase em exclusivo na pena de prisão (sem que exista sequer uma ponderação em relação aos seus fins)¹²⁹².

A harmonização das sanções através deste sistema implica ainda, para além da perturbação da coerência interna dos sistemas penais dos EM e da sua potencial dimensão apenas simbólica¹²⁹³, que as suas escolhas de política criminal não sejam respeitadas, nomeadamente quando considerem que sanções não penais seriam tão ou mais eficazes na repressão de um comportamento, e a UE determine a previsão obrigatória da pena de prisão (ainda que quantitativamente se refira apenas ao seu limiar máximo)¹²⁹⁴, pois neste caso a União não deixa discricionariedade alguma ao EM no que respeita à escolha do meio de reacção legal apropriado para a proibição da conduta em causa.

A questão surge, então: numa União que se quer definida pelo respeito pelos Direitos Fundamentais, serão as regras mínimas o caminho correcto para uma harmonização? Se relativamente às sanções este mecanismo não causa para já mais problemas (práticos) do que a inexistência de uma verdadeira harmonização, já no campo das incriminações é questionável que seja a melhor opção. No entanto, cremos que uma posterior evolução do Direito da União Europeia se voltará para a resolução desta questão – nomeadamente dando também aos órgãos europeus a possibilidade de descriminalizar condutas ou de reconhecer os limites sancionatórios do Direito Penal (indicando este máximos de sanção, ou condutas que considera serem suficientemente reprimidas através de sanções não penais¹²⁹⁵), impedindo assim o inexorável movimento do DP no sentido repressivo.

¹²⁹² MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 230, referindo ainda que “não se entende muito bem porque é que outro tipo de penas distintas da prisão não foram tidas em conta” (tradução livre).

¹²⁹³ Criticando o sistema dos mínimos de sancionamento em relação ao que isso significa para a função que ao Direito Penal é atribuída a nível interno (nomeadamente em relação à protecção de bens jurídicos), SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 309 – o autor argumenta que a definição das sanções nestes termos em nada contribui para uma respectiva melhoria na protecção concedida ao bem jurídico em causa precisamente porque a percepção do *quantum* repressivo dessa sanção varia de acordo com o sistema existente nos EM e da relativa importância atribuída a esse interesse. Argumenta ainda que, enquanto não existir uma harmonização europeia relativamente aos mecanismos que influenciam todo o processo de sancionar na prática, a harmonização das sanções continuará a ser apenas simbólica – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 79. CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 658 propõe assim que a UE deveria adoptar uma abordagem, quanto às sanções, de definição de mínimos de sanção mínima (ainda que cautelosamente, aqui), e máximos de sanção máxima, porque isso se adequaria melhor à percepção europeia do nível de protecção requerido por um determinado interesse: abaixo do mínimo não estaria suficientemente protegido, mas acima do máximo excederia a protecção necessária, pelo que os EM não deveriam estabelecer sanções superiores, sob pena de ser já considerada uma pena desproporcional.

¹²⁹⁴ Também neste sentido, SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 309. A escolha pela harmonização deveria ser feita apenas quando se verificasse no contexto europeu, segundo elementos empíricos, uma ineficácia das políticas dos EM para reprimir um dado comportamento – NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, pág. 18.

¹²⁹⁵ NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, pág. 18. Por ora, esta limitação implícita advém apenas dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade – algo também criticado por SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 310.

δ) Competência penal e movimento de descriminalização

Apesar de o *ius puniendi* ser normalmente associado ao poder de criminalização de condutas (e regras relativas à mesma) não se deve desconsiderar que um importante aspecto deste consiste também na sua vertente *negativa* – ou seja, a de descriminalizar ou despenalizar comportamentos, dando assim ao legislador a oportunidade de rever as suas opções de política criminal, seja porque esse comportamento deixa de ser censurável ou porque se conclui que o sancionamento civil ou administrativo é bastante para atingir os objectivos necessários sem que os direitos dos sujeitos sofram uma restrição tão grave quanto aquela resultante da aplicação do Direito Penal. Esta vertente negativa do *ius puniendi* pode ocorrer tanto por exercício da vontade do legislador ou por exercício da jurisdição de Tribunais Constitucionais¹²⁹⁶, cuja declaração de inconstitucionalidade em relação a uma incriminação faz com que esta não mais possa fazer parte do ordenamento jurídico (pelo menos nos termos em que é declarada inconstitucional). É neste sentido que o *ius puniendi* deve incluir também um *ius non puniendi*, que garante a capacidade de um órgão descriminalizar condutas ou reduzir o âmbito do que é penalizado.

A previsão de uma competência penal europeia, nos moldes em que esta é prevista, gera um problema grave ao nível do *ius non puniendi* em dois sentidos distintos: por um lado, ao legislador europeu não é reconhecido um poder de descriminalizar condutas, pois só se prevê que este estabeleça regras mínimas em relação à definição de infracções penais e sanções¹²⁹⁷; por outro lado, devido ao funcionamento dos princípios constitucionais europeus, também ao legislador interno é retirado o poder de descriminalizar condutas que tenham sido consideradas crime por parte da União¹²⁹⁸. Este fenómeno redundará na perda do valor relativo da pena¹²⁹⁹, uma vez que se cria deste modo um circuito onde as infracções podem entrar, mas já não podem sair – o que inclui mesmo uma impossibilidade de *debater* a própria oportunidade de sancionar penalmente o comportamento ou não, derivada da obrigação de

¹²⁹⁶ CUERDA RIEZU, Antonio, “Ostentan *Ius Puniendi* las Comunidades Europeas?”, in *Hacia un Derecho Penal Economico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, pág. 624 e 625.

¹²⁹⁷ E também porque o DUE funciona segundo um movimento contínuo de acreção de competências, razão pela qual seria ainda mais difícil uma reponderação das escolhas criminais do legislador europeu – SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 779.

¹²⁹⁸ “C’est ensuite, de manière directe, *le droit de ne pas punir* des États qui a été atteint” – GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, “Le eaux troubles du droit pénal de l’Union européenne”, in *Archives de philosophie du droit*, Tome 53, 2010, pág. 132 (sublinhados da autora). Desde logo no momento inicial de transposição, pois não pode dar uma natureza não penal a algo que foi expressamente previsto como penal por parte do legislador europeu; e depois num momento ulterior, mesmo que considere que determinada conduta já não deveria ser sujeita às penas do Direito Penal, uma acção nesse sentido faria com que se encontrasse a partir desse momento em violação das obrigações que decorrem do DUE. Criticamente em relação à perda de poderes dos Parlamentos nacionais e impossibilidade de os recuperar, v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 137.

¹²⁹⁹ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 778; o autor afirma ainda que isso resulta também na violação do princípio da legalidade (*lex parlamentaria*), por não permitir a reconsideração de opções político-criminais.

penalizar decorrente da UE¹³⁰⁰. Em conjunto com todo o sistema das regras mínimas, a *inexistência e retirada* da vertente do *ius non puniendi* em relação às condutas tipificadas a nível europeu contribui também para o contínuo aumento do grau repressivo dos sistemas penais europeus – que assim punem mais, e de forma mais grave¹³⁰¹, dando mais sentido e razão à caracterização da modernidade penal como espelho de uma “deliberada política de «criminalização», antes que de «descriminalização» ou de despenalização”¹³⁰².

O único aspecto positivo em relação a esta questão encontra-se na potencial jurisdição do TJ no controlo da criminalização efectuada pelo legislador europeu: à semelhança do que acontece nos EM com os Tribunais Constitucionais, também aquele poderá exercer uma espécie de competência penal negativa se por algum motivo considerar que a incriminação europeia é ilegítima, e desse modo deverá ser retirada do ordenamento jurídico europeu (e não constituirá pois uma obrigação para os EM)¹³⁰³. Em todo o caso, quando a competência penal europeia já não for uma novidade e se atingir um certo nível de estabilidade e maturidade da mesma, espera-se que comecem a surgir textos legislativos europeus no sentido de descriminalizar condutas, comprimindo assim as áreas sujeitas ao Direito Penal conforme a evolução da sociedade determina essa necessidade, num movimento semelhante àquele ocorrido nos Estados, já familiarizados com os movimentos cíclicos de criminalização e descriminalização de condutas¹³⁰⁴.

ε) Competência penal relativa à “Parte Geral”

A última problemática específica colocada pela competência penal explicitamente prevista para a UE relaciona-se com a possibilidade de, através desta, a União harmonizar

¹³⁰⁰ Preclude por isso também a ponderação sequer de sanções alternativas à pena do DP – SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 779. As consequências da instauração deste sistema são ainda agravadas pelo facto de muitas vezes não ser evidente a necessidade de utilização do DP (em casos como o da corrupção privada ou certas condutas tipificadas na pornografia infantil), ou a vantagem de se recorrer ao mesmo (como no caso das infracções económicas, em que um balanço deve ser efectuado em relação à eficácia relativa das sanções penais e das sanções administrativas).

¹³⁰¹ Neste sentido, a crítica contundente de CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 545, nota 1331: “[...] seria difícil admitir a legitimidade de uma jurisdição penal prescritiva que só pode editar normas incriminadoras, mas que já não tem o poder de eliminar o carácter especificamente criminal de uma conduta (ou de atenuar as penas aplicáveis), como decorre do actual estado de coisas, tal como desenhado pelo TJ. Com efeito, não se compreende que a responsabilidade de um ente pela paz e a segurança de uma comunidade, ainda que restrita a certos aspectos, conduza à atribuição de um poder de emitir juízos sobre a específica qualificação criminal de uma conduta apenas no sentido da sua repressão penal – mas já não no sentido de a repressão penal dessa mesma conduta ser ilegítima, desnecessária ou inconveniente”.

¹³⁰² GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, pág. 338.

¹³⁰³ A jurisdição do TJ e o seu potencial papel em relação à questão da função do DPE serão problematizados, separadamente, de seguida neste capítulo e no próximo. Aqui resta referir que também os TC nacionais podem desempenhar uma função, ainda que muito limitada e lateral, nesta problemática – no âmbito do constitucionalismo próprio da UE, se os TC se manifestarem no sentido da inconstitucionalidade de uma incriminação europeia, ao ser levantada a questão no TJ o mais provável é que este acabe por reconhecer a pretensão nacional e se possa assim construir um diálogo que permita a ponderação das escolhas criminais europeias (ainda que não no sentido da incriminação em si, mas das regras para a sua efectivação – pense-se na denominada saga Taricco com o TC italiano). Esta não configura nem deve configurar, no entanto, uma solução a longo prazo desta questão.

¹³⁰⁴ BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria...”, pág. 70.

também aspectos do Direito Penal relativos à chamada Parte Geral; como se irá verificar, este também não é um tema que reúna consenso na doutrina¹³⁰⁵.

A Parte Geral do DP nos sistemas nacionais consiste num conjunto de normas válido para, e aplicável a, qualquer tipo de crime¹³⁰⁶: são por isso normas cujo conteúdo permanece estável, e entre as quais se estabelece uma relação de complementaridade em relação às normas penais da Parte Especial, pois um juiz não consegue determinar a responsabilidade penal em concreto sem recorrer tanto às incriminações quanto a conceitos e princípios gerais explanados naquela primeira Parte (como princípios que determinam o modo como é aplicado o DP, tais como o princípio da legalidade ou o princípio da culpa; bem como conceitos presentes nas incriminações, como o de negligência ou tentativa).

Estas normas desempenham importantes funções¹³⁰⁷, para além de permitirem a integração de conceitos presentes na Parte Especial: reforçam, desde logo, a função *protectora* do DP, na medida em que promovem a legalidade, quer em relação ao requisito da *lex certa* – pois não existe arbitrariedade no preenchimento desses conceitos aplicáveis em geral aos tipos legais de crime, estando o seu conteúdo determinado na lei penal –, quer ainda em relação ao princípio da separação de poderes, uma vez que é o legislador a determinar esses princípios e normas gerais, e não o poder judicial de modo casuístico. Esta função também transparece na circunstância de o próprio legislador se encontrar algo restrito na sua acção – p. ex. ao ter que explicitamente determinar que crimes são puníveis também por negligência (v. art. 13º CP) –, actuando deste modo como mais uma restrição à ampliação desmedida do campo de aplicação do DP; o próprio sujeito consegue, através das normas da Parte Geral, prever de modo mais correcto o nível de responsabilidade penal que lhe caberá ao cometer determinado crime (v. p. ex. as normas relativas à comparticipação, tentativa, causas de exclusão de ilicitude ou culpa, etc.).

A existência de uma Parte Geral também desempenha uma função *instrumental*, ao contribuir de forma positiva para a administração da justiça – é muito mais prático ter conceitos gerais aplicáveis a todos os tipos de crime reunidos num só conjunto de normas do que ter um certo conjunto de normas de carácter geral repetidas ou distribuídas pelos vários

¹³⁰⁵ Vejam-se, p. ex., duas opiniões diametralmente opostas: “Some parts of EU criminal law or more precisely of national criminal law are of such character that even if the emergency brake in Article 83 (3) TFEU would not be used this part of criminal law should not be regulated by the EU. [...] This category includes [...] the general parts of the national criminal system and those parts of the system which are not part of EU competences, such as prosecution, sentencing and execution of sentences” – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 394; por outro lado: “[...] the fact that insufficient attention has been paid to the general part of criminal law has led to various problems. In our view, the way forward in substantive criminal law is therefore to establish a general part of criminal law for the EU” – BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 117.

¹³⁰⁶ São normas penais que, mesmo num sistema baseado na protecção exclusiva do bem jurídico, apresentam como característica comum uma certa indiferença em relação ao bem jurídico protegido em concreto (*Rechtsgutsblindheit*), precisamente porque são normas válidas para qualquer um daqueles protegidos pelo DP – BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 118.

¹³⁰⁷ Com BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 121 e 122.

instrumentos legais que procedem à incriminação de certas condutas (tanto que essa repetição pode não se dar exactamente nos mesmos termos, o que pode depois levantar problemas de interpretação e preenchimento desses conceitos por parte do aplicador de Direito).

Por fim, a Parte Geral tem ainda uma importante função *filosófica*, uma vez que determina a posição do legislador penal em relação à responsabilidade criminal em geral, deixando transparecer uma certa ideologia em relação a questões penais críticas (como p. ex. o princípio da culpa, ou a extensão da defesa dos direitos fundamentais nesse ordenamento); é neste conjunto de normas que se pode distinguir a orientação do legislador relativa à política e teoria criminal e às regras fundamentais a serem observadas na futura emanação de normas penais da Parte Especial¹³⁰⁸.

O DPE não dispõe, pelo menos por enquanto, de uma Parte Geral¹³⁰⁹ (aproximando-se neste aspecto mais dos países da *common law*), principalmente porque as especificidades do DP nos Estados-Membros são mais evidentes nessas normas do que naquelas da Parte Especial, dado que aquelas espelham princípios e opções fundamentais da sua ordem jurídica; e não é claro, de acordo com a competência hoje existente na matéria penal, se a *pode* ter – uma parte substancial da doutrina afirma sem grandes dúvidas que a União não tem de momento competência para harmonizar questões relativas à Parte Geral¹³¹⁰, enquanto outros autores

¹³⁰⁸ Nem todos os sistemas têm uma Parte Geral, como p. ex. os ordenamentos jurídicos baseados na *common law*: nestes, os conceitos que na tradição germânica estariam agregados na Parte Geral são desenvolvidos casuisticamente (pelo legislador ou pelos aplicadores de Direito) em relação a cada incriminação, de tal modo que o mesmo conceito pode não redundar no mesmo conteúdo em relação aos vários tipos de crime – para além da complexidade que isso introduz no sistema de administração de justiça, a inexistência da Parte Geral importa também a incerteza em relação à responsabilidade penal dos indivíduos, pois esta irá igualmente depender do juiz e do seu entendimento desses conceitos (para além de, obviamente, não permitir àqueles prever a extensão das consequências penais da sua acção). A razão para esta opção resulta de, tradicionalmente, nestes sistemas se conceder uma maior amplitude de acção ao poder judiciário, que tinha normalmente uma grande discricionariedade na interpretação e mesmo desenvolvimento de incriminações, algo que tem vindo a ser contestado e paulatinamente substituído por uma maior aceitação do princípio da legalidade tal como entendido na tradição jurídica continental – BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 119 e 120.

¹³⁰⁹ O DPE não apresenta realmente nenhuma Parte Geral *per se*, mas já foi sugerido na doutrina que algo *semelhante* à Parte Geral pode ser descortinado na relação que se estabelece entre o Capítulo 1 do Título V TFUE (arts. 67º ss) e o Capítulo 4 do mesmo Título (arts. 82º ss), correspondendo o primeiro a uma espécie de Parte Geral, na medida em que estabelece em geral o que é e o que se pretende do DPE, e o segundo à Parte Especial, através da descriminação de alguns crimes e da competência da União relativamente a incriminações – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 226 e 227 (a autora destaca ainda a não previsão do mecanismo do travão de emergência para essa “Parte Geral”). Alternativamente, já foi também sugerido que alguns “fragmentos” da Parte Geral podem ser encontrados tanto nos instrumentos legislativos da União quanto na jurisprudência do TJ – KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 166.

¹³¹⁰ P.ex. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 291: “Lo único que está claro es que la Unión no podrá armonizar cuestiones de parte general tales como la definición de dolo o tentativa”. No mesmo sentido, BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria...”, pág. 68, argumentando que o TFUE circunscreve a competência penal a “específicos sectores da parte especial”, e por isso não poderá interferir em questões da Parte Geral, sendo mesmo desaconselhável que as normas europeias disponham sobre questões tão dogmáticas; também KAIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law provisions...”, pág. 113 (e doutrina mencionada na nota 132) afirma que a UE não tem competência para *introduzir* uma Parte Geral de DP (já não refere a harmonização ou aproximação da mesma); HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 304, MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 290, KLIP, André, “European Criminal Policy”, pág. 10 e ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation of the General Part of Criminal Law”, *in* *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XXVI, Fasc. 5, 2017, pág. 1078 e 1079 referem também que a competência

cautelosamente admitem, devido à inultrapassável relação da Parte Especial com a Parte Geral, uma certa competência implícita¹³¹¹. Inegável é, no entanto, que à semelhança do que aconteceu primeiramente com o DP substantivo, também se podem discernir influências do DUE na Parte Geral do Direito Penal¹³¹², desde logo porque os instrumentos legislativos europeus contêm referências a conceitos da mesma, apesar de isso não se revestir de um carácter sistemático ou completo¹³¹³.

Até agora, a influência indirecta do DUE na Parte Geral do DP resulta¹³¹⁴, em primeiro lugar, de instrumentos legislativos europeus não penais: quando estes estabelecem regras de segurança que devem ser observadas no plano nacional, o incumprimento destas por parte dos indivíduos leva a que estes possam ser julgados por negligência (quando tal se encontre previsto pela lei interna). Em segundo lugar, e de modo algo mais evidente, o legislador europeu usa termos tipicamente da Parte Geral (instigação, cumplicidade, tentativa,

para a emanação destas normas não resulta de forma explícita da atribuição de competência penal feita à UE (o que inclui mesmo a consideração, por parte deste último autor, do art. 325º).

¹³¹¹ Neste sentido p. ex. AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 475: “[...] die unionsrechtliche Kompetenz zur Angleichung von *Mindestvorschriften* nicht – jedenfalls nicht explizit – auf Vorgaben von AT-Strukturen oder Definitionen erstreckt”; na nota 74 esclarece ainda o autor o porquê do potencial reconhecimento dessa competência implícita: “Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV bezieht sich auf „Straftaten und Strafen“, also explizit nur auf den BT. Dessen Abhängigkeit vom AT legt es aber nahe, in Art. 83 jedenfalls einen impliziten Bezug zum AT zu sehen”. Apesar de MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 291 referir que essa competência pertence em princípio de modo exclusivo aos EM, afirma também que, precisamente por causa das normas da Parte Geral fazerem parte dos aspectos fundamentais dos sistemas penais, não se vê como o projecto europeu de criação de DP poderia ficar completo sem a concomitante competência para a UE definir também a sua identidade penal através dessas normas; em opiniões concorrentes, referem KLIP, André, “European Criminal Policy”, pág. 10 e SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 57 que será mesmo inevitável abranger assuntos normalmente da Parte Geral, já que a União pode agora determinar tanto incriminações quanto sanções (e não o fará de forma completamente isolada dessas normas gerais).

¹³¹² Mesmo que se negue, portanto, a competência da União para harmonizar ou criar normas relativas à Parte Geral do DP, não se pode negar que já existem certos efeitos ao nível nacional – assim, ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1078; HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 305; HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 287 – este autor admite que a competência penal da UE interfere inevitavelmente e utiliza mesmo conceitos pertencentes à Parte Geral do Direito Penal, mas sublinha que, independentemente disso, continua a não ser permitido à UE definir esses conceitos para além do estritamente necessário ao estabelecimento das regras mínimas e combate à criminalidade (mesmo a responsabilidade das pessoas colectivas só é permitida quando a União prevê também a possibilidade da mesma não ser estritamente penal – como é o caso nos instrumentos que a estipulam, como p. ex. art. 9º Dir. (UE) 2017/1371).

¹³¹³ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 166, referindo ainda que por esse motivo existem muitas lacunas e questões. Um exemplo (referido em MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 291) ilustra simultaneamente o efeito do DUE no DP nacional e a falta de um pensamento europeu distinto em relação a algumas questões da Parte Geral: se um instrumento legislativo europeu estabelecer que uma determinada conduta deve ser punida também na forma tentada, mas só referir que os EM devem prever sanções eficazes, dissuasivas e proporcionais, ainda que explicitamente não resulte das exigências da UE a natureza penal da sanção a cominar, nos EM que estabeleçam que a tentativa só é punida nos crimes, e não nos ilícitos administrativos, essa escolha relativa à natureza da sanção é retirada (e os EM optam pela sanção penal para poder punir a tentativa), ou – o que nos parece muito menos provável – o EM altera os conceitos da sua Parte Geral para poder punir também a nível de tentativa os ilícitos administrativos. Seria, por isso, melhor se existisse no contexto europeu uma definição comum (no caso, de tentativa) que garantisse uma aplicação mais homogénea do DPE em todo o território da União.

¹³¹⁴ ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1080 ss.

circunstância agravante ou atenuante...) sem que, contudo, os defina¹³¹⁵ – estes serão preenchidos pelo entendimento que exista no âmbito nacional ou pela jurisprudência do TJ¹³¹⁶ quando tal se demonstrar necessário. Por último, existem ainda normas europeias de carácter supostamente especial que terão uma larga influência nas normas de carácter geral – p. ex. quando estabelecem regras distintas para a “participação” num determinado crime, cujo resultado não seria idêntico se se aplicassem as normas gerais do DP dos EM¹³¹⁷. Os instrumentos legislativos penais europeus acabam deste modo por criar múltiplas doutrinas gerais parciais que se referem a um crime em específico, dando origem portanto não a uma Parte Geral, mas a vários fragmentos de partes gerais diferenciadas¹³¹⁸; este é um aspecto particularmente saliente na questão da determinação das sanções¹³¹⁹, onde isso resulta num maior grau de disparidade entre os EM¹³²⁰.

Algo semelhante a verdadeiros conceitos gerais de DPE vai surgindo por agora apenas através da jurisprudência do TJ: reconhecendo que as incriminações europeias são inoperáveis se não se utilizarem também doutrinas penais gerais¹³²¹, este Tribunal viu-se confrontado com a necessidade de julgar a legitimidade do uso desses conceitos indeterminados (numa dimensão europeia) pela norma europeia, acabando por fornecer ainda uma definição do que se entende por “negligência grave”¹³²² – neste caso, a jurisprudência do TJ acabou por levar a que, pelo

¹³¹⁵ Apesar de neste caso a utilização desses conceitos não pretender realmente harmonizar a Parte Geral do DP, mas sim ampliar o leque de condutas puníveis.

¹³¹⁶ Mais uma vez, os julgamentos do TJ em *Taricco* revelam-se esclarecedores: neste caso o diálogo entre as ordens jurídicas levou a que aspectos de DP substantivo italiano (a prescrição) devessem ser consideradas, a partir de um certo ponto no tempo, como aspectos processuais, retirando assim essas normas da Parte Geral do DP para passarem para a alçada do DP processual (com a diminuição de algumas garantias que isso implica).

¹³¹⁷ A Directiva relativa aos crimes de terrorismo – Dir. (UE) 2017/541 – é um bom exemplo dessa situação, já que obriga os EM a punir a cumplicidade (art. 14º) em relação a uma determinada lista de condutas (mesmo que o crime não chegue a ser consumado), algo que poderia não resultar da aplicação das normas gerais da lei nacional; o DUE influencia assim não só a punição da participação como também a de actos preparatórios – escolhas que em princípio ficariam na disposição dos EM.

¹³¹⁸ MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 291.

¹³¹⁹ Os próprios órgãos legislativos europeus referem isso: “The definition of the offences, i.e. the description of conduct considered to be criminal, always covers the conduct of the main perpetrator but also in most cases ancillary conduct such as instigating, aiding and abetting. In some cases, the attempt to commit the offence is also covered” – COM(2011) 573 final, pág. 9; no mesmo sentido, “Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations”, de 27 de Novembro de 2009, pág. 3.

¹³²⁰ Para uma análise dessas disparidades em relação a alguns conceitos gerais utilizados pelo legislador europeu, v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 232 ss.

¹³²¹ Essa opinião é expressa também pela Comissão: “there should be a common understanding on the guiding principles underlying EU criminal law legislation, such as the interpretation of basic legal concepts used in EU criminal law” – COM(2011) 573 final, pág. 12.

¹³²² C-308/06 (*Intertanko*), § 72 a 78 (excertos): “É certo que o artigo 4.º da Directiva 2005/35, lido em conjugação com o artigo 8.º desta última, obriga os Estados-Membros a sancionarem as descargas de substâncias poluentes efectuadas por navios se tiverem sido cometidas «com dolo, mera culpa ou negligência grave», sem no entanto definir estes conceitos. [...] Em seguida, há que constatar que estes conceitos estão plenamente integrados e são utilizados nos sistemas jurídicos respectivos dos Estados-Membros. [...] Nestas circunstâncias, o conceito de «negligência grave», na acepção do artigo 4.º da Directiva 2005/35, deve ser entendido no sentido de que implica uma acção ou omissão involuntária, através da qual a pessoa responsável viola, de forma

menos em relação a poluição por navios (nas condutas criminalizadas pelo legislador europeu), os EM devam interpretar a sua doutrina geral em termos de negligência grave à luz do que foi definido pelo TJ (numa espécie de interpretação conforme dos aspectos da Parte Geral), uma vez que os conceitos, quando definidos no plano europeu, adquirem sempre uma interpretação autónoma daquela que pode ser dada em ambiente nacional¹³²³.

O TJ também já interveio em relação aos conceitos de intenção¹³²⁴, de participação¹³²⁵, e em certa medida de tentativa¹³²⁶ – a questão não é portanto *se* devem ser feitas definições de elementos da Parte Geral do DP na esfera europeia, mas sim *quais* essas devem ser¹³²⁷.

Em relação aos elementos da Parte Geral definidos ao nível europeu existem no entanto algumas limitações à liberdade legislativa, que resultam desde logo do compromisso da União em respeitar a identidade nacional dos EM (art. 4º, nº 2 TUE), bem como os seus diferentes sistemas e tradições jurídicas (art. 67º, nº 1 TFUE) – daqui resulta que independentemente de se tratar de harmonização ou da existência de uma verdadeira Parte Geral supranacional, as disposições europeias não poderão entrar em conflito com disposições *fundamentais* dos Estados-Membros¹³²⁸. Outra limitação à liberdade legislativa europeia resulta do mais geral princípio da dignidade da pessoa humana – o que no Direito Penal significa por exemplo a opção clara por um Direito Penal do facto, e não do autor¹³²⁹, e pela adopção do princípio da culpa¹³³⁰; para além disso, existem ainda normas da CDFUE

caracterizada, o dever de diligência que deveria e teria podido respeitar tendo em conta as suas qualidades, os seus conhecimentos, as suas aptidões e a sua situação individual”.

¹³²³ V. p. ex. C-261/09 (*Mantello*), § 38: “A este respeito, o conceito de «mesmos factos» que figura no artigo 3.º, n.º 2, da decisão-quadro não pode ser deixado à apreciação das autoridades judiciais de cada Estado-Membro em função do seu direito nacional. Com efeito, decorre da exigência de aplicação uniforme do direito da União que, na medida em que essa disposição não contenha uma remissão para o direito dos Estados-Membros relativamente a este conceito, este último deve ter, em toda a União, uma interpretação autónoma e uniforme (v., por analogia, o acórdão de 17 de Julho de 2008, C-66/08 (*Kozłowski*), Colect., p. I-6041, n.ºs 41 e 42). Por conseguinte, o referido conceito constitui um conceito autónomo de direito da União”.

¹³²⁴ Neste caso, entendeu que esta pode ser presumida relativamente a infracções de abuso de mercado, sem que com isso se viole o princípio da presunção de inocência – C-45/08 (*Spector Photo*), § 38 a 44; ainda em relação à previsão da responsabilidade objectiva dos sujeitos, C-210/10 (*Urbán*), § 47 e 48.

¹³²⁵ Ainda que relativamente à concorrência, e não a uma infracção penal, T-99/04 (*Treuhand*), § 108 e 109.

¹³²⁶ C-177/95 (*Ebony Maritime*), § 25 a 27 – neste caso o TJ concluiu que uma proibição constante de um Regulamento deveria ser sancionada também a nível de tentativa, algo que não resultava de modo explícito das suas disposições.

¹³²⁷ BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 125.

¹³²⁸ Precisamente por causa disso, e da natureza sensível do Direito Penal e da sua relação com a identidade nacional, foi previsto um mecanismo que permite suspender o processo legislativo quando algum Estado-Membro considere que um aspecto fundamental do seu sistema é violado pelas normas europeias em causa (o travão de emergência); neste caso, a questão revolveria depois em torno do que é verdadeiramente fundamental ou meramente uma opção política.

¹³²⁹ ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 375 e 376.

¹³³⁰ O princípio da culpa é de facto a pedra angular da legitimidade de aplicação do Direito Penal, pois atribui uma consequência penal a algo que é efectivamente da responsabilidade do agente, dando assim fundamento à censura própria deste ramo do Direito. O Tribunal Constitucional Alemão sublinhou também a importância deste princípio e a sua absoluta inviolabilidade em face de disposições potencialmente contrárias ao mesmo: “Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren

directamente relacionadas com o Direito Penal que também limitam as opções legislativas europeias¹³³¹, bem como princípios penais que devem ser respeitados¹³³².

A Parte Geral de Direito Penal Europeu que se encontra em lento desenvolvimento deriva, portanto, dos direitos e princípios fundamentais (conforme reconhecidos na tradições legais dos EM e nos instrumentos internacionais, como a CEDH, e da União, como a CDFUE – art. 6º TUE) tal como vão sendo reconhecidos pelo TJ¹³³³; mais especificamente, pode ainda ser encontrado um “conjunto embrionário de regras”¹³³⁴ relativas a circunstâncias agravantes, alguns elementos mentais como a intenção, jurisdição dos Estados, e tipos de sanções a ser aplicadas (quer a pessoas naturais quer a pessoas jurídicas); e, embora quase inexistente, também em relação a potenciais circunstâncias dirimentes¹³³⁵.

À situação actual são imputáveis várias críticas: como não existe verdadeiramente uma Parte Geral, cada Directiva (ou as DQ ainda em vigor) tem as suas próprias disposições acerca de conceitos gerais que lhe são aplicáveis, sem que, no entanto, estes tenham que se repetir de modo idêntico em todos os instrumentos legislativos – isso não permite saber se esses conceitos devem de facto ser considerados gerais ou não¹³³⁶. Para além disso, o facto de se referirem esses elementos da Parte Geral mas não existir definição nenhuma a nível europeu faz com que a aplicação das normas europeias (e criminalização das condutas) não seja uniforme (e portanto eficaz), uma vez que esses conceitos serão preenchidos no plano nacional, e dependem portanto das definições aí existentes¹³³⁷, o que pode levar, quando combinado com a flexibilidade própria dos instrumentos legislativos da União, a um tratamento desigual dos

Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist” – 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 364. Isso significa que, pelo menos em relação a este princípio (ou outro que seja considerado absolutamente fundamental para o sistema penal do Estado), se admite a possibilidade de o EM rever a legislação europeia não só em relação ao exercício *ultra vires* das suas competências como também do cumprimento dos postulados do princípio da culpa – SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1386.

¹³³¹ Como por exemplo, de relevância para a Parte Geral, os arts. 2º, 4º e 5º CDFUE.

¹³³² Os já conhecidos princípio da legalidade, da proporcionalidade, *ne bis in idem*, etc.

¹³³³ V. p. ex. C-7/98 (*Krombach*), § 42.

¹³³⁴ MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 134.

¹³³⁵ P. ex. circunstâncias que retiram o carácter criminal da conduta, como a possibilidade de os EM não criminalizarem as condutas descritas no art. 8º da Dir. 2011/93/UE, ou certos comportamentos poderem ter sido realizados com consentimento / autorização, como definido p. ex. na Dir. 2013/40/UE, art. 2º, al. d) – para mais desenvolvimentos acerca dos incipientes conceitos da Parte Geral v. MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 135 a 138, e KILLMAN, “§ 11 Systematisierung”, in SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut und HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014, pág. 296 ss. Para uma teorização acerca das causas de afastamento da ilicitude e da culpa na esfera europeia v. ainda DANNECKER, Gerhard, “Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe”, in WEIGEND, Thomas und KÜPPER, Georg (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999.

¹³³⁶ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 167.

¹³³⁷ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 79. P. ex., a punição da “tentativa” inclui questões como saber quando se pode dizer que a tentativa começou, ou se é possível nesse ordenamento desistir da mesma.

cidadãos europeus em função do EM em que cometem o crime¹³³⁸, colocando deste modo em causa o objectivo de se realizar um espaço comum de liberdade, segurança e justiça: a harmonização fica assim bastante incompleta devido à indefinição de certos conceitos¹³³⁹. A inexistência da Parte Geral na lei penal europeia faz ainda com que não se possa identificar uma concepção própria da UE em relação a toda a questão da responsabilidade penal, prejudicando não só a identidade daquela, mas também a coerência do seu sistema penal – algo que sobressai na recentemente instituída Procuradoria Europeia, quando tiver que actuar tendo em conta normas e regras distintas em todos os EM em relação aos crimes da sua competência. A deficiente evolução da dimensão protectora do DP, que se salienta fazer parte da tradição comum europeia¹³⁴⁰, também pode ser em parte atribuída à falta de uma Parte Geral de DPE: ao colocar-se o acento tónico na definição de incriminações e sanções, descursa-se tanto regras que relevam para a defesa dos indivíduos como princípios de justiça que fundamentam, legitimam e limitam o Direito Penal, algo que também decorre da insuficiente ponderação destas questões no plano europeu, que estaria obrigatoriamente presente numa Parte Geral (p. ex. a questão do fins das penas, ou da função do DPE)¹³⁴¹. A competência limitada e sistema de justiça criminal inexistente¹³⁴² fazem com que as acções da União sejam neste sentido sempre incompletas.

Quais seriam, então, as soluções para que estas críticas fossem pelo menos amenizadas? Na construção de uma Parte Geral para o DPE, esta deveria apresentar determinadas características¹³⁴³: em primeiro lugar, o objectivo a perseguir seria a coerência do sistema penal europeu como um todo¹³⁴⁴ e a homogeneidade de aplicação do Direito europeu; a Parte Geral

¹³³⁸ ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1082. O mesmo acontece, de forma ainda mais acentuada, relativamente às sanções aplicáveis às pessoas jurídicas, dado que em alguns EM não podem ser criminalmente sancionadas enquanto em outros são-no.

¹³³⁹ BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 122 e 123: “Given the normative influence of these concepts in the determination of the scope of criminal liability, the harmonization of criminal offences at the European level has only been half-achieved”.

¹³⁴⁰ V. SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1387.

¹³⁴¹ De modo ilustrativo, BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 124: “Hidden within the general part is a choice for a criminal justice model for every system” – o que se critica na UE, o facto de não ter uma política criminal coerente e identificável, decorre por isso de nunca ter precisado de reflectir sobre a mesma; à medida que as suas competências em matéria penal se expandem e a sua influência no DP nacional aumenta, essa será uma necessidade que não poderá ser ignorada.

¹³⁴² Numa visão do futuro bastante optimista em relação ao projecto de integração europeia, afirma KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 427 que eventualmente a União Europeia irá ter Tribunais penais e prisões europeias; ainda que isso não seja de modo imediato exequível ou mesmo imprescindível, um sistema correspondente que lhe permitisse ter jurisdição judicativa e executiva sobre crimes que a afectassem especificamente (aos seus interesses próprios) poderia já mostrar-se necessário.

¹³⁴³ Em BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 127 ss.

¹³⁴⁴ Algo reconhecido pela Comissão, pelo Conselho e pelo Parlamento, referido várias vezes nas respectivas posições relativamente ao DP – COM(2011) 573 final; “Council Conclusions...”, de 27 de Novembro de 2009; Resolução 2010/2310(INI). O princípio da coerência deve ser avaliado em duas vertentes: primeiramente, assegurando uma coerência interna aos Estados, o

do DPE teria ainda que ser acessível e compreensível para todos os EM, independentemente da sua tradição jurídica, bem como compatível com os direitos fundamentais (tal como definidos no Direito Europeu) e com os princípios penais fundamentais resultantes das diferentes tradições jurídicas dos EM¹³⁴⁵; uma característica essencial (e que neste momento falta no contexto europeu) seria o equilíbrio entre os direitos dos arguidos e o interesse existente na condenação de condutas proibidas¹³⁴⁶. O âmbito de aplicação desta Parte Geral não deveria ainda ser limitado pelos tipos de crime em causa: tanto os interesses da União quanto os que são comuns a esta e aos Estados necessitam, quando existem incriminações elaboradas na UE, de conceitos que permitam a sua total compreensão e aplicação mais homogénea – a diferença é que em relação a uns a “perturbação” introduzida na ordem jurídica europeia pela falta da uma Parte Geral é mais sentida do que em relação a outros¹³⁴⁷.

que deve ser feito a nível europeu, tendo em conta as diferenças mencionadas (p. ex. art. 82º, nº 2 *in fine*), e também na esfera nacional, através da transposição da Directiva; e depois, tendo em conta a própria coerência do sistema europeu e das suas normas (coerência vertical e horizontal) – “A Manifesto on European Criminal Policy”, pág. 709. Debruçando-se em exclusivo sobre a questão da coerência vertical, identificando certos problemas e estratégias para os contornar, CAEIRO, Pedro, “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu”, in SOUSA, Constança Urbano de (Coord.), *O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes*, Lisboa, EDIUAL, 2014, pág. 241 ss.

¹³⁴⁵ Estes princípios não têm que resultar somente das Constituições: basta que façam parte da identidade penal fundamental do Estado. O que fazer, portanto, quando as tradições jurídicas previrem princípios opostos ou inconciliáveis? Até agora, o critério adoptado pelo TJ tem sido observar a existência de um determinado princípio nos diversos EM, e se se encontrar presente numa maioria normalmente é acolhido também na ordem jurídica da União; mas ao fazer uma Parte Geral para o DPE, o legislador teria inevitavelmente que fazer algumas escolhas, pelo que nesse caso uma solução melhor seria não o critério da maioria, mas o da melhor ou mais apropriada solução, tendo em conta todos os factores que para essa escolha contribuissem – solução proposta por BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 131 (opondo uma consideração *estática* das tradições jurídicas dos EM a uma de carácter *dinâmico* mais em consonância com a UE, ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1105). Este critério da compatibilidade com as tradições legais dos EM não pode, portanto, ser visto de modo absoluto, sob pena de nunca se conseguir elaborar um projecto conjunto europeu.

¹³⁴⁶ BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 134.

¹³⁴⁷ Como equivalente ao que será posteriormente referido em sede de bens jurídicos próprios da União, é nossa opinião que a evolução do DPE irá requerer uma Parte Geral verdadeiramente supranacional, ainda que reduzida ao mínimo indispensável. Ainda que a harmonização, para ser eficaz, se deva estender “na medida do necessário à parte geral” (PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas de sanções...*, pág. 350), o facto de certos conceitos serem preenchidos no plano nacional, nomeadamente quando as Directivas penais têm que ser transpostas (e portanto a lei penal *em si* é a nacional, não a europeia), não tem um efeito tão perturbador para o DPE quanto aquele que se prevê relativamente ao funcionamento do EPPO; este necessitaria, de facto, de uma maior harmonia e coerência europeia, algo que não existe nem em relação às incriminações nem às sanções, já que este vai operar com as normas nacionais transpostas. Para determinados interesses, portanto, deveria existir um verdadeiro Direito Penal Europeu supranacional, igual para todos os EM (o qual, naturalmente, deveria respeitar todas as garantias penais, como os requisitos do princípio da legalidade), ao qual correspondesse por isso uma Parte Geral também supranacional, que garantisse a aplicação uniforme dessas normas penais em todo o território europeu; para os outros interesses, os que não são exclusivos da União (em termos da sua titularidade), deveria persistir o sistema actual (transposição e interpretação nacional), com a vantagem de que a existência de uma Parte Geral europeia permitiria aos EM interpretar de forma conforme, quando em relação a crimes europeus / europeizados, as disposições da sua Parte Geral quando estas gerassem dúvidas, fazendo assim com que também essas questões fossem sendo naturalmente harmonizadas e fossem permitindo uma aplicação mais uniforme das incriminações acordadas no âmbito europeu. Esta solução não está isenta de críticas, note-se: não seria possível nem justo existir uma qualquer definição da Parte Geral cujo sentido divergisse em relação a crimes europeus ou meramente nacionais; também não seria legítimo que desta forme acabasse por se harmonizar por completo a Parte Geral de todos os EM. Por estes motivos, uma Parte Geral apenas para os crimes que afectassem especificamente a União criaria menos problemas, e em relação aos restantes um equilíbrio teria que ser encontrado, precisamente através da doutrina da interpretação conforme no DP – desde que

Por fim, resta saber se esta Parte Geral deveria ser codificada¹³⁴⁸ ou não: não sendo isso uma condição imprescindível para a existência da mesma¹³⁴⁹, existem argumentos contra e a favor da codificação. Por um lado, ao não se codificarem essas regras permitir-se-ia ao TJ continuar com o desenvolvimento da mesma conforme isso se revele necessário, e de acordo com soluções que tenham em consideração o variável cenário europeu em relação a determinada questão; por outro, isso faria com que se colocassem problemas relativamente ao princípio da separação de poderes (pois o TJ iria acabar por tomar decisões que deveriam caber ao poder legislativo), ao princípio da legitimidade democrática da lei penal (pelo mesmo motivo), ao princípio da coerência, pois em diferentes casos poderia ser adoptada uma solução diferente, e ainda em relação à aplicação, em matéria penal, de soluções já existentes no âmbito da responsabilidade administrativa ou civil, algo que continua a ser desaconselhável¹³⁵⁰.

No caso de se chegar à conclusão de que a codificação seria de facto aconselhável, de que forma se deveria proceder à mesma? Neste caso existem duas possibilidades: ou se agregam todas essas regras numa Directiva ou Regulamento separados¹³⁵¹, como uma verdadeira Parte Geral, válida para todas as incriminações subsequentes; ou se opta por adoptar uma definição-tipo para cada conceito necessário, que depois é apostado e repetido em cada instrumento legal europeu que proceda a novas incriminações¹³⁵² (aqui deveria ter-se naturalmente o cuidado de repetir a mesma definição, sem variações, para todos os actos legislativos).

tal se encontrasse ainda dentro das possibilidades naturais do conceito nacional, este deveria ser interpretado à luz do estabelecido no DPE; se não, continuar-se-ia a aplicar a interpretação nacional, já que alguma *desarmonia* ou *incoerência* serão de esperar sempre no DUE, dado existirem múltiplos ordenamentos jurídicos que devem continuar a ser respeitados (esta última observação de CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 533, continuação da nota 1306, e de ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1110).

Temos ainda noção de que tal projecto comum poderá, por enquanto, ser “quase uma utopia” (ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1110) – no entanto esta dificuldade resulta mais da vontade política (in)existente do que propriamente de diferenças absolutamente irreconciliáveis entre os diversos EM: tal projecto necessitaria apenas “the criminal law science to concentrate the efforts in order to create a common front beyond national boundaries and develop a ‘common criminal grammar’, and ‘shared dogmatic’ and categories, founded on the comparison of Member States’ criminal law systems, and on a dynamic understanding of constitutional and criminal tradition” – *ibid*, pág. 1111.

¹³⁴⁸ Anda que não afirmando a imperatividade de uma Parte Geral codificada, mas já a necessidade de “uma regulação penal da parte geral fortemente harmonizada ou unificada ainda dentro dos limites essenciais necessários para garantir o bom funcionamento de um *sistema* de Direito penal comum realmente autónomo” (também em referência ao funcionamento do EPPO), PICOTTI, Lorenzo, “Las Relaciones entre Derecho Penal...”, pág. 190 e 191 (tradução livre, sublinhados do autor) – realça este autor a necessidade, pelo menos, de regras que permitam um entendimento comum de dolo e elemento subjectivo, erro de tipo e proibição, tentativa, cumplicidade e participação, responsabilidade das pessoas jurídicas e prescrição.

¹³⁴⁹ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 426.

¹³⁵⁰ A utilização e adaptação, por parte do TJ, de princípios e soluções desenvolvidos primeiramente para o mercado comum a matérias penais já é conhecida, e foi sempre alvo de críticas por parte da doutrina, devido à natureza fundamentalmente diferente do Direito Penal e das suas sanções.

¹³⁵¹ No caso de a UE ser reconhecida competência para adoptar Regulamentos. Outras possibilidades sugeridas consistem na adopção de uma “Directiva Quadro” (Framework Directive), um Código Penal Modelo ou ainda micro-códigos – ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1109 / 1110.

¹³⁵² BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 135 e 136; v. também ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation...”, pág. 1106 e 1107. Apesar de ser preferível a codificação num instrumento separado, existem

c) Aspectos comuns aos arts. 82º e 83º TFUE

Nos dois artigos analisados até agora existem dois aspectos em comum, que dizem respeito à previsão de dois mecanismos introduzidos para responder a diferentes necessidades: dada a sensibilidade dos EM às medidas de natureza penal, foi primeiramente pensada a possibilidade de, no decorrer de um dado processo legislativo penal europeu, estes suspenderem esse processo (o denominado “travão de emergência”); para os EM que pretenderem cooperar, ainda que esse processo se encontre suspenso, foi previsto o mecanismo da cooperação reforçada. Vejamos os termos do funcionamento de ambos.

α) Travão de emergência

Previsto no nº 3 (§ 1) tanto do art. 82º como 83º, o mecanismo apelidado pela doutrina de “travão de emergência” (*emergency brake*) permite a um EM (um membro do Conselho) suspender o processo legislativo em curso se entender que o projecto de Directiva em questão “prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal”, solicitando assim que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu; se neste existir consenso após debate (no prazo de quatro meses após a suspensão), o projecto é remetido ao Conselho e é terminada a suspensão do processo legislativo ordinário¹³⁵³. Este mecanismo é, como se pode perceber, uma medida bastante protectora da prezada soberania dos Estados em matéria penal, e permitiu por isso apazigar algumas das ansiedades dos EM em relação à perda da mesma a favor da UE¹³⁵⁴.

A utilização do travão de emergência encontra-se limitada de três modos. Em primeiro lugar, não pode ser utilizado para suspender o processo legislativo sempre que se verifique um

problemas que teriam que ser ultrapassados com a opção tanto pela Directiva como pelo Regulamento: com a Directiva abrir-se-ia de novo a possibilidade de não se atingir a harmonização pretendida, se aos EM fosse deixado espaço discricionário suficiente (se não fosse, seria um instrumento criticado por retirar toda a liberdade que supostamente deveria existir para que os EM cumprissem os objectivos naquele definidos sem que fossem obrigados a transpor literalmente as suas disposições para o ordenamento nacional); o Regulamento, ainda que para o propósito constitua uma melhor opção, pelo menos por enquanto continua a ser bastante contestado enquanto opção legislativa válida para a UE em matéria penal (algo que se analisará com mais detalhe seguidamente).

¹³⁵³ Note-se que esta possibilidade não existe para o âmbito de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, dado que o nº 3 do art. 82º apenas refere os projectos de Directiva adoptados ao abrigo do nº 2 desse artigo – isso mostra a importância que este princípio assume no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal. Uma outra possibilidade é que se tenha assumido que o reconhecimento mútuo não seria tão problemático quanto a harmonização legislativa, o que na verdade não é de todo linear, sobretudo no que concerne à protecção concedida aos direitos fundamentais nas diversas ordens jurídicas europeias.

¹³⁵⁴ Para além disso argui-se que constitui um limite bastante provável ao “uso excessivo das competências” penais da UE – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 80. O problema com esta visão é que, por um lado, se devem observar as condições de utilização deste mecanismo, o que *não inclui* suspender um processo legislativo com o fundamento de que a União não tem competência para as medidas constantes nesse projecto – isso até pode ser verdade, mas se não afectarem nenhum aspecto fundamental do ordenamento jurídico dos EM, não se vê como poderia o travão de emergência ser legitimamente utilizado para suspender esse processo, sendo nesse caso mais apropriado levantar dúvidas acerca do cumprimento do princípio da subsidiariedade, ou directamente acerca da base legislativa de competência invocada no projecto de Directiva. Por outro lado, enquanto limite ao uso das competências da União também não seria adequado, porquanto se prevê a possibilidade desse projecto prosseguir no âmbito da cooperação reforçada.

conflito com disposições nacionais – os aspectos prejudicados por aquele devem ser *fundamentais*; depois, o processo legislativo não termina quando este mecanismo é accionado por algum EM, ficando apenas *suspense*; por fim, o travão de emergência não deve ser utilizado para tentativa de prossecução de fins divergentes (nomeadamente políticos) por parte de um EM¹³⁵⁵.

O cerne da questão encontra-se portanto em saber o que constitui um “aspecto fundamental”, de que ponto de vista deve ser avaliado e qual o âmbito de aplicação do travão de emergência – no tocante a esta última, o único aspecto que poderia representar um problema seria, no caso da competência penal anexa, saber se se poderia utilizar esse mecanismo quando a base legislativa para adopção do diploma é dupla (ou seja, a norma de competência primária não penal, e o art. 83º, nº 2¹³⁵⁶): uma vez que esta norma de atribuição de competência deve estar presente, e ainda que o processo legislativo de adopção do diploma seja o previsto para a competência europeia primária, nada indica que as especificidades previstas para a legislação penal não pudessem também ser aplicadas¹³⁵⁷.

Relativamente ao que pode constituir um “aspecto fundamental”, deparamo-nos com algumas sugestões na doutrina que derivam de postulados constitucionais, da dogmática penal, e de política criminal¹³⁵⁸: o princípio do bem jurídico¹³⁵⁹, o princípio da culpa¹³⁶⁰, princípio da não retroactividade da lei penal, princípio da legalidade, proporcionalidade e *ultima ratio*,

¹³⁵⁵ Neste caso, afirma AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 475, poderia a Comissão iniciar um processo contra esse EM por violação dos Tratados (art. 258º TFUE), decorrente da violação do princípio da cooperação leal. Apesar de este mecanismo ser “primariamente político” (MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, pág. 43 – v. ainda, de modo ilustrativo, a nota 235), os EM não devem fazer uma utilização abusiva do mesmo – como será o caso se os fins que os EM pretendem prosseguir não se encontrarem de todo relacionados com a integridade da sua ordem jurídica; “caso contrário, um Estado-Membro poderia paralisar a legislação europeia através do uso indevido do ‘travão de emergência’, o que seria inconsistente com o estabelecido princípio da maioria. Para além de aspectos realmente fundamentais, ao sistema legal doméstico de um Estado-Membro não é concedida nenhuma protecção especial ao abrigo do 83 (3)” – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 80.

¹³⁵⁶ Isto porque o travão de emergência só se encontra previsto para os arts. 82º e 83º – fora destes, só se encontra previsto no art. 48º TFUE, para aspectos “importantes do sistema de segurança social” de um EM, o que não releva para a matéria penal.

¹³⁵⁷ De todo o modo, o processo de adopção de dois instrumentos legais separados continua a ser utilizado – v. o exemplo do abuso de mercado dado em HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 317 / 318. A problemática assume outros contornos se se admitir a utilização de Regulamentos por parte da UE para legislar em matéria penal – neste caso, e dado que a base legislativa seria outra que não o art. 83º, não se poderia recorrer a este mecanismo, ainda que algum aspecto do Regulamento prejudicasse um aspecto fundamental da ordem jurídica dos EM – v. neste caso o exemplo de MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 648, que levanta a hipótese da previsão de medidas coercivas demasiado severas no âmbito do EPPD.

¹³⁵⁸ HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 291 e 292.

¹³⁵⁹ Este, entre outros aspectos, não seria problemático para todos os EM (se chegasse a ser de facto para algum, para além da doutrina); em todo o caso, alguma flexibilidade teria que estar presente, devido aos diferentes entendimentos existentes em relação a este conceito. Como afirma SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 310: “Es lässt sich doch wohl nur schwer leugnen, dass diejenigen Faktoren, die bestimmen, was überhaupt als Rechtsgut anerkannt ist und wie dieses zu umschreiben ist, von Staat zu Staat differieren können. Hier sehe ich also auch auf der Grundlage der Rechtsgutskonzeption den Bedarf nach nationalstaatlicher Flexibilität, die durch die Methode der Mindestharmonisierung gewährleistet werden kann”.

¹³⁶⁰ Conforme sublinhado por exemplo pelo Tribunal Constitucional Alemão – 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 364.

responsabilidade penal das pessoas jurídicas¹³⁶¹, punição a nível de negligência de delitos contra a propriedade, questões relacionadas com os critérios de sentença, questões levantadas (na Parte Geral) em relação a delitos contra o ambiente ou economia, política antidrogas, eutanásia e auxílio ao suicídio, aborto, entre outras.

Em relação, por fim, ao ponto de vista que deve ser adoptado ao considerar a natureza fundamental de um aspecto da ordem jurídica, já que o objectivo principal desta disposição é proteger aspectos fundamentais *do EM*, deve esta ser analisada a partir do ponto de vista jurídico deste, e não da UE¹³⁶²; quando, no entanto, este mecanismo for utilizado de forma abusiva, dever-se-ia de igual modo permitir ao TJ que avaliasse os argumentos invocados pelo EM – a jurisdição deste Tribunal não é clara neste ponto, apesar de ser importante para saber exactamente quais os limites de utilização do travão de emergência¹³⁶³.

Pese embora introduza uma certa flexibilidade acrescida para os EM, este mecanismo tem sido alvo de críticas por parte da doutrina: desde logo quanto ao que este significa para uma verdadeira política no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça¹³⁶⁴; também em relação à probabilidade de adopção dessa medida legislativa (sem ser num contexto de cooperação reforçada) uma vez accionado o travão de emergência¹³⁶⁵; e por fim devido à potencial complexidade acrescida que este mecanismo introduz numa área que é já por si complexa¹³⁶⁶ (algo que só será potenciado pela possibilidade de cooperação reforçada). Numa crítica mais ao exercício da competência penal europeia do que ao procedimento do travão de emergência em si, refere-se ainda que os requisitos mencionados em geral no art. 67º (nomeadamente a necessidade de assegurar um maior nível de segurança e o respeito pelos diferentes sistemas e tradições jurídicas) não pretendem ser interpretados de modo abrangente, porque de outro modo este mecanismo do travão de emergência não teria sido, em primeiro lugar, sequer necessário¹³⁶⁷.

¹³⁶¹ Este é um aspecto também referido, ao lado do potencial abandono da distinção entre autor e cúmplice, por SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 81.

¹³⁶² SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 80.

¹³⁶³ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 317. Satzger afirma mesmo que em caso de abuso por parte de um EM, o TJ mantém a sua competência para interpretar os argumentos do mesmo à luz do Direito da União (art. 267º, al. a) TFUE) – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 81.

¹³⁶⁴ Refere HERLIN-KARNELL, Ester, “The Lisbon Treaty...”, pág. 7: “This is particularly important as it is not only a question about ‘taming’ protectionist states but at stake is the adequate protection of the individual at the EU level.”

¹³⁶⁵ O mais provável neste caso será a não adopção da medida por parte do Conselho Europeu, uma vez que é necessária unanimidade, e um país que já afirmou ver afectados aspectos fundamentais do seu sistema pela medida não a aprovará – CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, “European Union Law”, pág.593.

¹³⁶⁶ “[...] too much flexibility will lead to too much complexity. Although it is true that an emergency brake scenario will generate fragmentation, the problem is more fundamental than that. [...] The point is that the very notion of the transformation of criminal law to the supranational stage prompts the question of whether the Lisbon Treaty was drafted carefully enough in the first place to live up to the freedom, security and justice paradigm” – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 225.

¹³⁶⁷ SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 312.

Não podemos senão deixar de concordar com aqueles que sustentam que estes problemas (ou potenciais problemas, dependendo de como os EM utilizam este mecanismo) poderiam ser evitados ou mitigados se a própria União começasse a adoptar princípios de política criminal que tornassem a sua legislação em geral mais previsível (em relação às garantias e características da mesma) e bem assim com maior potencial de aceitação por parte dos EM¹³⁶⁸.

β) A cooperação reforçada

Se durante um processo legislativo for accionado o mecanismo do travão de emergência, os Estados mais dispostos a colaborar não ficam completamente desprotegidos em relação à sua intenção, uma vez que, se forem mais do que nove EM, têm a possibilidade de adoptar uma cooperação reforçada baseada nesse projecto em questão (nº 3 (§ 2) dos arts. 82º e 83º); não necessitarão de provar o requisito de último recurso patente no nº 2 do art. 20º TUE, e a autorização necessária à cooperação (art. 329º, nº1 TFUE) considera-se concedida, pelo que não terão que especificar o âmbito e objectivos dessa cooperação, nem consultar o Parlamento Europeu – este é um processo mais expedito de adopção da cooperação reforçada. Tendo em conta, no entanto, os requisitos que era necessário reunir, o procedimento de cooperação reforçada nunca havia sido utilizado antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹³⁶⁹ – enquanto mecanismo de integração flexível diferente da tradicional forma de acção da UE, podia sempre ser visto como uma intromissão inadmissível no *acquis communautaire* ou concorrência à União¹³⁷⁰; hoje existe já uma cooperação reforçada¹³⁷¹, ainda que não se refira a nenhuma medida penal adoptada ao abrigo da competência penal europeia prevista nos arts. 82º ou 83º.

Também aqui se levantam questões relativamente ao impacto desta norma, mormente quanto ao risco de isso criar uma cooperação a “várias velocidades”¹³⁷² e o que isso poderá

¹³⁶⁸ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 81.

¹³⁶⁹ Com mais detalhe em relação ao procedimento anterior, HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 131 ss.

¹³⁷⁰ Ainda que em matéria penal as possibilidades de intervir com o acervo comunitário sejam menores, existe p. ex. a hipótese de uma hipotética cooperação reforçada na área do combate ao terrorismo interferir com questões de política externa e segurança comum (âmbito de cooperação excluído pelo nº 1 do art. 329º TFUE, assim como na área das competências exclusivas da União), com a questão ainda do que isso poderia significar em relação à jurisdição do TJ, que se encontra excluída no âmbito da política externa e de segurança comum (art. 275º TFUE), mas que persiste para avaliação do cumprimento do art. 40º TUE (cláusula de não afectação) – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 133 – o que significa que este poderia chegar à conclusão que essa cooperação reforçada interferia de facto com a atribuição da competência para a União nesse capítulo, ou ao invés, que a cooperação diz afinal respeito a medidas que podem continuar sob a alçada da sua jurisdição.

¹³⁷¹ Regulamento (UE) 2017/1939, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia – adoptado ao abrigo do art. 86º TFUE. Sobre a proposta de Regulamento e procedimento posterior, v. SANTOS, Margarida, *Para um (novo) modelo...*, pág. 235 ss.

¹³⁷² HERLIN-KARNELL, Ester, “The Lisbon Treaty...”, pág. 7.

significar para a criação de um “espaço *comum* de liberdade, segurança e justiça” que se pretende para a União, se concomitantemente se autoriza a formação de espaços seccionais diferenciados para a validade e aplicação de normas adoptadas na esfera europeia¹³⁷³. Isso, por outro lado, levanta questões em relação à existência desses espaços com a aplicação do princípio do mútuo reconhecimento¹³⁷⁴, principalmente se essa cooperação disser respeito à adopção de direitos individuais em processo penal (art. 82º, nº 2). De um modo mais geral, pergunta-se ainda se tal cooperação estará de acordo com o princípio penal de *ultima ratio* e com o princípio da cooperação leal, se já não tem que se demonstrar nem a natureza de “último recurso” da mesma, consoante exigido no nº 1 do art. 20º TUE, *nem* o facto de essa cooperação “favorecer a realização dos objectivos da União, preservar os seus interesses e reforçar o seu processo de integração”, conforme estipulado na mesma norma¹³⁷⁵. Finalmente, em específico em relação à competência penal anexa, não se compreende como uma cooperação reforçada poderia contribuir para o objectivo de tornar uma política da União mais eficaz, uma vez que as normas penais previstas não se aplicariam na totalidade do seu território¹³⁷⁶.

De um modo algo positivo, refere-se contudo que este pode ser um mecanismo adequado para abordar a questão de actividade criminosa específica de uma região da UE, sem que para isso seja preciso recorrer ao formato da harmonização válida para todos os EM, e

¹³⁷³ “[...] a combinação entre freio de emergência e cooperação reforçada revela uma lógica de excepcionalismo, flexibilização, diferenciação e fragmentação dotada de um alto potencial desagregador, capaz de conduzir à formação de um mosaico ou *puzzle* europeu de espaços marcados por distintos e competitivos graus de liberdade, segurança e justiça” – MOURA, Bruno, “O Tratado de Lisboa e a legitimidade...”, pág. 41 – isto para além da complexidade já existente em virtude dos *opt-outs*. Estes mecanismos, no entanto, em conjunto com uma (teoricamente) mais precisa delimitação das competências da UE em matéria penal, foram a contrapartida necessária à ratificação do Tratado de Lisboa – em análise aos trabalhos do mesmo e sublinhando precisamente esse aspecto, LADENBURGER, Clemens, “Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method”, *in* European Constitutional Law Review, Vol. 4, 2008 (p. ex. pág. 31 ss).

¹³⁷⁴ HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 135.

¹³⁷⁵ Na verdade, a instituição de uma tal cooperação pode *não ser* do interesse da União, e nesse caso levanta-se a questão de quem se encontra de facto a cumprir as obrigações decorrentes do princípio da lealdade – problemática levantada por (e desenvolvida com mais detalhe em) HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 136. Em relação à questão do princípio de *ultima ratio* do DP, em que este estaria em causa por não ter que se demonstrar o requisito de “último recurso” do art. 20º, fazendo assim com que o Direito Penal pudesse ser uma solução de *prima ratio*, admite a autora que pode ser uma preocupação demasiado enfatizada, uma vez que não se tem verificado nenhum processo desta natureza em matéria penal, apesar de começar a surgir em outras áreas – para mais desenvolvimento, HERLIN-KARNELL, Ester, “European Criminal Law as an Exercise...”, pág. 454. Acrescentaríamos ainda aqui que este “último recurso” não se deveria traduzir bem para o âmbito do princípio de *ultima ratio* penal, uma vez que parece mais apto a descrever a circunstância de determinadas medidas, que podem por elas próprias ser verdadeiramente necessárias (e nesse sentido preencher todos os requisitos penais relevantes), não se conseguirem adoptar a nível europeu devido a bloqueios por parte de um ou mais EM – e neste caso a cooperação reforçada é que seria o último recurso disponível para a adopção dessas medidas; em todo o caso, é verdade que a não previsão deste requisito para estas cooperações reforçadas pode levar à adopção, pelo menos numa parte da UE, de medidas penais desnecessárias por parte de EM menos zelosos de garantias penais, mas embora sendo mais difícil de ocorrer, não se pode excluir esse risco também do procedimento normal de adopção de normas penais europeias: basta que nenhum EM accione o travão de emergência para que medidas penais desnecessárias possam ser adoptadas por maioria.

¹³⁷⁶ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 777.

desta forma pode a cooperação reforçada constituir uma melhor solução quando comparada com “o mínimo denominador comum” estabelecido nos Tratados¹³⁷⁷.

5.3.2 A questão da competência penal implícita

O Tratado de Lisboa também introduz a possibilidade de outras normas serem interpretadas no sentido de atribuírem à UE uma competência penal fora dos limites estabelecidos pelos arts. 82º e 83º. As opiniões em relação a este tema variam exponencialmente na doutrina e nas posições dos órgãos da União (nomeadamente Comissão e Conselho), e podem alternar consoante a norma que se considera para base legislativa potencialmente penal, razão pela qual iremos analisar as várias possibilidades que se colocam e os argumentos em relação a cada uma delas. O facto principal de que se deve partir para análise deste tema é que o art. 83º serviria em princípio o propósito de *esgotar* a competência penal substantiva da UE, mesmo pela questão de ter incorporado a jurisprudência do TJ em relação ao reconhecimento de uma competência penal anexa no seu nº 2; esta opinião é partilhada por um segmento da doutrina e pelo Serviço Legal do Conselho¹³⁷⁸. Outra parte da doutrina, adoptando uma posição correspondente à da Comissão e tendo em conta a redacção de certas normas do TFUE¹³⁷⁹, vê a possibilidade de estas serem utilizadas como base legislativa para a emanação de normas também em matéria penal, apesar de neste caso parecer improvável que essas medidas adoptadas ao abrigo de normas de competência não explicitamente penais possam conter mais do que a obrigação, dirigida aos EM, de criminalizar determinadas condutas e impor sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, excluindo assim em princípio (e de acordo com a jurisprudência anterior do TJ relativamente à competência penal implícita) a definição do tipo ou medida da sanção em causa¹³⁸⁰.

Os exemplos que iremos analisar são os dos arts. (TFUE) 325º, 33º, 114º, 352º, 79º e 86º, ainda que existam outras possibilidades nos Tratados em relação a outras matérias¹³⁸¹. Antes

¹³⁷⁷ HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 135.

¹³⁷⁸ V. a Opinião do Serviço Legal do Conselho, documento 15309/12 (tornado público após querela no TJ, caso T-303/13 (*Miettinen v Council*)), especialmente § 10), onde se efectua uma análise à então proposta de Directiva da Comissão para protecção dos interesses financeiros da UE baseada no art. 325º TFUE; este Serviço discorda da possibilidade dessa base legislativa poder ser utilizada para a emanação de normas relativas a matéria penal (§12 a 14), mesmo pelas consequências que isso teria em relação aos EM que fizeram *opt-out* das medidas adoptadas ao abrigo da competência penal da União (§ 21 ss).

¹³⁷⁹ É ilustrativa a afirmação de HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 311: “Even though the CLS emphasizes the Member States’ purpose in incorporating the Union’s substantive criminal law competence into Article 83 TFEU exhaustively, the CJEU has not often taken the *intent* of the Master of the Treaties into account in its case law”. No fundo, esta questão só conhecerá alguma espécie de resolução quando (ou se) alguma querela à semelhança dos casos “ambiente” e “poluição por navios” for levada até ao TJ, ficando até lá a dúvida se este Tribunal, agora que existe uma verdadeira competência penal da União, adopta uma interpretação mais literal dos Tratados ou se continua a aplicar a teoria das competências implícitas na matéria penal.

¹³⁸⁰ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 312.

¹³⁸¹ Alguns exemplos dessa interpretação extensiva, apesar de utilização não muito provável (e de interpretação no sentido de conferir competência penal à UE ainda mais contestável) são dados por SATZGER, Helmut, *International and European Criminal*

de procedermos a essa análise impõem-se algumas considerações gerais, para que se perceba melhor o porquê das posições nesta temática serem tão pouco consensuais. Por um lado, argumenta-se que se deve ter em conta a *intenção* dos redactores do Tratado: desde o início das Comunidades e da União que a matéria penal foi sempre diferente das outras matérias sob a alçada supranacional, e a intenção dos EM era claramente negar ou restringir os poderes das mesmas nessa área; existiam ainda cláusulas que excluía explicitamente a possibilidade da acção da (então) Comunidade abranger medidas de natureza penal (antigos arts. 135º e 280º TCE, correspondentes aos actuais arts. 33º e 325º TFUE). Por outro lado, neste momento a intenção dos EM foi conceder competência penal à EU, e as cláusulas mencionadas desapareceram com a redacção dada a essas normas pelo Tratado de Lisboa, pelo que se pode afirmar que a relutância estadual em relação ao exercício de competência penal por parte da entidade supranacional diminuiu¹³⁸².

Existem alguns problemas que a adopção de medidas com carácter penal com base em outras normas de TFUE origina, independentemente da norma específica em questão: o primeiro dirige-se ao respeito pelos princípios da legalidade¹³⁸³ e legitimidade democrática, cuja dimensão supranacional¹³⁸⁴ pode ser colocada em causa se se adoptarem medidas penais sem ser ao abrigo do procedimento legislativo ordinário¹³⁸⁵, ou segundo uma forma não

Law, pág. 54: art. 103º, nº 2, por a lista de finalidades elencada não ser taxativa; art. 91º, nº 1, al. d), por permitir a adopção de “quaisquer outras disposições adequadas”; e o art. 192º, nº 1, por aparentemente não restringir as acções a adoptar pela União. Todos estes artigos se referem, todavia, a políticas específicas da União, pelo que a ser denotada a necessidade de adopção de medidas penais estas deveriam sê-lo mais propriamente segundo o art. 83º, nº 2, que se refere precisamente a essas situações, sob pena de praticamente o esvaziar de conteúdo útil.

¹³⁸² O argumento utilizado pelos autores que defendem a competência penal implícita é o seguinte: as normas em que esta se pode basear não são específicas, no sentido em que referem “medidas” (em geral) que devem ser adoptadas pela União para prossecução da política em causa, harmonizando desse modo o Direito dos EM; ora, se também nestes casos a UE pode optar pela Directiva (e não é obrigada a optar por Regulamento), e se tem competência para adoptar medidas de carácter penal, “*a fortiori* tem que ter competência para se limitar a aproximar direito penal nacional nas áreas em questão” – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 81 (tradução livre).

¹³⁸³ A teoria dos poderes implícitos dita que se podem adoptar medidas relacionadas com o exercício de outra competência, se aquelas forem necessárias para alcançar o objectivo pretendido; o que não é legítimo é estender de tal modo o âmbito de aplicação dessa competência primária que se entraria já no campo da “analogia proibida”, por se criar efectivamente uma nova norma de competência por interpretação analógica – SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 111 e 112.

¹³⁸⁴ A “dimensão federal” do princípio da legalidade faz com que os critérios de verificação de cumprimento do mesmo sejam menos adstringentes do que ao nível nacional – p. ex. em relação ao requisito da certeza e precisão da lei penal, cuja perfeição só será atingida através da transposição das normas europeias para o ordenamento jurídico interno, tal como refere a Comissão na sua Comunicação, COM(2011) 573 final, pág. 8. Porque uma análise deste princípio seria obrigatoriamente extensa e para além do escopo deste estudo, remetemos para uma de entre várias análises já efectuadas, neste caso tendo em conta a sua dimensão também penal: MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 443 ss; sobre este princípio do ponto de vista do TJ, v. também LENAERTS, Koen, “The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice”, *in International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, April 2013; sobre a relação da Directiva com o requisito da certeza penal, também ZEROUKI-COTTIN, Djoheur, “La Directive: nouvelle loi pénale?”, *in ZEROUKI-COTTIN, Djoheur (etc.) (Dir.), L'Espace Pénal Européen: à la croisée des Chemins?*, Bruxelles, La Charte, 2013, pág. 76 ss.

¹³⁸⁵ Como já se referiu, este procedimento consegue fazer com que a representação das várias partes (dos EM, UE e povo europeu) encontre um equilíbrio, algo que seria colocado em causa se se adoptassem outros procedimentos.

prevista (pelo menos pelos EM)¹³⁸⁶; o princípio da proporcionalidade também teria que ser assegurado de outro modo (mais exigente) no plano europeu, devendo essas normas permitir uma ampla margem de discricionariedade aos EM, para que estes pudessem manter a coerência interna do seu sistema penal¹³⁸⁷.

Um outro problema (que é visto como vantagem do ponto de vista de quem apoia a possibilidade de utilização dessas outras bases legislativas para adopção de medidas penais europeias) seria ainda essas medidas poderem em princípio aplicar-se a *todo o território da UE*, incluindo por isso mesmo os EM que escolheram não participar “na adopção pelo Conselho das medidas propostas em aplicação do Título V da Parte III” TFUE¹³⁸⁸ – o que faria com que estas medidas, em relação aos interesses que visam proteger, fossem mais eficazes pelo menos em relação à sua aplicação geográfica não variável; de modo semelhante, não se colocaria também a hipótese de utilização do “travão de emergência”¹³⁸⁹, o que garantiria mais uma vez a aplicação uniforme das medidas adoptadas.

¹³⁸⁶ P. ex. medidas penais directamente aplicáveis adoptadas num Regulamento da União – neste caso, os tribunais dos EM teriam que basear os seus julgamentos directamente nas normais europeias, algo que colocaria outros problemas em relação à interpretação das mesmas tendo em conta a diferença dos conceitos da Parte Geral que são indiferentemente utilizados pelo legislador europeu. Para além disso, o princípio da legalidade (*lex parlamentaria*) poderia ser colocado em causa porque os EM só concederam competência penal à UE para definir *regras mínimas*, as quais devem constar de Directivas, não existindo por isso nem legitimidade democrática nem certeza suficiente para se considerar neste caso que o princípio da legalidade era cumprido.

¹³⁸⁷ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 319; HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 291. Este também é um aspecto importante na legislação europeia adoptada ao abrigo da competência penal explícita; no entanto é menos problemático porque se prevê precisamente que a União pode adoptar essas regras mínimas, e estas terão sem dúvida algum impacto no ordenamento interno dos EM, enquanto que as outras potenciais normas do TFUE não se referem a regras mínimas, podendo por isso diminuir o âmbito de discricionariedade dos EM, e desse modo igualmente a coerência do seu sistema penal.

¹³⁸⁸ Protocolos nº 21 e 22 anexos ao Tratado de Lisboa relativos, respectivamente, à posição do Reino Unido e Irlanda, e Dinamarca no que concerne ao espaço de liberdade, segurança e justiça; v. também a argumentação do Serviço Legal do Conselho em favor da utilização do art. 83º, nº 2, (documento 15309/12) § 21 a 24.

¹³⁸⁹ Apesar de essa ser a opinião prevalecente, a doutrina também não é unânime nesta questão: Satzger, por exemplo, admite a não aplicação do mecanismo do travão de emergência no caso de adopção de Direito Penal verdadeiramente supranacional (ou seja, directamente aplicável, sem necessidade de transposição); mesmo reconhecendo que se poderia argumentar que neste caso haveria maior necessidade ainda de tal mecanismo, o facto de essas medidas terem na verdade um menor impacto na coerência e integridade do sistema penal nacional (por se tratar da criação de um sistema penal autónomo e separado dos nacionais) levaria a que o travão de emergência não se devesse aplicar. Diversamente, quando a UE utilizasse Directivas para criação de normas penais, mesmo que baseando-se noutra base legislativa (como p. ex. o art. 325º ou 33º), o mecanismo do travão de emergência dever-se-ia aplicar por analogia, dado que se encontrariam em risco os mesmos aspectos tidos em consideração no art. 83º: a Directiva obrigaria o legislador nacional a adaptar o seu sistema penal, pelo que as normas poderiam interferir de modo fundamental com o mesmo (também argumentando no mesmo sentido, WEIßER, Bettina, “Strafgesetzbuchung durch die Europäische Union: Nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht?”, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 161, n. 8, 2014, pág. 441). Dado que só as Directivas podem interferir com a margem de discricionariedade do legislador nacional, e não os Regulamentos, o travão de emergência previsto no art. 83º deveria encontrar-se disponível para aquelas, independentemente da base legal em causa – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 82; da mesma opinião partilha AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 389. Admitindo a aplicação do travão de emergência quando o art. 83º é utilizado em conjunto com outra norma de competência, HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 317. Em sentido divergente, concluindo por isso pela sua inaplicabilidade em procedimentos legislativos diversos dos adoptados ao abrigo

No caso de se admitir a possibilidade de estas normas serem utilizadas como base legal para a adopção de medidas harmonizadoras (ou mesmo unificadoras) de Direito Penal, existiria na maioria dos casos – pelo menos em relação à adopção de Directivas no âmbito de outras políticas da UE, como o ambiente ou os transportes – um *conflito de normas*, que no caso da União é provocado pela divisão de competências entre esta e os EM, para além do teor geral ou específico das disposições do TFUE¹³⁹⁰. Esse conflito pode desde logo ser resolvido recorrendo aos critérios que normalmente se aplicam em situações similares, nomeadamente o critério da *lex specialis*¹³⁹¹, que determina que a disposição mais específica seja favorecida em relação às disposições de atribuição de competência de carácter mais geral¹³⁹². Na UE, para além destes critérios gerais devemos ter ainda em conta a orientação do TJ, que já definiu que “a escolha do fundamento jurídico de um acto não pode depender somente da convicção de uma instituição quanto ao fim prosseguido, mas deve fundar-se em elementos objectivos, susceptíveis de controlo jurisdicional”¹³⁹³, onde se incluem, “nomeadamente, o fim e o conteúdo do acto”¹³⁹⁴. Se um acto legislativo tiver mais do que uma finalidade, deve optar-se pela base legislativa que corresponde ao objectivo predominante desse acto¹³⁹⁵; se, pelo contrário, não for possível discernir nenhuma relação de complementaridade ou acessoriedade de uma finalidade em relação à outra, o acto legislativo deverá excepcionalmente assentar em

do art. 83º, WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 19.

¹³⁹⁰ Sobre as causas do conflito de normas, CONWAY, Gerard, “Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ”, *in German Law Journal*, Vol. 11, no. 9, 2010, pág. 980 e 981.

¹³⁹¹ Os critérios *lex superior e lex posterior* não se aplicam no nosso caso, uma vez que todas as normas são do TFUE, e portanto têm o mesmo valor jurídico e foram adoptadas ao mesmo tempo – sobre estes critérios, CONWAY, Gerard, “Conflicts of Competence Norms...”, pág. 984 ss.

¹³⁹² Um exemplo em relação às normas que em seguida serão consideradas: se eventualmente a adopção de normas penais fosse necessária para o estabelecimento ou funcionamento do mercado interno, e essa não fosse possível ao abrigo do mais específico art. 83º, dever-se-ia aplicar em seguida o art. 114º, artigo que tem prioridade aplicativa em relação ao art. 115º, recorrendo-se em último lugar ao art. 352º (por ordem crescente em relação ao seu carácter geral) – HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 280.

¹³⁹³ C-45/86 (*Comissão c. Conselho*), § 11.

¹³⁹⁴ C-300/89 (*Titanium Dioxide*), § 10; C-209/97 (*Comissão c. Conselho*), § 13.

¹³⁹⁵ C-155/07 (*Parlamento c. Conselho*), § 35. Por exemplo, se o principal objectivo de uma Directiva for aproximar as disposições penais dos EM para assim assegurar a implementação eficaz de uma política da UE, a base legal apropriada tendo em conta o seu fim é o art. 83º; se a finalidade principal dessa Directiva for antes o estabelecimento ou funcionamento do mercado interno e lateralmente houver a previsão de medidas de natureza penal, a base legal apropriada para adopção dessa Directiva seria já o art. 114º – v. neste caso também o Ac. C-491/01 (*British American Tobacco*), § 96, em que se concluiu pela propriedade de invocação do art. 114º. O facto de se preverem outras medidas num acto com um objectivo predominante não significa automaticamente que as primeiras sejam *ultra vires*, uma vez que estão relacionadas com o exercício da competência principal – recordem-se a este propósito os Ac. C-176/03 (*Commission v Council*) e C-440/05 (*Commission v Council*) que concederam competência penal à Comunidade antes desta a ter nos Tratados; v. também C-380/03 (*Tobacco Advertising*), § 78, em que as finalidades de mercado interno foram ponderadas em relação a considerações de protecção da saúde humana.

ambas as bases legais¹³⁹⁶. Especificamente em relação a medidas penais, especial consideração deveria ainda ser dada aos princípios penais que orientam a acção criminalizadora da UE¹³⁹⁷.

Vejamos então as normas do TFUE que são mais problematizadas em relação à sua utilização enquanto base legislativa penal alternativa.

a) Art. 325º, nº 4 TFUE

O art. 325º, nº 4 TFUE permite à União tomar medidas (não se excluem medidas penais) de acordo com o processo de co-decisão, “nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União”. Este artigo corresponde ao anterior art. 280º, nº 4 TCE, cuja disposição respectiva incluía uma outra frase *in fine* (agora ausente do art. 325º): “Estas medidas não dirão respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos Estados membros”, o que impedia, portanto, de modo claro a utilização deste artigo enquanto base legal para aproximação das normas de DP substantivo dos EM¹³⁹⁸. A exclusão desta cláusula significou para muitos autores que o art. 325º teria agora a intenção de permitir a adopção de medidas europeias penais para a prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses da União¹³⁹⁹, sobretudo tendo em atenção que a querela doutrinal

¹³⁹⁶ C-411/06 (*Comissão c. Parlamento e Conselho*), § 47; C-155/07 (*Parlamento c. Conselho*), § 72 – excepto se os procedimentos forem incompatíveis entre si, caso em que o TJ tende a favorecer a participação do Parlamento: C-300/89 (*Titanium Dioxide*), § 18 a 25, C-155/07 (*Parlamento c. Conselho*), § 75 a 79. Se um dos procedimentos requerer unanimidade, não poderá ser cumulado com outra base legal que preveja outra regra para adopção do acto legislativo – C-338/01 (*Comissão c. Conselho*), § 58.

¹³⁹⁷ Quais são esses princípios na actualidade e quais deveriam ser será uma questão explorada no título seguinte; por agora basta ponderar o possível impacto, p. ex., dos princípios da subsidiariedade ou proporcionalidade: ao adoptar medidas ao abrigo de uma das normas mais gerais, estes princípios deveriam intervir desde logo na opção por essas medidas, confrontando-as com a suficiência de medidas nacionais ou de medidas de natureza diversa da penal – v. neste sentido, em relação ao art. 325º, KAIIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal...”, pág. 96, referindo a autora a legitimidade de se recorrer às medidas penais apenas quando se verificasse a insuficiência de sanções administrativas para alcançar o objectivo pretendido. Também apelando aos mesmos princípios, argumenta GRÜNEWALD, Anette, “Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union durch das Strafrecht”, *in* *Juristische Rundschau*, Vol. 5, 2015, pág. 253 e 254 que, na hipótese de adopção de medidas penais ao abrigo do art. 325º, se deveria primeiramente esgotar a opção da Directiva, para só depois observar se à luz destes princípios seria legítima a opção pelo Regulamento.

¹³⁹⁸ Apesar disso a Comissão tinha outro entendimento, e propôs por duas vezes a adopção de medidas ao abrigo desta disposição, nenhuma das quais veio a ser adoptada; a doutrina também não era uniforme nesta questão, não obstante a maioria dos autores considerar que a Comunidade não poderia através deste artigo nem harmonizar nem unificar matéria penal – v. com maior detalhe acerca do artigo anterior MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 296 ss.

¹³⁹⁹ P. ex. SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 57: “The amendments of primary European law allow the adoption of supranational criminal law at least in the fields of combating fraud and protecting customs” (referindo-se aqui também ao actual art. 33º); ou VOGEL, Joachim, “Die Strafgesetzbildungskompetenzen der Europäischen Union...”, pág. 48: “[...] dem Europäischen Parlament und dem Rat bleibt es unbenommen, eine weitergehende Harmonisierung im Rahmen des Art. 325 Abs. 4 AEUV vorzunehmen”; também KLIP, André, “European Criminal Policy”, pág. 7. Isso não seria tão problemático se deste artigo constassem as mesmas restrições existentes nos artigos da competência “normal” em matéria penal – ou seja, as patentes no art. 83º. No entanto, isso não se verifica: estas medidas podem ser, por exemplo, adoptadas por Regulamento, e não têm que estar presentes os requisitos da particular seriedade, dimensão transfronteiriça, ou mesmo da indispensabilidade dessa acção; do mesmo modo, não existe a previsão de um “travão de emergência” (pelo menos não de forma explícita, e a sua aplicação

em torno do antigo art. 280º não poderia ter passado despercebida aos autores do Tratado¹⁴⁰⁰, e portanto não poderia ter outra intenção senão a permissão para a utilizar como base legal para a protecção dos interesses financeiros da União¹⁴⁰¹.

Os argumentos que se elencam a favor desta interpretação, para além do desaparecimento do inciso final dessa norma com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, são¹⁴⁰²: a protecção dos interesses financeiros da União ser uma das matérias com maior “europeização”, mesmo antes do Tratado de Lisboa; em segundo, ainda que não se refiram as medidas penais nesse artigo, estas encontrar-se-iam implicitamente presentes uma vez que para os casos graves de fraude não seriam suficientes as sanções administrativas¹⁴⁰³. Por outro lado, a previsão de criação de uma Procuradoria Europeia implicaria, sob pena de esta ficar sem sentido, a protecção dos interesses financeiros da União através do Direito Penal; e o recurso ao nº 4 do art. 325º far-se-ia quando se verificasse que a técnica da assimilação prevista no seu nº 2 não se mostrava suficiente nem eficaz na protecção dos interesses europeus – dado que os EM também protegem os seus interesses próprios através de Direito Penal (embora possam variar no grau de protecção que lhes conferem), não se esperaria que as medidas a que se refere o nº 4 fossem apenas administrativas, já que teriam que ser mais eficazes do que aquelas que já resultam do nº 2.

Uma outra questão colocada por esta norma (porque as bases legais alternativas não têm as mesmas condicionantes expressas no art. 83º), é a da hipótese de se poder através delas criar Direito Penal verdadeiramente supranacional¹⁴⁰⁴ através de Regulamentos¹⁴⁰⁵ – isto é,

analógica nem é líquida nem se aplicaria no caso de optarem por Regulamento). Seria possível, portanto, no âmbito muito limitado da protecção dos interesses financeiros da União, a adopção de medidas penais que não se restrinjam ainda a regras mínimas.

¹⁴⁰⁰ E por isso mesmo teriam optado pela supressão da cláusula final do nº 4, “um damit eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass bereichsspezifischen Europäischen Strafrechts zu schaffen” – AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 388.

¹⁴⁰¹ Contraindo esta norma com a do art. 86º, nº 2 (que irá ser posteriormente também analisada), MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 303: “[...] no se entendería muy bien com qué fin iba el nuevo Tratado a suprimir la polémica coetilla prevista en el apartado 4 del [...] artículo 280 TCE, si no fuera para reconocer la competencia penal por esta vía, sin necesidad de recurrir a interpretaciones farragosas y complicadas del artículo 86 §2 TFUE”. Para MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 634, esta norma também é clara, permitindo que a UE adopte medidas penais (inclusive através de Regulamentos), ainda que essa possibilidade seja muitas vezes na doutrina subestimada ou mesmo recusada.

¹⁴⁰² Em ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 370 ss.

¹⁴⁰³ Ainda assim, e porque se refere especificamente à fraude lesiva dos interesses financeiros da UE, permitiria uma ligação mais fluida com medidas anteriores já adoptadas ao nível do sancionamento administrativo – opinião de KLIP, André, “The Substantive Criminal Law Jurisdiction of the European Public Prosecutor’s Office”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 20, 2012, pág. 371. O autor lista ainda a particularidade de esta ser uma base legal específica para estes interesses, bem como a circunstância de permitir a aplicação da legislação em todos os EM (ultrapassando assim os *opt-outs*), como argumentos que justificam a utilização do art. 325º em detrimento do art. 83º, nº 2.

¹⁴⁰⁴ Em teoria, Direito Penal directamente aplicável aos indivíduos também poderia resultar de disposições do Tratado, no entanto não existe neste momento nenhuma disposição de Direito originário da UE que seja clara, precisa e incondicional para que se pudesse aplicar sem legislação posterior por parte dos EM – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 223.

¹⁴⁰⁵ Ainda assim restrito à fraude lesiva dos interesses financeiros da UE, conceito que teria que ser especificamente europeu (construído a partir de noções europeias já existentes), e a infracções conexas, como a falsificação de documentos – neste sentido SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 56; para uma listagem da maioria dos autores que concordam

directamente aplicável aos sujeitos, sem necessidade de transposição, e por isso mesmo igual em todo o território da União¹⁴⁰⁶ –, o que poderia colocar um problema relativamente ao princípio da legalidade¹⁴⁰⁷, quando a definição europeia não fosse suficientemente precisa para satisfazer as exigências do Direito Penal enquanto *lex certa*¹⁴⁰⁸. A tentação de se procurar recorrer a estes instrumentos legais decorre precisamente da inexistência de limites equivalentes àqueles previstos para o exercício da competência penal explícita da UE, fazendo com que essas medidas sejam pelo menos em teoria mais eficazes do que as que se poderiam alguma vez adoptar através de Directivas.

Numa posição oposta encontram-se os autores para quem essa exclusão da cláusula do nº 4 deve ser lida *em conjunto* com a introdução de uma base legal específica para o exercício da competência penal da UE, o que faria com que o art. 83º pretendesse de facto esgotar todo o âmbito da competência penal (nomeadamente anexa) da União¹⁴⁰⁹. Os argumentos que se

com esta possibilidade, v. também WEIßER, Bettina, “Strafgesetzgebung durch die Europäische Union...”, pág. 439, nota 40. Estranhamente, ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 372 manifesta sem dúvidas que o instrumento a utilizar neste caso teria que ser a Directiva, ainda que tal limitação não resulte de nenhuma disposição do art. 325º, pelo que não se percebe a exclusão taxativa do Regulamento enquanto hipotética “medida necessária” prevista pelo nº 4 do art. 325º – algo que conseguiria justificar precisamente o tratamento especial conferido à fraude lesiva dos interesses da UE no caso de este artigo poder ser utilizado como base legal para a adopção de medidas penais. Ainda em contradição com esta última opinião, mesmo considerando-se “o ambiente constitucional pós-Lisboa” (MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 222), encontra-se o art. 296º TFUE: “Quando os Tratados não determinem o tipo de acto a adoptar, as instituições escolhe-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade”.

¹⁴⁰⁶ Apesar de a Comissão na sua Comunicação ter listado o art. 325º como possível base legal, não se expressou em relação à questão dos Regulamentos; note-se ainda que estes hipotéticos Regulamentos não estariam condicionados às “regras mínimas” relacionadas com incriminações e sanções, pelo que poderiam estipular também regras relativas à Parte Geral do DP.

¹⁴⁰⁷ De todo o modo, certo é que a actual abordagem da Comissão não se poderia aplicar em relação à adopção de Regulamentos ao abrigo do art. 325º – esta expressou na sua Comunicação (e bem) que o princípio da legalidade não impõe as mesmas exigências ao legislador europeu porquanto as Directivas implicam sempre a transposição para a ordem jurídica interna do EM, sendo então esse acto que deve preencher todas as exigências desse princípio; se eventualmente se adoptarem Regulamentos penais europeus, estes têm, por si próprios, que se encontrar conformes com os princípios penais fundamentais.

¹⁴⁰⁸ Em princípio não é suposto os EM transporem um Regulamento, até porque isso faria com que o objectivo da sua utilização neste caso fosse frustrado – principalmente o facto de não permitir interpretações distintas de EM para EM. No entanto, tal transposição teria que ser permitida quando as disposições do Regulamento fossem *análogas às de uma Directiva*, ou seja, quando não possuíssem a determinação necessária para que se pudessem aplicar directamente aos indivíduos – v. C-60/02 (*Criminal proceedings against X*), § 62: “Ainda que, no processo principal, a regra comunitária em causa seja um regulamento, isto é, uma norma que, por natureza, não necessita de medidas nacionais de transposição, e não uma directiva, há que notar que o artigo 11.º do Regulamento n.º 3295/94 atribui aos Estados-Membros competência para adoptarem as sanções das infracções aos comportamentos proibidos pelo I-686 X artigo 2.º deste regulamento, o que faz com que o raciocínio adoptado pelo Tribunal relativamente às directivas seja transponível para o referido processo”. Esta excepção ao regime geral dos Regulamentos justifica-se devido à natureza do Direito Penal – KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 168.

¹⁴⁰⁹ Este é nomeadamente o entendimento do Conselho: Opinião do Serviço Legal do Conselho, documento 15309/12, § 12; e também de GRÜNEWALD, Anette, “Der Schutz der finanziellen Interessen...”, pág. 250, que argumenta que a remoção da cláusula do nº 4 do art. 325º pode também ser lida no sentido de querer significar, agora que esta se encontra prevista para a União, que o seu exercício deverá ficar cingido às normas que a prevêm explicitamente, não existindo por isso para esta autora nenhuma norma que possa justificar uma competência implícita da UE em matéria penal.

listam a favor desta interpretação são os seguintes¹⁴¹⁰: a existência da cláusula do nº 4 não seria o argumento preponderante na exclusão dessa competência penal, uma vez que tal limitação já resultaria da própria arquitectura do sistema (uma vez que essa cláusula existia quando a Comunidade não tinha – pelo menos até ao julgamento do TJ – competência penal, estando esta reservada à União). A remoção desta cláusula teve, por outro lado, o efeito de fazer com que esta norma, à semelhança de outras já existentes antes do Tratado de Lisboa, passasse a estar numa “situação de silêncio” em relação à natureza das medidas que se podem adoptar – ora, se antes não se via nessas outras normas que apenas referem “medidas” uma base legal adequada¹⁴¹¹ para permitir à Comunidade adoptar medidas penais directamente aplicáveis, não parece que seja coerente passar agora a ver essa possibilidade¹⁴¹², muito menos quando isso constituiria uma novidade de tal ordem que deveria encontrar-se de modo explícito no Tratado¹⁴¹³. Por último, em referência a um dos argumentos enunciados a favor dessa interpretação, considera-se que precisamente por os autores dos Tratados não poderem ignorar a controvérsia que existia acerca da redacção anterior da norma, isso demonstra que, ao retirar

¹⁴¹⁰ Todos os argumentos de CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 184 e 185, ainda que em cada um se possa adicionar bibliografia que dê conta de outras opiniões. Note-se que o autor não nega a possibilidade de este artigo poder eventualmente servir de base legal para a adopção de medidas penais (*ibid*, pág. 183), mas não sob a forma de Regulamentos directamente aplicáveis. V. ainda CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 660.

¹⁴¹¹ Também a utilização do termo “*combate* das fraudes” não poderá ser visto como querendo apontar para a previsão de medidas penais: GRÜNEWALD, Anette, “Der Schutz der finanziellen Interessen...”, pág. 249, refere que este vocábulo é utilizado em outras normas que de modo algum se poderiam interpretar no sentido de implicarem a adopção de medidas penais. O exemplo mencionado pela autora é o do art. 208º, nº 1, § 2, onde se utiliza o termo “*Bekämpfung* und auf längere Sicht die Beseitigung der Armut”, que corresponde ao utilizado no nº 4 do art. 325º na versão alemã: “*Bekämpfung* der Betrugereien”, correspondência de termos que não se verifica na versão portuguesa – nesta última norma lê-se de facto “*combate* das fraudes”, mas na primeira é utilizado o termo “*redução* [...] da pobreza”, termo que de resto se encontra em harmonia com todas as outras versões consultadas, o que inclui a versão inglesa, francesa, italiana e espanhola, pelo que este poderá não ser um exemplo determinante do argumento da autora. Os únicos casos em que o termo “*combate*” não é utilizado em relação a matérias que realmente dizem respeito, com maior ou menor grau de evidência, à necessidade de utilização de medidas penais é no art. 168º (saúde) e art. 191º (ambiente) – neste último já foram previstas medidas penais para protecção do mesmo, pelo que se pode excluir enquanto exemplo que consubstancia aquele argumento; o único artigo que resta seria então o 168º, e não é de todo líquido que numa situação extrema não fossem adoptadas medidas penais para combate “das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça”, pelo que não se considera que este argumento seja de todo determinante em relação à preclusão da utilização do nº 4 do art. 325º enquanto base legal para a adopção de medidas de natureza penal.

¹⁴¹² Um potencial argumento poderia ser encontrado no facto de, quando antes se referiam genericamente “medidas”, estas não poderiam efectivamente referir-se a Direito Penal porque a Comunidade não tinha essa competência, e a União tinha-a de modo limitado; neste momento, porém, a adopção de medidas penais passou a fazer parte do leque de acções disponíveis, devido à previsão dessa competência pós-Tratado de Lisboa, pelo que a referência a “medidas” passa a englobar também as de natureza penal – daí que o art. 325º seja visto como uma potencial base legal para adopção das mesmas. No entanto, a competência para emanar Direito directamente aplicável exige algo diferente, algo mais do que a simples *possibilidade* de uma norma ser utilizada como base legal, e na UE não parecem existir ainda as condições necessárias à criação de um Direito Penal supranacional coerente e sustentável.

¹⁴¹³ No mesmo sentido, GRÜNEWALD, Anette, “Der Schutz der finanziellen Interessen...”, pág. 251: “Da im Primärrecht [...] sogar die Harmonisierungskompetenzen [...] ausdrücklich geregelt worden seien, sei es nicht plausibel anzunehmen, bei der noch weiter reichenden Befugnis zum Erlass von supranationalem Strafrecht habe man auf eine explizite Formulierung verzichtet“. A autora admite, porém, um pouco contraditoriamente, que tal adopção de um Regulamento faria sentido no caso da criação da Procuradoria Europeia, mas opta neste caso pela base legal (também implícita) do art. 86º, nº 2 – *ibid*, pág. 252.

essa cláusula ao mesmo tempo que concedem competência penal *limitada* à UE, pretendiam que essas limitações fossem efectivas, não fazendo por isso sentido que as colocassem para a adopção de Directivas, mas já não para a adopção de Regulamentos¹⁴¹⁴.

Criticamente, refere-se que mesmo que se admita a possibilidade de outras normas do Tratado conferirem à UE competência penal, seria de esperar que o art. 83º fosse considerado a *lex specialis*, e desse modo favorecido enquanto base legal para a adopção de medidas penais europeias – o que pelo menos em relação a parte da doutrina¹⁴¹⁵ e Comissão parece não ser o caso¹⁴¹⁶. Por outro lado, contra a possibilidade de adopção de Regulamentos aponta-se a circunstância de a competência penal da UE se encontrar limitada à jurisdição prescritiva: mesmo que fosse utilizado um Regulamento, a tutela dos interesses da União não seria verdadeiramente equivalente no seu território porque a aplicação das suas normas seria feita pelos EM, de acordo com as suas regras de Direito Processual Penal¹⁴¹⁷.

Existem, no entanto (e abstraindo-nos um pouco da situação actual acerca da competência ou não da União para adoptar Regulamentos penais), argumentos que militam pelo estabelecimento de um verdadeiro Direito Penal supranacional – ainda que tal possa ser considerado um projecto para o futuro e se deva restringir aos interesses próprios da União.

¹⁴¹⁴ Concordando com esta perspectiva de Pedro Caeiro, também SCHRÖDER, Christian, “Perspektiven der Europäisierung...”, pág. 496 / 497 considera que esta é a única interpretação que permite manter coerência interpretativa entre as normas do Tratado, desde que os interesses financeiros da UE possam ser protegidos através do art. 83º, nº 2 (algo que já veio a ser concretizado na Directiva PIF).

¹⁴¹⁵ Argumentando que o art. 83º, nº 2 diz respeito à generalidade da competência anexa, ou seja, situações em que o DP pretende flanquear uma outra política, enquanto o art. 325º se refere especificamente à fraude e aos interesses existenciais da União, pelo que deveria ser esta a base legal correcta, WEIßER, Bettina, “Strafgesetzgebung durch die Europäische Union...”, pág. 439 / 440: “Bei dieser Interessenlage ist es deutlich überzeugender, auf die Norm zurückzugreifen, die erstens ausschließlich und unmittelbar den unionalen Finanzinteressen gewidmet ist und zweitens in ihrem Absatz 4 auch eine spezifische Kompetenzgrundlage für den Erlass hierauf bezogener Maßnahmen enthält”. Também aparentemente de modo semelhante, ao supor, *se o uso do Regulamento fosse admitido*, a previsão de uma “competência anexa de primeira ordem ou primeira categoria – a do artigo 325º – e uma de segunda ordem ou segunda categoria – a do artigo 83 § 2”, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 306 (tradução livre); esta competência anexa de primeira ordem estaria justificada devido aos interesses que protege – nomeadamente interesses da entidade supranacional, ligados à sua própria existência, de modo que a adopção dessas medidas estaria “hiperlegitimada”. Existem mesmo autores que vêem uma certa obrigação em subtrair a protecção dos interesses financeiros da UE do âmbito de aplicação do art. 83º, nº 2, favorecendo a utilização do art. 325º, nº 4 e acabando deste modo por considerar esta última disposição a *lex specialis* em matéria de luta contra a fraude – neste sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 369.

¹⁴¹⁶ A Comissão continua a não partilhar desta opinião (v. COM (2011) 573 final, pág. 6, onde a Comissão lista o art. 325º ao lado do art. 83º, nº 1 e 2), o que se entende, porque a adopção de medidas penais ao abrigo do art. 325º seria muito mais eficaz do que o art. 83º permite, pelos motivos já expostos *supra*. De facto, a proposta para adopção da Directiva PIF foi primeiramente apresentada tendo como base legal precisamente o art. 325º, nº 4 (COM (2012) 363 final, pág. 6 e 7), tendo sido posteriormente alterada para se basear no art. 83º, nº 2 – v. a Directiva (UE) 2017/1371 –, o que indica que pelo menos no plano político não existem ainda as condições necessárias para que se utilize este artigo para a adopção de medidas penais (muito menos de Regulamentos, se uma Directiva se deparou com oposição à utilização dessa base legal).

¹⁴¹⁷ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 119. O autor menciona ainda que de modo a existir um verdadeiro Direito Penal supranacional seria necessário também concomitantemente a criação de um sistema completo para a sua aplicação: um Direito Processual Penal, bem como Tribunais europeus e fase de execução também europeia – *ibid*, pág. 123.

Em primeiro lugar, em relação aos *custos jurídicos*¹⁴¹⁸, seria uma melhor opção unificar *ab initio* essa parte do DP do que harmonizar primeiro e unificar depois: apesar da previsível relutância dos Estados, da potencial hipertrofia penal (de que qualquer sistema penal sofre), e da penalização em sentido único (questão que teria inevitavelmente que ser resolvida ao atribuir competência à União também para descriminalizar, pelo menos nos casos em que lhe era permitido adoptar Regulamentos), seria mais provável que se conseguisse elaborar um sistema coerente (e posteriormente mantê-lo coerente) *ab initio* do que após proceder a alterações e concessões que são inevitavelmente consequência da harmonização. Por outro lado, um sistema unificado¹⁴¹⁹ faria também mais sentido em relação à criação da *Procuradoria Europeia*, para além de garantir uma protecção dos interesses financeiros da União mais eficaz do que aquela que resulta de uma Directiva¹⁴²⁰, uma vez que é suposto este instrumento deixar alguma margem de discricionariedade aos EM, e o EPPO terá então depois que operar tendo em conta tantas definições (e tantos conceitos da Parte Geral!) quantos EM participarem na sua adopção¹⁴²¹. Portanto, a opção inicial por um Regulamento dirigido à protecção dos interesses próprios da União¹⁴²² seria preferível¹⁴²³ tanto em relação ao *objectivo* (protecção dos interesses da UE), como à *perturbação* do sistema penal dos EM – que é menor no caso da previsão de um sistema penal *paralelo* ao nacional, que separe também as infracções lesivas

¹⁴¹⁸ SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro...”, pág. 128.

¹⁴¹⁹ Sobre as possibilidades de um Direito Penal Europeu em sentido próprio, e as tendências actuais de esvaecimento da competência penal dos Estados em favor de outros actores (supranacionais ou internacionais), v. as interessantes opiniões de BACIGALUPO, Enrique, “Existem condições para um Direito Penal Europeu?”, *in* *Julgar*, nº 6, 2008; KUBICIEL, Michael, “Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat”, *in* *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2018; e MEYER, Frank, “Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht”, *in* *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2018.

¹⁴²⁰ WEIßER, Bettina, “Strafgesetzgebung durch die Europäische Union...”, pág. 442.

¹⁴²¹ Até ao momento escolheram participar da cooperação reforçada para criação do EPPO 22 EM.

¹⁴²² Quando se fala na protecção dos interesses da União através do Direito Penal não se quer com isso significar que medidas desta natureza seriam adoptadas independentemente de serem necessárias: esse Regulamento deveria proceder à prossecução do seu objectivo tendo em conta os devidos princípios penais e a existência (e possível suficiência) de outro tipo de sanções, nomeadamente administrativas; no entanto, deveria ser também possível aplicar de modo uniforme as medidas penais que fossem realmente consideradas necessárias, sem que para isso tivesse que se recorrer ao ordenamento jurídico dos vários EM, instituindo-se desse modo um sistema penal independente, coerente e completo para protecção daqueles bens jurídicos que dizem respeito apenas à União. Devemos mencionar aqui que a própria Comissão já ponderou também esta hipótese – v. Commission Staff Working Paper Impact Assessment, SWD(2012) 195 final, pág. 39 ss; mas para além da competência da União para adoptar Regulamentos penais ser no mínimo contestável, não se considera também que existisse neste momento a vontade política necessária para que se realizasse esse projecto.

¹⁴²³ WEIßER, Bettina, “Strafgesetzgebung durch die Europäische Union...”, pág. 442 e 443. Devemos também ter em conta que uma certa “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 que “a abordagem ‘minimalista’ [...] (por oposição a um direito penal único) é imposta pelo respeito para com a identidade nacional dos Estados-membros” – CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 533, continuação da nota 1306. No entanto, dado que também o ordenamento jurídico europeu é informado por princípios e tradições jurídicas comuns, e desde que fosse realmente criado um sistema penal independente que não fosse por isso susceptível de afectar o sistema nacional já existente, e que ao mesmo tempo respeitasse certos princípios penais hoje considerados fundamentais, seria possível e de facto preferível a criação desse sistema penal europeu *restrito à protecção dos seus interesses próprios*.

dos interesses da União daquelas lesivas dos interesses estaduais. Também seria melhor relativamente às *consequências* dessa escolha, já que não teria que se optar por Directivas que ou deixam demasiada liberdade aos EM e não conseguem cumprir com o seu objectivo de modo satisfatório, ou tentam definir ao máximo as disposições que contêm e deixam tão pouca discricionariedade que se torna difícil manterem-se fiéis ao desenho institucional desse instrumento legislativo (para além de assim se poderem também criar outros problemas quanto ao princípio da legalidade, se se transpuserem somente os conceitos europeus e estes não conseguirem satisfazer as exigências da certeza penal); e finalmente, também em relação à actuação do EPPO – apenas porque este *existe* isso não determina *ipso facto* que a protecção dos interesses da União se fará do mesmo modo em todos os EM¹⁴²⁴.

Portanto, e em conclusão, realmente não parece haver obstáculos críveis à interpretação do art. 325º enquanto *potencial* base legal para a adopção de medidas penais¹⁴²⁵. De todo o modo, e sendo já esta uma competência implícita e incerta (pelo menos até existir algum caso que seja levado ao TJ), não parece já muito legítimo que deste artigo se retire a competência para que a UE adopte Regulamentos penais: para além de todas as objecções que já foram sendo elencadas, a adopção de um Regulamento penal, ainda que restrito à protecção dos interesses próprios da UE, deve ser algo devidamente ponderado e adoptado apenas quando existam de facto condições que o suportem – não só condições *legislativas* mas também *fáticas* (de que serviria um Regulamento de DP substantivo quando a responsabilidade penal dos indivíduos continuaria a ser díspar nos vários EM devido à influência da Parte Geral e normas de Direito Processual Penal?). Esta opção seria realmente preferível, sobretudo agora com o início de funcionamento do EPPO, mas para que isso estivesse em harmonia com os EM e as disposições do Tratado seria necessário que a base legal ao abrigo da qual se legisla fosse indubitável, que se criassem pelo menos as estruturas básicas de um sistema penal europeu, que à UE fosse dado o poder de descriminalizar na mesma medida em que pode criminalizar de modo directamente aplicável aos sujeitos, e que a linguagem empregue na lei europeia

¹⁴²⁴ Para garantir esse objectivo seria necessário, para além da existência da Procuradoria e de um Regulamento que dispusesse das infracções e sanções de modo unitário, também disposições relativas à parte geral de DP e de processo penal próprias que permitissem realmente uma actuação igual em qualquer EM; para além destas, que seriam as condições estruturais necessárias e mais urgentes, dever-se-ia também eventualmente pensar na criação de tribunais próprios que se ocupassem exclusivamente desses delitos e que tivessem também uma intervenção na fase executiva da sentença, se bem que numa fase inicial esses aspectos pudessem ir sendo preenchidos pelos EM.

¹⁴²⁵ Com efeito, a aplicabilidade directa desta disposição acabou por ser aceite no caso C-42/17 (*MSS*), algo que não está isento de críticas – para uma análise e mais detalhes acerca dos problemas desse reconhecimento, v. SICURELLA, Rosaria, “Effectiveness of EU law...”, pág. 25 ss; STAFFLER, Lukas, “Schutz der finanziellen Interessen der Union mittels Strafrecht”, *in* Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Vol. 59, Nr. 2, 2018, pág. 56, e ainda o caso C-574/15 (*Scialdone*) e a respectiva Opinião do AG Bobek. Continua a ser complexa a conciliação desta base legal com os regimes de *opt out* e com o travão de emergência; no entanto, cremos que ainda assim fosse possível se em relação a uma Directiva adoptada ao abrigo do 325º fosse aplicado este mecanismo por analogia, e se acabasse por desconsiderar os *opt outs*, porque aqui se procuraria garantir a protecção dos interesses financeiros da UE de modo equivalente em todo o seu território, e porque de facto não seria uma medida adoptada ao abrigo do Título V do TFUE (algo que é mencionado nos Protocolos de *opt out*).

correspondesse às exigências do princípio da certeza penal (dado que a actualmente empregue pode ser de tal modo convoluta que resulta numa difícil percepção da mesma).

b) Art. 33º TFUE

As considerações a tecer no âmbito deste artigo não serão muito divergentes do que se referiu acerca do art. 325º: também aqui existia uma cláusula que especificamente excluía medidas de natureza penal, cláusula essa que não foi incluída na nova redacção dada pelo Tratado de Lisboa. À semelhança do que aconteceu com o art. 325º, isso levou a que uma parte considerável da doutrina visse agora também nesta disposição uma possível base legal para a União legislar através de Direito Penal, e também através de Regulamentos, agora especificamente em matéria aduaneira¹⁴²⁶. Todas as críticas, vantagens ou desvantagens que se referiram na análise do art. 325º, nº 4 deverão por isso ser apontadas na mesma medida para o art. 33º, pelo que não as repetiremos.

c) Art. 86º, nº 2 TFUE

No Tratado de Lisboa previu-se ainda a possibilidade de criação de uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust, com o fim de “combater as infracções lesivas dos interesses financeiros da União” (nº 1) e potencialmente, caso depois se adopte essa decisão, também para o “combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça” (nº 4)¹⁴²⁷. A necessidade de criação deste órgão europeu prende-se desde logo com a circunstância de a aplicação da lei penal europeia continuar praticamente na sua totalidade dependente dos EM, uma vez que não existe ainda lei penal da União directamente aplicável, nem órgãos¹⁴²⁸ judiciais capazes de

¹⁴²⁶ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 56; AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 389.

¹⁴²⁷ A Comissão já ponderou também esta questão: v. a sua Comunicação (de 2018, pouco após a criação da Procuradoria) acerca da possível extensão das competências do EPPO, COM(2018) 641 final.

¹⁴²⁸ Sobre os órgãos europeus relevantes em matéria penal (OLAF, Europol, Eurojust, entre outras agências) v. MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 71 a 73, e MITSILEGAS, Valsamis and VAVOULA, Niovi, “European Union Criminal Law”, in HOFMANN, Herwig, ROWE, Gerard, e TÜRK, Alexander (Eds.), *Specialized Administrative Law of the European Union. A Sectoral Review*, Oxford, Oxford Press, 2018, pág. 153 ss. A acção penal destes órgãos assenta de forma extremamente relevante na cooperação policial que se estabelece entre os vários organismos e os EM (hoje regulada pelos arts. 87º a 89º TFUE): no âmbito da cooperação policial, o principal intento da União é angariar e facilitar a comunicação de informação – por isso, não surpreende que o objectivo neste caso seja o de implementar redes europeias de cooperação a este nível. Mas com o aumento de informação aumentam também as possíveis violações de outros direitos dos cidadãos, como por exemplo em relação aos dados pessoais e seu tratamento. O princípio de maior importância nesta matéria é o da disponibilidade de informação, que dita que uma informação deverá, em princípio, ser disponibilizada para os fins definidos no pedido, e dentro de um curto período de tempo – CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, “European Union Law”, pág. 619 (o instrumento que melhor regula os limites deste princípio é a DQ 2006/960/JHA, ainda em vigor, relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-Membros da União Europeia). Existem depois variados sistemas de informação integrados, como o Sistema de Informação de Schengen (Arts. 93º e ss CISA), ou o Sistema de Informação da Europol (v. o Regulamento (EU) 2016/794, que veio substituir o instrumento inicial que instituiu a Europol, a Decisão do Conselho 2009/371/JHA). Sobre a cooperação e gradual integração do espaço de liberdade, segurança e justiça v. ainda MONAR, Jörg, “Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?”, in *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 14, No. 3.

a aplicar. Por outro lado, e tendo em conta o volume de fraude lesiva dos interesses financeiros da UE que se estima existir¹⁴²⁹, há uma verdadeira necessidade de criminalizar, investigar e levar a julgamento os casos de fraude à UE, algo que nem sempre é feito de forma satisfatória por parte dos EM, por vários motivos¹⁴³⁰.

Em primeiro, apesar de existirem para os EM as obrigações decorrentes do princípio da assimilação e do art. 325º em geral – e hoje também da Directiva PIF –, uma protecção mais ou menos equivalente no território da UE não pode depender somente da existência de normas, sendo apenas eficaz quando se verifica que a violação dessas normas é de facto punida. Depois, quando se detecta um caso de fraude, as autoridades nacionais muitas vezes não prosseguem com o julgamento do mesmo porque isso pode ser prejudicial para a sua posição económica – p. ex., se um EM investigar de forma mais consequente operações económicas isso pode fazer com que o tráfego do comércio se desloque para um outro EM que não é tão exigente¹⁴³¹. Um outro problema é que, embora essas condutas afectem a União, esta não tem (tinha) poder para investigar ou julgar por si própria, e por isso os custos dessa investigação e julgamento recaem sobre os EM, ainda que a conduta lesiva não se reporte aos seus interesses; quando acoplado com a circunstância de o sistema nacional se encontrar normalmente assoberbado de casos (nacionais), as prioridades não se deslocam no sentido de defender os interesses da União, até porque muitas vezes isso implica procedimentos mais demorados e mais custosos, já que é normal que seja necessária cooperação europeia. Por fim, a baixa taxa de casos judiciais relativos a fraudes à UE também se justifica pela natureza dos casos: para além de implicarem a cooperação com outros EM ou organismos da UE (e isso fazer com que nem sempre se consiga uma condenação), são também casos bastante complexos que exigem conhecimentos específicos por parte dos juizes em relação a subsídios europeus e condicionantes dos mesmos; para além disso, são situações que exigem uma certa atitude proactiva por parte dos elementos investigativos dos EM, uma vez que raramente são denunciados.

¹⁴²⁹ A estimativa é de cerca de 600 milhões de euros anuais, apesar de não ser claro o método que permitiu calcular este valor, dado que em causa se encontra comportamento ilegal – KLIP, André, “The Substantive Criminal Law Jurisdiction...”, pág. 368 / 369 (o autor refere ainda que não o surpreenderia se esse valor fosse na verdade muito maior do que o estimado pela Comissão). Em relação ao que a fraude representa no orçamento da UE, os dados de 2005 apontavam para um prejuízo entre os 10 e os 20% do orçamento total da UE – SEIBERT, Thomas, “The European Fight against Fraud – The Community’s Competence to Enact Criminal Laws and Its Power to Approximate Nacional Criminal Law by Directives”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, 2008, pág. 89 e 90. Estes dados demonstram um crescimento substancial da fraude (pelo menos descoberta), já que nos anos de 1971 e 1976 a percentagem de irregularidades comunicadas nos EM encontrava-se apenas nos 0,5% do orçamento total europeu – em GRASSO, Giovanni, “L’Armonizzazione e il Coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee”, *in* PISANI, Mario, *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone*, Volume Secondo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, pág. 99.

¹⁴³⁰ V. com KLIP, André, “The Substantive Criminal Law Jurisdiction...”, pág. 369 e 370.

¹⁴³¹ O exemplo dado pelo autor refere-se ao controlo aduaneiro: estes custam sobretudo bastante tempo, pelo que se um determinado porto verificar todos os navios que entram e saem do mesmo, isso leva a que o processo seja muito demorado e pode fazer com que os navios optem por um outro porto que não seja tão exigente nesse controlo, fazendo com que o primeiro EM perca a sua posição nesse mercado – KLIP, André, “The Substantive Criminal Law Jurisdiction...”, pág. 369.

Tudo isto levou por fim ao estabelecimento da Procuradoria Europeia, um organismo europeu que se ocupará da defesa dos interesses financeiros europeus. Segundo o nº 1 do art. 86º, a sua criação teria que obter a unanimidade do Conselho, após aprovação do PE; não tendo sido possível a obtenção da mesma, o EPPO foi criado através de uma cooperação reforçada¹⁴³² (prevista no mesmo nº, § 3), e conta agora com 22 EM participantes.

A questão de relevo para o nosso tema surge porém apenas com o nº 2 do art. 86º – segundo este, o EPPO será competente para “investigar, processar judicialmente e levar a julgamento [...] as *infracções* lesivas dos interesses financeiros da União *determinadas no regulamento a que se refere o nº 1º*”. Ora, este pequeno inciso foi também interpretado por parte da doutrina como atribuição à União de competência para estabelecer DP directamente aplicável, uma vez que se previa explicitamente a utilização do Regulamento¹⁴³³; a questão está longe de ser consensual, e é mesmo duvidoso que essa tenha sido a intenção dos autores do Tratado¹⁴³⁴. Há, por isso, para além dos autores que defendem essa interpretação, posições doutrinárias que mantêm que tal competência europeia para definir normas de conduta e sancionamento directamente aplicáveis deveria estar indubitavelmente estabelecida, dizendo o inciso citado respeito aos regulamentos *que instituem* a Procuradoria, e não ao catálogo de crimes sob a alçada desta se encontrar prevista nos mesmos¹⁴³⁵ – esta interpretação é

¹⁴³² Contudo, o seu *estatuto e condições gerais de exercício das suas funções* encontram-se já definidos no Protocolo Adicional ao Tratado de Lisboa com o mesmo nome; sobre o EPPO enquanto um dos mecanismos que permite uma integração europeia flexível, v. WOLFSTÄDTER, Laura, “European Integration via Flexibility Tools: The cases of EPPO and PESCO”, Jacques Delors Institut Policy Paper, Novembro 2017. Para uma análise do Regulamento que instituiu o EPPO v. p. ex. TROŠIĆ, Sanja Jelisivac, “Establishing the European Public Prosecutor’s Office and Suppression of Criminal Offenses against the EU Financial Interests”, in DUIĆ, Dunja e PETRAŠEVIĆ, Tunjica (Eds.), NOVOKMET, Ante (Exec. Ed.), *EU and Member States – Legal and Economic Issues*, Conference book of proceedings, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series Vol. 3, 2019. Sobre o EPPO e a sua organização v. também PRESSACCO, Luca, “Profili Ordinamentali del Pubblico Ministero Europeo”, in Cassazione Penale, Vol. 58, Nº 12, 2018, e STAFFLER, Lukas, “Die Europäische Staatsanwaltschaft – ein Überblick”, in Österreichisches Anwaltsblatt, Nº 09, 2018; e ainda os artigos (todos em SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017) de ALBUQUERQUE, José, “EPPO – building federal? A instituição da Procuradoria Europeia e os estatutos dos Ministérios Públicos dos EM da UE: parâmetros mínimos de independência”; TRIUNFANTE, Luís, “O controlo judiciário dos atos processuais e decisões da Procuradoria Europeia. Uma arquitetura disruptiva e resiliente?”; SANTOS, Margarida, “Conclusões - a Procuradoria Europeia e a futura arquitetura para a justiça criminal na União Europeia: questões emergentes”; BRIÈRE, Chloé, “Procedural issues under EPPO’s legislative framework”.

¹⁴³³ MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 299 e nota 108; KLIP, André, “The Substantive Criminal Law Jurisdiction...”, pág. 372 / 373 também concorda com essa interpretação, até porque facilitaria e atribuiria mais coerência à acção do EPPO. Defendendo também esta posição (em detrimento da potencial base legislativa do nº 4 do art. 325º), GRÜNEWALD, Anette, “Der Schutz der finanziellen Interessen...”, pág. 255; e ainda VERVAELE, John, “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office: *Lex incerta* and *unpraevia*?”, in ERA Forum, Vol. 15, 2014 (analisando a questão sob o ponto de vista do princípio da legalidade, e a compatibilidade deste com a existência de múltiplas definições resultantes da transposição de uma Directiva).

¹⁴³⁴ Uma análise linguística revela algumas discrepâncias: em algumas versões, o que deverá ser definido no Regulamento concorda em género com “interesses financeiros” (versão espanhola e francesa), noutras é ambíguo (versão italiana, alemã, inglesa), e noutras ainda concorda com “infracções” (versão portuguesa).

¹⁴³⁵ Esta é a opinião dominante na doutrina, como p. ex com Grasso e Marta Romero – v. aqui as opiniões analisadas em SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 781 e 782; e MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 292 ss. Esta autora refere ainda o facto de se prever, para a adopção destes Regulamentos, o processo legislativo especial, o que

largamente favorecida pela existência do nº 3 deste artigo, que claramente limita o âmbito material do regulamento aí mencionado, não existindo qualquer referência à definição de crimes¹⁴³⁶. Outras opiniões entendem que essa competência existe, mas deve ser duplamente limitada: no âmbito unicamente dos interesses financeiros da União (distinguindo assim o nº 2 do nº 4), e limitada à definição “de infracções penais, sem as sanções correspondentes”, uma vez que o legislador europeu não se referiu expressamente a estas¹⁴³⁷.

As divergências doutrinárias perderam por enquanto um pouco a relevância prática porquanto a competência actual do EPPO se encontra estabelecida, de acordo com o art. 22º do Regulamento (EU) 2017/1939, na Directiva PIF¹⁴³⁸ (os critérios que regulam a competência encontram-se estabelecidos no art. 23º do mesmo Regulamento¹⁴³⁹); restam apenas algumas

sendo interpretado de forma a conferir competência penal à UE para instituir DP directamente aplicável seria problemático do ponto de vista do princípio da legalidade (*Jex parlamentaria*); para além disso, reconhecendo a mesma a competência penal da UE ao abrigo do art. 325º, nº 4, considera-o preferível ao 86º, nº 2, até porque isso permitiria abordar a questão primeiramente através de uma Directiva, e só depois através de um Regulamento se tal se julgasse necessário (*ibid*, pág. 310 e 311). CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia...”, pág. 185, nota 16, também discorda da possibilidade de se interpretar o nº 2 do art. 86º enquanto base legal para adopção de lei penal europeia (v. também, referindo a questão linguística, CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 660 / 661); discordando em geral de uma possibilidade da UE criar lei penal através de Regulamentos, HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 273.

¹⁴³⁶ SICURELLA, Rosaria, “Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law”, in KLIP, André (Ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu Publishers, 2011, pág. 239; também VOGEL, Joachim, “Die Strafgesetzbuchskompetenzen der Europäischen Union...”, pág. 48, partilha dessa opinião, argumentando que as leis penais propriamente ditas continuariam a ser as dos EM, dizendo o Regulamento unicamente respeito à criação do EPPO.

¹⁴³⁷ SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 783 – a diferença de soluções propostas para o nº 2 e nº 4 deste artigo baseia-se na diferença de interesses em causa, uma vez que através dos interesses mencionados no nº 2 a União estaria a defender a sua própria existência (*ibid*, pág. 784 e 785). Também LIGETI, Katalin, “Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, pág. 80 ss parece concordar com esta posição, concluindo que as infracções no âmbito de competência do EPPO dever-se-iam encontrar estabelecidas no Regulamento do mesmo, e não numa Directiva (nomeadamente a Directiva PIF), uma vez que isso afectará não só o cumprimento dos objectivos da Procuradoria como também os direitos dos cidadãos europeus, que sofrerão um tratamento diferenciado (também na questão da definição das infracções a que estão sujeitos) em função do EM em que se encontram; concordando também no essencial com esta autora, FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen...*, pág. 141 e 142.

¹⁴³⁸ Directiva (UE) 2017/1371 (e na DQ 2008/841/JHA, se as infracções constantes daquela Directiva forem cometidas no âmbito de uma organização criminosa) – questionando-se sobre se esta esgota de facto o âmbito de competência do EPPO, LIGETI, Katalin, “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 79; para uma análise da mesma, v. p. ex. MARLETTA, Angelo, “The Material Competence of the European Prosecutor’s Office (EPPO) and the PIF Directive”, in SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, pág. 75 ss.

¹⁴³⁹ Para algumas questões interessantes relacionadas com a competência do EPPO, ainda que equacionadas antes da existência do Regulamento, v. KLIP, André, “The Substantive Criminal Law Jurisdiction...”, pág. 373 ss. Para uma avaliação crítica da mesma, agora após a existência do Regulamento e da Directiva PIF, v. CAEIRO, Pedro e RODRIGUES, Joana Amaral, “A European contraption: the relationship between the competence of the EPPO and the scope of Member States’ jurisdiction over criminal matters”, in LIGETI, Katalin, ANTUNES, Maria João, GIUFFRIDA, Fabio, *The European Public Prosecutor’s Office at Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pág. 57 ss.

questões mencionadas na doutrina cuja evolução dependerá essencialmente do funcionamento da Procuradoria Europeia na prática¹⁴⁴⁰.

d) Art. 79º, nº 2, als. c) e d) TFUE

Também se levantou a possibilidade das als. c) e d) do nº 2 do art. 79º serem uma possível base legislativa para adopção de medidas penais, especificamente para o combate à imigração ilegal e tráfico de seres humanos; esta base legislativa, como mais uma vez se refere apenas à adopção de “medidas”, incluiria igualmente a hipótese de se adoptarem Regulamentos¹⁴⁴¹. Esta não parece ser uma interpretação muito consensual na doutrina, desde logo porque o art. 83º, nº 1 menciona explicitamente o tráfico de seres humanos enquanto um dos domínios em que a União poderá intervir através de medidas penais (e devê-lo-á fazer através de Directivas), enquanto a imigração ilegal poderia ser facilmente incluída no nº 2 do mesmo artigo. Isso leva a que alguns autores considerem que o art. 83º deverá neste caso constituir a *lex specialis*, não configurando o art. 79º uma base legal para a adopção de medidas penais¹⁴⁴², enquanto outros vêem também neste artigo a possibilidade de alargar de modo implícito a competência penal da União¹⁴⁴³. Por nossa parte, tendemos a considerar que de facto este artigo não pretende conceder competência penal à União.

e) Art. 352º TFUE

O art. 352º consiste no que normalmente se denomina de “cláusula de flexibilidade”, porque permite à União adoptar acções necessárias “no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objectivos estabelecidos pelos Tratados sem que estes tenham previsto os poderes de acção necessários para o efeito”, o que justifica o facto de se recorrer nesta provisão à regra da unanimidade no Conselho; por se mostrar útil ao permitir que a União actue em áreas inicialmente não previstas (mas que mais tarde se venham a mostrar necessárias), foi decidido que esta cláusula se manteria no Tratado de Lisboa¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴⁰ É o caso de como irá funcionar verdadeiramente o EPPO quando é difícil separar regras relativas à investigação e acusação (que se fará no plano europeu) e regras que respeitam ao julgamento (que decorrerá nos EM) – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 226. Outra questão é a do futuro da cooperação judiciária se a integração europeia se dirigir mais num sentido federal (em relação ao EPPO), pois deixará de ser relevante (por ser “mera *coadjuvação*”) nesse caso, mantendo no entanto a sua importância (mesmo no caso da progressiva harmonização penal ou unificação legislativa em alguns sectores) se se mantiver uma verdadeira pluralidade de sujeitos cooperantes – CAEIRO, Pedro, “Cooperação Judiciária na União Europeia”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 79.

¹⁴⁴¹ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 56.

¹⁴⁴² AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht...*, pág. 389.

¹⁴⁴³ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 81 – o autor distingue, pelo menos em relação à al. d), entre Directivas e Regulamentos: se a União optasse por uma Directiva, teria que o fazer segundo o art. 83º, nº 1, porque este artigo menciona explicitamente o tráfico de seres humanos e deverá ser considerado *lex specialis*, mas isso não implica que se deixe de reconhecer a possibilidade de ao abrigo do art. 79º se adoptar Direito Penal verdadeiramente supranacional.

¹⁴⁴⁴ Os antecedentes históricos deste artigo são o art. 235º TCEE e 308º TCE – para uma análise dos mesmos e também jurisprudência relativa à utilização comunitária destas bases legislativas, v. MARTINS, Ana Maria Guerra, “A ‘Cláusula de

Este artigo impõe algumas condicionantes para que possa ser utilizado enquanto base legislativa: a acção da União deve ser necessária¹⁴⁴⁵; deve situar-se no quadro das políticas definidas pelos Tratados, o que inclui qualquer política (também a criminal) do TFUE ou TUE; a sua necessidade de adopção averigua-se em relação a um determinado objectivo que se pretende atingir – o que remete o leitor para o art. 3º TUE¹⁴⁴⁶, que também não restringe em nada o potencial campo de acção da UE; e, por último, a ausência de poderes para que essa acção seja adoptada ao abrigo de qualquer outra norma do Tratado. Processualmente também existem alguns requisitos que podem condicionar a opção por este artigo: desde logo o controlo de subsidiariedade (nº 2) a que estará sujeito inclusive por parte dos Parlamentos nacionais¹⁴⁴⁷; por outro lado, os poderes do PE foram também reforçados, sendo necessário que este aprove a acção considerada necessária para que possa ser adoptada (excepto se se adoptar um processo legislativo especial, caso em que só será necessário proceder à consulta do Parlamento Europeu – nº 1); por fim, existe ainda a limitação do nº 3, que estipula que as medidas adoptadas ao abrigo deste artigo não poderão implicar a harmonização legislativa ou regulamentar dos EM nos casos em que tal se encontre excluído pelos Tratados¹⁴⁴⁸.

Flexibilidade’ no Tratado de Lisboa. Contributo para a ‘Constitucionalização’ ou para a ‘Internacionalização’ da União?”, in OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando e GAMA, João (Org.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 22 ss, e HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 67 ss.

¹⁴⁴⁵ A “necessidade” da acção também não é um conceito fácil de definir, uma vez que se tal incluir a necessidade para garantir a eficácia das políticas da UE, o campo de aplicação desta disposição continua a ser muito amplo e dificilmente constitui um limite para a acção do legislador europeu – para uma análise deste critério, v. HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 71 a 76; v. ainda a extensão das competências da Comunidade para o âmbito da luta contra o terrorismo através de uma ligação com o objectivo da livre circulação de capitais efectuada no julgamento C-402/05P (*Kadi*), § 230 e análise feita pela autora, *ibid*, pág. 73 ss.

¹⁴⁴⁶ Também de acordo com a Declaração nº 41 anexa ao Tratado de Lisboa, que esclarece que os objectivos referidos no art. 352º serão aqueles estabelecidos nos nº 2, 3 e 5 do art. 3º TUE. A única área em que a utilização do art. 352º se encontra explicitamente excluída é a política externa e de segurança comum, que continua a ser sujeita a regras diferenciadas em relação a todas as outras políticas da União (n. 4 do art. 352º TFUE e art. 40º TUE).

¹⁴⁴⁷ A opinião dos Parlamentos nacionais não vincula a União, mas pode antever a oposição de algum EM no seio do Conselho (quando o respectivo Parlamento influenciar o voto do representante desse EM) ou o recurso ao processo de fiscalização previsto no art. 267º TFUE – MARTINS, Ana Maria Guerra, “A ‘Cláusula de Flexibilidade’...”, pág. 38.

¹⁴⁴⁸ Há autores que discordam de que este número coloque algum entrave ou limite substantivo à utilização da norma, porque isso já resultava implicitamente da interpretação da mesma; provavelmente a inclusão desta limitação deveu-se apenas a uma certa insistência dos EM, já que outros limites importantes, que resultam de jurisprudência do TJ, não foram incluídos na forma escrita desta norma, como este preceito não poder servir para o alargamento do âmbito das atribuições da UE nem poder ser interpretado de tal forma que isso configure já uma alteração do Tratado – MARTINS, Ana Maria Guerra, “A ‘Cláusula de Flexibilidade’...”, pág. 36 e 37. Tal limitação foi ainda sublinhada por parte do Tribunal Constitucional Alemão – v. a análise deste no âmbito do seu julgamento 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 326 a 328, e também na Declaração nº 42 anexa ao Tratado de Lisboa. Ironicamente, GARBEN, Sacha, “Confronting the Competence Conundrum...”, pág. 71, nota 69, salienta que o uso desta disposição não é proibido pelo nº 3 nas áreas em que a União não tem competência alguma, e que permanecem por isso na esfera dos EM; de qualquer modo, para que esta afirmação seja verdade, teria que ser analisado caso a caso se isso não configuraria já uma extensão de competências em violação do estabelecido pelos Tratados, nomeadamente pelo princípio de atribuição de competências, já que não é possível através deste artigo “inovar profundamente” em relação à questão das competências atribuídas à União – SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 111.

Embora seja problemático do ponto de vista do princípio da atribuição de competências e de difícil contorno substantivo, este artigo (bem como o 114º TFUE) permanecem importantes no sentido de conferir à União flexibilidade de acção, permitindo que esta possa rapidamente e de forma dinâmica actuar quando tal se mostre necessário¹⁴⁴⁹ e fosse algo imprevisível para os autores do Tratado; de todo o modo, não parece que venha a ser uma disposição demasiado importante no âmbito do Direito Penal, já que o art. 83º, nº 2 permite uma interpretação ampla¹⁴⁵⁰ da necessidade de utilização de medidas penais e enquanto base legal apropriada para a sua adopção será menos propensa a contestação por parte dos EM (para além de obviamente, permitir uma adopção mais facilitada das medidas em causa, devido não só à regra da maioria mas também à cooperação reforçada facilitada no caso de algum EM se opor, algo que não acontece no art. 352º, que requer unanimidade).

f) Art. 114º TFUE

As considerações a tecer em relação ao art. 114º TFUE são em todo semelhantes àquelas que se fizeram em relação ao art. 352º, dado que também aquele representa uma cláusula de flexibilidade inserida no Tratado – mas neste caso direccionado para o funcionamento do mercado interno¹⁴⁵¹. Em relação aos limites do artigo anterior, será de salientar que no art. 114º não se menciona algo equivalente aos nº 3 e 4 do art. 352º (ou seja, o facto de não se poder harmonizar disposições legislativas ou regulamentares quando tal não estiver previsto nos Tratados¹⁴⁵² e de não poder deste modo interferir com a política externa e de segurança comum).

A não exclusão da possibilidade de harmonização de disposições nacionais levou já o TJ a interferir em casos em que se contestavam as medidas europeias por na política em causa não serem permitidas essas medidas de harmonização¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁹ HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 140 e 141.

¹⁴⁵⁰ HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 143.

¹⁴⁵¹ Já se criticou o uso deste artigo por se fazer uma interpretação demasiado ampla do que será o funcionamento do mercado interno, servindo na prática para que a União obtenha competência em matérias extrâneas aos Tratados – GARBEN, Sacha, “Confronting the Competence Conundrum...”, pág. 70. P. ex., até que o TJ o mencionou, não era claro que a prevenção de distorções de concorrência fizesse parte da competência relacionada com o mercado interno – v. HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 74.

¹⁴⁵² O que faz com que se consiga atribuir assim algum sentido à previsão desse limite no nº 3 do art. 352º – GARBEN, Sacha, “Confronting the Competence Conundrum...”, pág. 71.

¹⁴⁵³ O Tribunal acabou por considerar que é “jurisprudência assente que as medidas referidas no artigo 95.º, n.º 1, CE devem efectivamente ter por objecto a melhoria das condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno [...]. Se a simples constatação de disparidades entre as regulamentações nacionais e do risco abstracto de obstáculos às liberdades fundamentais ou de distorções de concorrência não é suficiente para justificar a opção pelo artigo 95.º CE como base jurídica, o recurso a este artigo por parte do legislador comunitário justifica-se, nomeadamente em caso de divergências entre as regulamentações nacionais, quando estas são susceptíveis de colocar entraves às liberdades fundamentais e de ter, assim, uma influência directa no funcionamento do mercado interno ou de criar distorções significativas de concorrência. O recurso a esta disposição é também possível, a fim de prevenir o aparecimento desses obstáculos às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais. Contudo, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil, e a medida em causa deve

A amplitude de interpretação de uma disposição tão vaga quanto esta não permite que se distingam nenhuns limites substanciais à competência da UE¹⁴⁵⁴, o que no âmbito do DP poderia ser problemático tendo em vista os princípios da legalidade, subsidiariedade e proporcionalidade; no entanto, o uso desta norma para que se adoptem medidas penais deverá ser limitado¹⁴⁵⁵, uma vez que se prevê agora competência europeia explícita nessa matéria¹⁴⁵⁶.

Analisada a competência penal da UE, conclui-se que esta existe de modo indubitável desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, mas é “ ‘parcial’ (no seu impacto nos indivíduos (...)) e ‘limitada’ (devido às áreas abrangidas)”¹⁴⁵⁷; e apesar das diversas possibilidades mencionadas, pelo menos por enquanto a aplicação da lei penal europeia continua a depender exclusivamente da implementação desta por parte dos Estados-Membros, razão pela qual é importante monitorizar a acção daqueles nesse aspecto¹⁴⁵⁸.

5.3.3 Outras normas de relevo em matéria penal

Existem ainda outras normas que podem também ser relevantes em matéria penal, embora em princípio se encontre excluída a sua utilização enquanto base legal para adopção de normas dessa natureza. A primeira é o art. 75º *TFUE*, que confere competência à União para que adopte os regulamentos necessários à luta contra o terrorismo (e actividades com este relacionadas) – esta norma distingue-se das restantes porque refere explicitamente que as

ter por objecto a sua prevenção” – C-58/08 (*Vodafone*), § 32 e 33. Esta formulação corresponde à jurisprudência compilada dos vários Ac. referidos pelo TJ nos mesmos parágrafos; para um estudo aprofundado dessa jurisprudência remete-se para a obra de HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 90 a 109.

¹⁴⁵⁴ Salientando que uma matéria ligar-se ou não ao funcionamento do mercado interno depende essencialmente do modo como se formula essa relação, MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 54.

¹⁴⁵⁵ De todo o modo, não será legítimo que a União a utilize para se arrogar um *ius puniendi* semelhante ao dos EM (o que significa que a opção por Regulamentos se encontraria também aqui excluída) – SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 114.

¹⁴⁵⁶ Ainda que se deva favorecer o uso do art. 83º, a doutrina ainda assim aconselha uma certa precaução em relação ao art. 114º, uma vez que permitiria a adopção de medidas sem que fosse possível (em princípio) recorrer ao travão de emergência – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 109; para além disso, é ainda notável que o Tribunal Constitucional alemão tenha tido o cuidado de referir e limitar o uso do art. 352º quando o art. 114º possui contornos de utilização muito mais amplos do que aquele – *ibid.*, pág. 139. No entanto, e à semelhança do que se referiu também para o art. 352º, a utilização desta norma para que se justificasse a adopção de medidas penais seria muito provavelmente contestada por parte dos EM e de difícil justificação, dado que a maioria dos casos se poderá enquadrar no nº 2 do art. 83º.

¹⁴⁵⁷ SICURELLA, Rosaria, “Some reflections on the need...”, pág. 249.

¹⁴⁵⁸ MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 223 menciona diversas possibilidades de controlo por parte da Comissão da implementação legislativa nos EM, como p. ex. a possibilidade de intentar acções contra os Estados que não respeitem o período limite de implementação de uma medida, entre outras. Sobre a avaliação dessa implementação e o seu carácter problemático v. ainda MITSILEGAS, Valsamis, “European Criminal Law and resistance to communitarisation after Lisbon”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 1, No. 4, 2010, pág. 477 e 478; enumerando algumas consequências que decorrem para os EM, como terem que reavaliar as suas opções de política criminal, criar novas incriminações ou aumentar a punição de algumas já existentes, BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties...”, pág. 83.

medidas aqui em causa serão de natureza administrativa, e não penal¹⁴⁵⁹. Em relação às medidas restritivas deve ainda salientar-se o conteúdo da Declaração nº 25 anexa ao Tratado de Lisboa, precisamente sobre o art. 75º (e 215º), que impõe “o respeito dos direitos e liberdades fundamentais”, inextricavelmente ligado às garantias de revisão jurisdicional dos actos que as impõem – daí que seja fundamental adoptar as medidas penais de acordo com as bases legislativas apropriadas, não só para que se respeite a posição dos EM (mormente em relação à possibilidade de fazerem uso do travão de emergência), mas também para que aos indivíduos sejam garantidos os direitos de defesa fundamentais em Direito Penal, algo que não aconteceria no âmbito de um processo formalmente administrativo¹⁴⁶⁰.

Finalmente, resta tecer uma consideração breve acerca do art. 84º TFUE: este não é de fácil conjugação com o nº 3 do art. 67º TFUE, já que ambos se referem à prevenção da criminalidade; sendo o art. 67º uma disposição geral relativa ao espaço de liberdade, segurança e justiça, e já que o art. 84º exclui expressamente qualquer medida de harmonização legal, parece que este último existe apenas para conceder uma competência de apoio à UE, incentivando esta a acção (penal) dos EM em relação, aparentemente, a infracções que não cabem dentro da sua competência penal¹⁴⁶¹. Como todas as competências deste género, também esta não colocará limite algum à actividade penal europeia – ou porque impulsionam a actividade estadual de repressão e prevenção da criminalidade, ou porque essas medidas europeias são susceptíveis de adopção ao abrigo de uma outra base legal que confere o direito de agir de modo mais severo (nomeadamente através da harmonização)¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁹ Apesar disso, pergunta-se se através do inciso “actividades relacionadas” se poderia transferir para este artigo a regulação p. ex. do branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, transferindo assim matérias verdadeiramente penais para o âmbito dos Regulamentos – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 84. Não nos parece, porém, que esta disposição pudesse justificar a emanação de verdadeiro Direito Penal europeu, mesmo que só no âmbito do terrorismo. Coloca-se todavia também a questão da interligação de matérias: p. ex. em relação à fronteira entre sanções administrativas e sanções que, embora mantendo essa designação, são já verdadeiramente penais, para além da questão de distinguir as medidas que se destinam a salvaguardar a segurança no contexto europeu e aquelas que interferem já com a segurança a nível nacional (algo que continua a ser da responsabilidade dos EM – art. 4º, nº 2 TUE) – neste caso, mesmo sendo muitas vezes difícil distinguir entre segurança interna, externa e nacional (e é de especial relevância sobretudo em relação à jurisdição do TJ no que toca às medidas europeias adoptadas), deve recorrer-se ao disposto no art. 13º TUE, sobretudo nº 1 e 2, que determina não só que “cada instituição actua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados”, como também que os actos adoptados devem assegurar “a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas acções”, pelo que deverá refrear, em princípio, actos adoptados fora das competências europeias (v. também *ibid*, pág. 85 e 86).

¹⁴⁶⁰ V. ainda HERLIN-KARNELL, Ester, “Waiting for Lisbon...”, pág. 236, e as considerações de BERGSTRÖM, Maria, “The Dynamic Evolution...”, pág. 253 e 253, acerca da utilização da luta contra o terrorismo (e criminalidade organizada) para aumentar as competências da UE e adoptar as medidas no âmbito de normas que exigem a menor responsabilização possível dos órgãos europeus, o que consequentemente diminui as garantias dos indivíduos que eventualmente são sujeitos a essas medidas restritivas.

¹⁴⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, pág. 368.

¹⁴⁶² MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 51.

5.4 A jurisdição do TJUE

Aqui chegados, e após análise da competência penal da UE, resta averiguar a competência do Tribunal de Justiça da UE para se pronunciar acerca dos actos com conteúdo de DP adoptados pela União. Como é do conhecimento geral, um dos vários aspectos mais criticados na estrutura dos Tratados anteriores era precisamente o facto de o TJ não possuir jurisdição em relação às medidas adoptadas no âmbito do Terceiro Pilar¹⁴⁶³, algo que foi alterado com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹⁴⁶⁴. Presentemente, de acordo com o art. 19º TFUE, o TJ tem competência para conhecer da legalidade de um acto (art. 263º) ou interpretação prejudicial do mesmo (art. 267º) também em relação às medidas com natureza penal¹⁴⁶⁵ – o mesmo artigo estabelece o princípio da tutela jurisdicional efectiva, o qual deverá guiar também a acção dos EM¹⁴⁶⁶. A jurisprudência do TJ estabelece a interpretação que se deverá conferir a determinadas normas europeias, o que deverá em princípio ser seguido por parte dos Tribunais dos EM; essa interpretação será ainda válida durante toda a vigência do acto legislativo europeu em causa, a menos que o TJ determine certos limites temporais, o que não é frequente¹⁴⁶⁷.

A jurisdição do TJ pode assim ser solicitada por um Tribunal de um EM¹⁴⁶⁸ para que aquele se pronuncie a título prejudicial sobre a validade ou interpretação de um acto legislativo europeu¹⁴⁶⁹. O recurso prejudicial previsto no art. 267º é facultativo para os Tribunais de cuja

¹⁴⁶³ A menos que esta lhe fosse expressamente reconhecida pelo EM por declaração.

¹⁴⁶⁴ Pelo menos após o decorrer do período de cinco anos (que terminou já em 2014) em relação a essas medidas ainda adoptadas no Terceiro Pilar.

¹⁴⁶⁵ Hoje a sua jurisdição é já plena nestas matérias, com excepção das medidas que digam respeito à política externa e de segurança comum (art. 275º), operações policiais, e naturalmente àquelas que digam respeito à segurança nacional de cada EM (art. 276º), o que pode provocar dificuldades interpretativas quando as medidas são adoptadas ao abrigo de bases legais inapropriadas, conforme abordado acima. Contudo, ainda que a jurisdição do TJ esteja em princípio limitada em relação a estes actos, argumenta-se na doutrina que este se poderia ainda assim pronunciar sobre a validade ou interpretação dos actos *europeus*, uma vez que os princípios gerais de Direito da União se continuariam a aplicar – v. HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 228.

¹⁴⁶⁶ Nº 1 do art. 19º, § 2: “Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União”.

¹⁴⁶⁷ V. p. ex. C-43/75 (*Sabena*), § 69 ss; ou ainda no caso C-42/17 (*M.A.S. and M.B.*), § 60, em que se limitou a aplicação da interpretação dada pelo TJ apenas aos casos judiciais com data posterior ao Ac. C-105/14 (*Taricco*).

¹⁴⁶⁸ A opinião de que os Tribunais dos EM são de facto “Tribunais de DUE” é reforçada por estes serem (também) os órgãos responsáveis por aplicar DUE, desaplicar Direito interno conflituante com aquele, ou interpretar, na medida do possível, o Direito interno de acordo com o disposto na legislação europeia – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 66. Isso faria, na nossa opinião, com que fosse possível a um particular recorrer ao TJ (art. 263º) quando discordasse da sentença de um Tribunal interno por esta se encontrar em violação dos direitos concedidos pelo DUE, já que estes não são obrigados (excepto aqueles de última instância) a referir a questão ao Tribunal Europeu – recorde-se p. ex. o caso já exposto de Piscioti e a recusa dos órgãos jurisdicionais alemães em recorrer ao TJ. Em relação ao art. 267º, já referiu o TJ que este recurso não se encontra disponível para os particulares envolvidos num processo – v. C-283/81 (*CILFIT*), § 9.

¹⁴⁶⁹ Os tribunais nacionais não se podem pronunciar sobre a validade do DUE, e devem por isso ou negar a violação alegada ou remeter a questão para o TJ – C-314/85 (*Foto-Frost*), § 11 ss.

decisão ainda caiba recurso segundo a hierarquia judicial nacional (§ 2), e obrigatório para os restantes (§ 3), a menos que¹⁴⁷⁰: essa mesma questão já tenha sido respondida pelo TJ¹⁴⁷¹; a interpretação a dar é tão clara que não deixa qualquer margem para dúvidas¹⁴⁷²; ou a eficácia de uma medida provisória fosse assim colocada em causa¹⁴⁷³.

A validade dos actos legislativos europeus também pode ser avaliada segundo o recurso de anulação previsto no art. 263º, em princípio interposto por alguma das instituições europeias; as pessoas singulares ou colectivas podem adquirir legitimidade activa no âmbito deste recurso quando o acto cuja validade é questionada lhes diga directa ou individualmente respeito, ou lhes diga directamente respeito e não necessite de medidas de execução (§ 4)¹⁴⁷⁴. A validade dos actos europeus pode ser questionada em relação aos fundamentos taxativamente listados no § 2: incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação¹⁴⁷⁵, ou desvio de poder.

O Tribunal é ainda competente para conhecer de acções contra EM que não tenham cumprido com as obrigações que para si decorrem do DUE (arts. 258º e 259º), assim como de acções contra as instituições europeias por estas não se terem pronunciado quando deviam, e após terem sido instadas a fazê-lo (art. 265º). Uma das novidades também introduzidas pelo TFUE foi a previsão de um procedimento acelerado no caso de o Tribunal se dever pronunciar no âmbito de um processo ao abrigo do qual se encontra alguém detido (art. 267º, § 4).

Em conclusão, e apesar de ser verdade que o TJ não se encontra tão habituado a responder a questões especificamente penais quanto a questões relacionadas com as quatro liberdades fundamentais¹⁴⁷⁶, parece inevitável que cada vez mais seja chamado a pronunciar-

¹⁴⁷⁰ MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 68.

¹⁴⁷¹ C-28, 29 e 30/62 (*Da Costa en Schaake*), pág. 236 / 237 (versão portuguesa).

¹⁴⁷² C-283/81 (*CILFIT*), § 16 ss.

¹⁴⁷³ C-197/76 (*Hoffmann*), § 6.

¹⁴⁷⁴ Em relação às medidas restritivas que digam respeito a pessoas singulares ou colectivas, dispõe ainda o art. 275º que o TJ será competente para conhecer da *validade* destas também quando adoptadas ao abrigo das disposições do capítulo 2 do título V (arts. 77º ss). Esta disposição revela-se problemática a dois níveis: primeiro, parece restringir a jurisdição do TJ à questão da validade (art. 263º), precludindo por isso o uso do reenvio prejudicial (267º); por outro lado, parece excluir também as medidas restritivas adoptadas ao abrigo do art. 215º, cujos efeitos podem ser igualmente gravosos para as pessoas em causa – MITSILEGAS, Valsamis, “European Criminal Law and resistance...”, pág. 476.

¹⁴⁷⁵ Este fundamento é bastante amplo, na medida em que “os Tratados” incluem os princípios gerais de DUE, o que compreende também, mas não só, os direitos fundamentais – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 69. Mas à semelhança do que acontece no panorama nacional, o TJ hesita em questionar as opções do legislador europeu, a menos que a violação seja evidente: “quanto ao controlo jurisdicional do exercício dessa competência, o juiz da União não pode substituir a apreciação do legislador da União pela sua, devendo limitar-se a examinar se aquela não está ferida de erro manifesto ou de desvio de poder, ou se a autoridade em questão não excedeu manifestamente os limites do seu poder de apreciação” – C-176/09 (*Luxemburgo c. Parlamento e Conselho*), § 35. Sobre a contribuição (maioritariamente pré-Tratado de Lisboa) do TJ em relação à área de liberdade, segurança e justiça v. em geral LENAERTS, Koen, “The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice”, *in International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, April 2010.

¹⁴⁷⁶ Um certo resquício desse entendimento pode ser encontrado p. ex. na menção que dele faz o Advogado Geral Maduro no âmbito do processo C-402/05P (*Kadi*), § 43. Uma outra dificuldade à jurisdição do TJ é ainda o regime de diferenciação resultante dos *opt-outs* existentes – HERLIN-KARNELL, Ester, “European Criminal Law as an Exercise...”, pág. 455.

se sobre medidas europeias relacionadas com Direito Penal, pelo que a criação de um Tribunal Penal Europeu, ou um Tribunal especializado dentro do TJ¹⁴⁷⁷ seria fundamental não só no presente, como também no futuro, na perspectiva da assunção de mais competências penais por parte da UE – em especial se eventualmente for permitida a adopção de verdadeiras normas penais supranacionais – sob pena de se atropelarem alguns princípios essenciais ao Direito Penal¹⁴⁷⁸.

5.5 Tratado de Lisboa e competência penal – um breve balanço

Resta avaliar de modo breve o impacto que o Tratado de Lisboa teve em relação à competência penal da UE, contrapondo os problemas que anteriormente se apontavam à União com a situação actual.

O baixo nível de democraticidade pode considerar-se praticamente¹⁴⁷⁹ suplantado: o método de adopção de medidas é agora o processo de co-decisão, que torna o Parlamento Europeu num verdadeiro participante do mesmo. Do mesmo modo, foi incrementada a participação dos Parlamentos nacionais¹⁴⁸⁰, que podem agora controlar da observância dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

No entanto, continua a não se poder afirmar que tenham sido definidos objectivos claros e específicos para a intervenção da União na lei penal; à falta de uma política criminal, podemos esperar que a acção europeia neste domínio se continue a pautar por critérios de necessidade de regulação de uma matéria num determinado sentido, o que significa que poderá ser ainda uma área reactiva, mais do que plenamente estruturada.

A crítica anteriormente feita relativamente ao carácter fluido das matérias confiadas ao Terceiro Pilar também se encontra superada pelo Tratado de Lisboa: agora encontram-se definidas as competências da UE, e os problemas da sua divisão entre duas entidades distintas foi superado; as cláusulas *passerelle* continuam a existir, mas apenas para alargar o âmbito dos poderes da União, e não para transmitir matérias entre os pilares. Também assume aqui relevância a particularidade de agora se querer assegurar uma coerência entre as várias medidas adoptadas, tanto ao nível supranacional como dos EM (tendo em conta as suas tradições e sistemas penais).

¹⁴⁷⁷ HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 229 / 230 – também tendo em conta, p. ex., a necessidade que deverá surgir de interpretação de certos conceitos em comum, que deverá ser feita pelo TJ e não pelo conjunto dos EM.

¹⁴⁷⁸ Em relação a este tópico, a impactante opinião de HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 230: “[...] it should be remembered that, historically, ‘Europe’ stood for humanity and legality. Expressed bluntly, today it appears to represent the opposite, where basic criminal law principles such as legality and criminalisation as last resort seem largely forgotten”.

¹⁴⁷⁹ Isto porque existe a possibilidade de um acto ser adoptado sem a maioria no PE, quando este não se pronuncie no prazo concedido na al. a) do nº 7 do art. 294º TFUE, assim como sem a participação deste, se no âmbito de algum procedimento especial.

¹⁴⁸⁰ Tal pode ser constatado no Protocolo relativo ao Papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia, e também no Protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexos aos Tratados, bem como no art. 69º TFUE.

Quanto ao pouco escrutínio de que era alvo, deixou igualmente de ser um problema: as Directivas podem ser apreciadas pelo TJ, bem como passam agora a ser possíveis toda a panóplia de acções disponíveis, de acordo com os requisitos mencionados.

No que concerne, por fim, à protecção dos direitos dos indivíduos, esta questão tornou-se um pouco mais salvaguardada com o novo valor adquirido pela Carta dos Direitos Fundamentais e com a perspectiva de adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Tendo todos estes pontos em conta, parece ser seguro concluir que, apesar de tudo, o balanço pós-Tratado de Lisboa pende para um resultado bastante positivo.

6. A função do Direito Penal Europeu

A opção pela adopção de medidas penais não é em si algo evidente: normas e sanções tão restritivas e de natureza tão grave quanto as previstas pelo Direito Penal carecem inevitavelmente de uma legitimação acrescida, tanto em termos formais quanto materiais. Até aqui ocupámo-nos com maior pormenor da legitimidade formal da lei penal europeia: o procedimento para a sua adopção e problemáticas que aí se levantam, as condições para que possa ser adoptada, os princípios que deverá respeitar e as especificidades que se verificam no plano europeu¹⁴⁸¹. A questão que nos ocupará agora é a da mais complexa legitimidade material do Direito Penal Europeu – para que (ou porque é que) deve existir o DPE?¹⁴⁸² Qual deve ser a sua função? E será esta distinta ou semelhante à do DP nacional?

A aceitação e respeito pelas normas, em especial as penais, depende não só do “consentimento dos sujeitos”¹⁴⁸³ – ou seja, da adopção da lei penal através de procedimentos democráticos – como também da determinação, por parte do legislador, da necessidade de existência dessas normas. Essa necessidade assenta normalmente no facto de um interesse ou valor se revestir de uma importância social tal que justifique a restrição aos direitos e liberdades dos cidadãos que a previsão de uma sanção penal implica; a *escolha* dos interesses ou valores que merecem a protecção do DP é portanto o cerne dessa questão¹⁴⁸⁴, o que não

¹⁴⁸¹ No que toca à União Europeia e a questão ampla da legitimidade, a doutrina distingue quatro vectores desta: a legitimidade *indirecta* – a legitimidade da UE adviria da ratificação dos Tratados por parte dos EM e do seu cumprimento dos mesmos, em respeito pela vontade dos Estados; *parlamentária* – que advém agora da intervenção do PE, do Conselho e dos vários Parlamentos nacionais; *tecnocrática* – relaciona-se com a *capacidade* da UE de adoptar medidas ou acções que melhoram o bem-estar dos cidadãos europeus, relativizando-se aqui o valor dos outros dois vectores anteriores; e *procedimental* – que diz respeito à correcção formal da lei europeia. Estes vectores encontram-se ainda relacionados com a questão da legitimidade pelo *contributo* e pelo *resultado* (*input* e *output*), onde se procura avaliar a legitimidade da lei penal tanto pela consideração e oportunidade de participação dos interessados no procedimento da sua adopção, quanto pelos resultados que obtém – com mais desenvolvimento sobre estas questões, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 518 ss / pág. 602 a 606 e 615 a 623.

¹⁴⁸² A própria Comissão reconhece a necessidade de se avaliar essa questão antes da adopção de medidas penais europeias, quando se questiona quanto ao “valor acrescentado” do DP da União – v. COM(2011) 573 final, pág. 2. De facto, ao contrário do que acontece com o Direito Penal nacional, o DPE é objecto de uma avaliação constante em relação aos seus *efeitos*, enquanto a dimensão axiológica do mesmo foi sendo, até agora, uma questão secundária – NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 350 e 351. Na verdade, continua a ser um dogma no Direito Internacional em geral (o que inclui o DPE enquanto Direito transnacional) que os Estados continuam a ter uma “vontade contratual ilimitada”, ou seja, cujo conteúdo não é conformável ou limitável por factores externos à mesma – KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 39; outra opinião contesta a liberdade contratual ilimitada dos Estados, considerando que a legitimidade advém não do consentimento do Estado em si, mas sim da circunstância de este ter consentido um determinado raciocínio normativo, valores, princípios e práticas – *ibid*, pág. 42 e 43.

¹⁴⁸³ NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 348.

¹⁴⁸⁴ Partimos aqui da nossa opção (e do entendimento da maioria da doutrina) de que o Direito Penal deverá ter uma dimensão axiológica ínsita às suas normas, rejeitando-se por isso a opinião de que este serviria apenas para garantir o respeito de outras normas jurídicas; neste sentido, o legislador não é (ou não deve ser) absolutamente livre na sua decisão política, uma vez que nem todos os interesses se podem considerar merecedores da protecção específica concedida pelo Direito Penal – neste sentido também, p. ex., BACIGALUPO, Enrique, “Rechtsgutsbegriff und Grenzen...”, pág. 12 e 13; relacionando ainda esta questão com a

difere quando a opção política penal é colocada no âmbito do cenário europeu¹⁴⁸⁵ – neste caso, o que se impõe saber é se é legítimo que a questão político-criminal seja respondida pela organização supranacional, em vez de ser respondida pelos Estados¹⁴⁸⁶, ou seja, se deverá ser a entidade supranacional a escolher esses interesses dignos de protecção penal, *sobrepondo-se* (e em determinados casos, como na eventualidade de um verdadeiro DPE directamente aplicável, mesmo *substituindo*) aos Estados.

6.1 Necessidade de uma política criminal europeia

Para que se possa pensar numa função a cumprir pelo Direito Penal europeu devemos primeiramente saber qual a função da própria União Europeia¹⁴⁸⁷, e aqui não restarão grandes dúvidas de que a esta se podem atribuir, *grosso modo*, as mesmas funções que pretendem cumprir (em relação ao Direito Penal) os Estados de Direito sociais e democráticos que constroem hoje o tecido estadual característico da Europa: a União funda-se igualmente “nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem” (art. 2º TUE) e assenta também numa “economia social de mercado” (nº 3 do art. 3º TUE), pelo que nestes aspectos não difere do ambiente constitucional em que se constrói o Direito Penal nacional. Assim sendo, também aqui devem existir os mesmos limites jurídicos de legitimidade material do Direito Penal: este deve servir para a protecção de determinados interesses essenciais (veremos *infra* em que medida), sem descurar a protecção dos seus cidadãos em relação ao próprio DPE, tentando para isso encontrar um equilíbrio entre a prevenção óptima e a prevenção mínima que

protecção dos direitos fundamentais de que o DP também se deve ocupar, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 606 a 615.

¹⁴⁸⁵ Não só não difere em termos de legitimação quanto carece ainda de maior aceitação por parte dos cidadãos europeus, que devem ser capazes de se identificar com os valores defendidos pela norma penal europeia para que vejam esse Direito Penal como legítimo, já que irá, do mesmo modo, significar uma restrição à sua liberdade individual – SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 313. A identificação e protecção de valores que possam ser comuns a todos os povos nacionais representados na UE torna-se ainda mais premente a partir do Tratado de Lisboa, momento em que se opta pela adopção de medidas penais por maioria, e já não por unanimidade: se o valor ou interesse for visto como legítimo por parte de todos os EM ou por uma maioria destes, menor probabilidade de contestação terá essa medida penal, e maior legitimidade terá de igual modo o DPE em geral – sobre esta questão, CALLESS, Christian, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1371 e 1372. É por isso essencial que a UE combine a legitimidade pelo resultado, que foi perseguindo desde que começou a intervir no Direito Penal (a inicial imposição aos EM para que adoptassem sanções eficazes, dissuasivas e proporcionais não é mais do que uma avaliação da necessidade do DP pelo resultado que se pretende que este obtenha), com a legitimidade que resulta da circunstância de ser uma comunidade que defende determinados valores e direitos dos seus cidadãos: é esta dimensão que ultimamente confere à União a legitimidade constitucional de que o Direito Penal necessita – WIECZOREK, Irene and VAVOULA, Niovi, “The Constitutional Significance of EU Criminal Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, No. 1, 2015, pág. 6.

¹⁴⁸⁶ NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 349.

¹⁴⁸⁷ Isto porque, conforme já foi sendo explorado ao longo de capítulos anteriores, a função do DP não surge num vácuo teórico, nem se pode dizer que seja algo inerente ao próprio Direito Penal: esta “supõe uma cadeia de funções que se condicionam por esta ordem: função do Estado, função do Direito Penal, função da teoria do delito” – MIR PUIG, Santiago, “El sistema del Derecho Penal...”, pág. 28.

conjugue de forma proporcional todos os direitos e interesses relevantes¹⁴⁸⁸; isso significa que o DPE deverá, tal como o DP estadual, ser o último recurso para a protecção de interesses fundamentais (agora com dimensão transnacional), quando se verifique que não existe nenhum meio de controlo social alternativo capaz de proteger adequadamente o interesse em causa.

Daqui retiram-se duas ideias essenciais: em primeiro, que o DPE se deve encontrar primariamente vinculado à protecção de interesses fundamentais que revelem uma dimensão transnacional, seja porque são interesses comuns aos EM e à UE¹⁴⁸⁹, seja porque são interesses próprios desta última. E depois, conforme se defende na esfera nacional, também na dimensão europeia se deve observar estritamente o cumprimento do princípio da *ultima ratio*, que adquire aqui, contudo, contornos um pouco mais específicos – o DP intervém subsidiariamente em relação aos interesses protegidos e em relação à eficácia das sanções disponíveis, e o DPE intervém de modo subsidiário em relação aos Estados, o que significa no fundo que se deverá observar no plano europeu um *princípio de ultima ratio reforçado*: deve recorrer-se ao Direito Penal europeu quando os interesses em causa o justifiquem, não existam outras sanções alternativas capazes de os proteger de modo adequado, e a acção estadual existente se revele inadequada ou insuficiente¹⁴⁹⁰.

O aumento da intervenção europeia em questões penais faz então com que seja cada vez mais necessária a definição clara de uma política criminal¹⁴⁹¹ da UE, por diversas ordens de motivos¹⁴⁹²: desde logo, a progressiva unificação e harmonização na União será inevitavelmente acompanhada por um incremento do poder punitivo desta, não só, mas também, porque a criação de um espaço comum (económico, social, político) “conduz à emergência de bens jurídicos supranacionais e à prática de acções deles lesivas”¹⁴⁹³. Por outro

¹⁴⁸⁸ Mir Puig fala da “mínima prevenção indispensável”, que garanta a protecção do interesse e resulte simultaneamente na reacção estadual menos gravosa para o cidadão – MIR PUIG, Santiago, “El sistema del Derecho Penal...”, pág. 29 e 30.

¹⁴⁸⁹ O que faz com que o círculo de interesses legitimamente abordados através do DPE diminua consideravelmente em relação àquele disponível para os Estados: não seria, p. ex., compreensível que a UE pretendesse regular todas as infracções relacionadas com a dignidade da pessoa humana, a vida ou integridade dos seus cidadãos, apesar de serem obviamente interesses comuns a todos os EM – só os delitos que de alguma forma transcendem as fronteiras estaduais justificam uma intervenção supra-estadual (como seria, p. ex. e em relação àqueles bens jurídicos mencionados, o caso do tráfico de seres humanos).

¹⁴⁹⁰ Em geral sobre esta dupla subsidiariedade, v. a obra de RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade. Competência Penal da União Europeia, Condições do seu Exercício e Compatibilidade com o Paradigma da Protecção Subsidiária de Bens Jurídicos*, Coimbra, Almedina, 2019.

¹⁴⁹¹ Apesar de não ser fácil definir o que se entende por políticas do Estado, existem algumas características que normalmente se apontam às mesmas, nomeadamente serem as responsáveis por definir cursos de acção (ou inacção) do Estado numa determinada matéria, não serem sobreponíveis a decisões ou acções específicas, e serem ainda influenciadas por outras políticas existentes (p. ex. a política criminal será influenciada pela política social e de segurança) – HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 305. Sobre a definição da política criminal em específico v. ainda as considerações tecidas por GIMENO, Íñigo Ortiz, “La referencia político-criminal...”, pág. 867 ss.

¹⁴⁹² DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 337 ss.

¹⁴⁹³ DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 337.

lado, não faz sentido continuar a desenvolver a cooperação penal europeia (através da criação de regras comuns, entidades europeias, etc.) sem que exista concomitantemente um “quadro penal substantivo de referência”¹⁴⁹⁴, limitando-se nesse caso (como se verifica actualmente) a posição penal da União a um conjunto de intervenções esparsas à revelia de qualquer política criminal geral enquanto tal identificável¹⁴⁹⁵.

A existência de uma política criminal europeia permitiria assim a identificação de uma atitude geral da União em relação à criminalidade¹⁴⁹⁶ (ou em relação a certos tipos de criminalidade), bem como o estabelecimento de uma hierarquia valorativa à semelhança da existente nos EM, algo que neste momento não se consegue discernir; do mesmo modo, uma orientação clara acerca dos objectivos perseguidos pelo DPE substantivo e das funções que pretende cumprir zelaria pelo aumento da confiança dos Estados-Membros na União e na sua acção penal¹⁴⁹⁷, fazendo com que o seu Direito Penal fosse menos contestado por estes e mais aceite pelos seus cidadãos.

Seria ainda fulcral na resolução (ou pelo menos atenuação) de alguns dos problemas que normalmente se apontam à execução da competência penal por parte da UE¹⁴⁹⁸. Uma das

¹⁴⁹⁴ DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 338. O autor critica ainda severamente o facto de se opor à concretização de um verdadeiro Direito Penal Europeu a ideia de que o DP faz parte da identidade própria do Estado e da sua cultura: para além de quem defende essa ideia esquecer que a identidade europeia é “uma identidade pós-nacional que se vai forjando em torno de princípios universais de um patriotismo constitucional ou, se se preferir, de uma cultura política multissecular partilhada em comum”, desconsidera ainda a realidade criminológica actual, no sentido em que existe “uma criminalidade globalizada, transfronteiriça, [que] não pode ser adequada e eficazmente combatida ao nível local” – *ibid*, pág. 339.

¹⁴⁹⁵ Não obstante, existem autores que consideram existir uma espécie de política criminal da UE: Gómez-Jara Díez distingue “três políticas criminais europeias principais”, que seriam relativas à coordenação e cooperação judicial em matéria penal, a cooperação policial em matéria penal, e a harmonização da lei penal substantiva e processual – Díez, Carlos, “Models for a System...”, pág. 390. Por seu turno, FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 178 ss, identifica uma única política criminal europeia evolutiva, destacando três fases da mesma: uma primeira em que as noções de “justiça” e “liberdade” serviriam apenas como envolvente geral na qual a “segurança” detinha a posição primordial; uma segunda em que se procurou reforçar a área de liberdade, segurança e justiça como um todo, através de acções destinadas p. ex. à promoção da cidadania europeia (liberdade), maior cooperação em matéria penal (segurança), e consolidação do princípio do reconhecimento mútuo (justiça); a terceira fase corresponderia a uma priorização do indivíduo no contexto da área de liberdade, segurança e justiça. Apesar destes esforços da doutrina, a verdade é que não parece poder ser identificada na União Europeia uma política criminal coerente que possa ser propriamente identificada ou designada como tal, já que a intenção do legislador europeu frequentemente só pode ser adivinhada através de uma análise dos Preâmbulos dos actos legislativos, e estes apontam simplesmente para uma presunção de que a utilização de medidas penais irá contribuir de modo determinante para a eficácia e integridade das várias políticas europeias (sobre a questão v. KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 202 / 203).

¹⁴⁹⁶ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 64: “[...] whether a general ‘tough’ or ‘soft’ attitude towards (a certain type of) crime is adopted, what should be the role of criminal law in the resolution of social problems (keyword: decriminalization), etc.”.

¹⁴⁹⁷ A resposta à questão de saber se a entidade supranacional pode também ela fazer escolhas de política criminal dependerá em grande medida do grau de confiança que existe entre aquela e os seus membros – HILDEBRANDT, Mireille, “European criminal law and European identity”, pág. 67; essa confiança será tanto maior quanto mais claro for o modo como (no caso) a UE pretende fazer uso do seu *ius puniendi*; ao invés, quanto mais convoluta ou instável for a definição de objectivos últimos a atingir com a adopção de medidas penais, mais desconfiança se fomenta entre os EM, e mais relutantes se sentirão em permitir o exercício do poder punitivo por parte da União.

¹⁴⁹⁸ Ao que se deve ainda adicionar os factores já introdutórios da complexidade própria do DPE: o factor *estrutural*, relativo às condicionantes de exercício do poder punitivo da UE (*opt outs*, travão de emergência, cooperação reforçada, disposições de

maiores críticas reside na natureza *ad hoc* das medidas penais europeias, que não permite que estas tenham em atenção a coerência nem dos sistemas penais nacionais nem do próprio sistema penal europeu que se vai construindo¹⁴⁹⁹, sendo possível distinguir, consoante o acto legislativo que se analisa, uma miríade de prioridades e agendas de política criminal, linhas de acção e estratégias¹⁵⁰⁰. Ao afectar de modo negativo a coerência dos sistemas penais (e potencialmente entrar em conflito com a política criminal dos EM¹⁵⁰¹) isso pode fazer com que o DPE se torne inaceitável para os próprios sujeitos aos quais se pretende aplicar, uma vez que estes podem não considerar essas normas legítimas se divergirem de modo exponencial da hierarquia de valores que consideram ser defensável¹⁵⁰².

O carácter avulso das medidas europeias relaciona-se ainda com a circunstância de o DPE ter demonstrado ter, desde cedo, uma natureza mais *reactiva* do que propriamente coerente: para além da UE e dos EM terem políticas autónomas¹⁵⁰³ (o que só por si obrigaria a um maior esforço de coordenação nas medidas adoptadas), tradicionalmente as normas com carácter penal surgiram na UE devido a um impulso dado por eventos externos¹⁵⁰⁴, mais do

alargamento da competência penal); *institucional*, derivado da atribuição de competências e do facto de algumas decisões se encontrarem ainda sujeitas à regra da unanimidade (como p. ex. art. 83º, 1, § 3); o *âmbito* da definição de infracções e sanções a nível europeu, e a sua relação com garantias processuais; e por último o factor relativo à *legitimidade* democrática da lei penal europeia, embora este aspecto tenha sido substancialmente melhorado com o Tratado de Lisboa – sobre estes factores, v. FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 187.

¹⁴⁹⁹ SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 400. Este problema deriva também dos actos legislativos europeus em matéria penal não seguirem sempre os mesmo conceitos e estes deverem depois ser implementados na lei nacional – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 83.

¹⁵⁰⁰ CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “The European Council’s Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020. Subverting the ‘Lisbonisation’ of Justice and Home Affairs?”, in Centre for European Policy Studies, No. 13/14, July 2014, pág. 5.

¹⁵⁰¹ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 64 – mas, como o próprio autor refere, nem todas as normas de Direito Penal têm um conteúdo referente a especificidades nacionais, sendo que as normas mais técnicas (como crime económico, p. ex.) não serão susceptíveis de ameaçar de modo substancial a política criminal interna.

¹⁵⁰² A própria função de orientação valorativa do Direito Penal pode ser colocada em causa se se procurar criminalizar (ou agravar substancialmente o sancionamento de) comportamentos que são vistos como lícitos (ou menos graves) em EM da União – assim SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 86: “Anche la funzione special-preventiva risulterebbe seriamente compromessa per le evidenti difficoltà di giustificare, sul piano teorico oltre che pratico, la necessità di ridurre un soggetto chiamato a rispondere di un comportamento considerato legittimo o trattato più benevolmente in un’altro Stato europeo”. Este não é, contudo, um fenómeno exclusivamente europeu: também no contexto internacional se procura influenciar a questão da criminalização (no sentido de criminalizar condutas que em vários Estados são lícitas) através da invocação de argumentos pouco científicos (como argumentos que apelam à moral) ou cuja consubstanciação fáctica não se consegue devidamente comprovar (devido à falta de elementos – ou fiabilidade dos mesmos – que comprovem o argumento invocado) – v. aqui BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, pág. 11.

¹⁵⁰³ VERVAELE, John, “European criminal justice...”, pág. 12. Um outro factor que introduz incoerência nesta relação entre sistemas penais é precisamente os EM adoptarem medidas sem considerarem devidamente “a dimensão europeia da justiça penal nacional” – é o caso, p. ex. de normas processuais quando relacionadas com infracções comuns à área de liberdade, segurança e justiça da UE.

¹⁵⁰⁴ VERVAELE, John, “European criminal justice...”, pág. 11 – sejam esses eventos externos *acontecimentos súbitos*, como ataques terroristas, ou *opiniões políticas momentâneas*, que devido ao seu carácter populista levam à adopção de medidas legislativas indevidamente ponderadas. Neste caso será também interessante questionar o papel da UE enquanto actor internacional na

que após devida ponderação da necessidade de adopção de medidas penais (ou mais propriamente, *de que* medidas penais).

A inexistência de uma política criminal é ainda problemática em relação à ligação inevitável entre a definição de crimes e as devidas garantias (nomeadamente processuais e constitucionais) que devem ser previstas para os indivíduos – sem uma linha de acção clara, também as garantias constitucionais europeias acabam por ter um âmbito de aplicação mais incerto¹⁵⁰⁵.

Torna-se necessário, por isso, definir um conjunto de princípios capazes de orientar a acção do legislador europeu de modo a que o DPE cumpra ambas as funções atribuídas ao Direito Penal em geral: por um lado proteger determinados interesses fundamentais através das suas sanções próprias, e por outro defender as liberdades e direitos dos cidadãos¹⁵⁰⁶. Em relação à função do DPE, e para que seja possível manter este equilíbrio também na esfera supranacional¹⁵⁰⁷, afigura-se indispensável um reconhecimento do “duplo nível de tutela

resposta a ameaças de segurança: como poderá actuar coerentemente também nessa área, se não se consegue identificar no plano interno uma política criminal? Um início de resposta poderá ser encontrado p. ex. nos julgamentos do TJ no caso de *Kadi*, em que a UE acabou por se impor na cena internacional como uma entidade voltada não só para a resposta a potenciais riscos de segurança, mas também (e nesse caso de modo preponderante) como um espaço judicial determinado a defender os direitos dos indivíduos e as garantias legais que formam parte da tradição jurídica comum e da ordem legal europeia enquanto ordenamento independente do dos EM; uma política criminal interna coerente onde se discernisse essa feição protectora das medidas penais europeias poderia ter facilitado esse entendimento desde o início dessa saga judicial. Um outro factor que poderá não facilitar a posição da UE na cena internacional é ainda toda a conjuntura derivada da integração diferenciada dos EM – sobre esta questão v. p. ex. o interessante artigo de MATERA, Claudio, “Much ado about opt-outs? The impact of variable geometry in the AFSJ on the EU as a global security actor”, in BLOCKMANS, Steven (Ed.), *Differentiated Integration in the EU. From the Inside Looking Out*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2014.

¹⁵⁰⁵ DíEZ, Carlos, “Models for a System...”, pág. 391 – esta questão acaba por ser ainda mais problemática quando acoplada com a ausência, ainda, de uma interpretação verdadeiramente uniforme por parte de Tribunais europeus, bem como com a inexistência de um recurso claro para estes que permita aos cidadãos verem os seus direitos constitucionais europeus reconhecidos, quando infringidos.

¹⁵⁰⁶ Neste sentido é ainda essencial que se determine como podem alguns princípios de Direito Penal nacional ser transpostos para o âmbito supranacional, e também como pode o DUE complementar o Direito nacional quando tal se mostrar necessário – KAIIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 87. Esta especial necessidade deriva da especificidade do próprio Direito Penal: este difere de outros ramos do Direito em relação às garantias legislativas que deve apresentar, às características das suas sanções (censura e severidade das mesmas), à estreita ligação com a soberania dos Estados, e à natureza especialmente constitucional do DP nos ordenamentos jurídicos nacionais – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 390; MOCCIA, Sergio, “La politica criminale del *Corpus Juris*. dal *Corpus Juris* al Diritto Penale Europeo?”, in *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 391.

¹⁵⁰⁷ Para que se cumpra este desígnio não é absolutamente necessário que se tenha em mente o princípio de exclusiva protecção de bens jurídicos, ainda que normalmente a doutrina se foque neste enquanto limite ao uso excessivo e ilegítimo do Direito Penal – p. ex., KAIIFA-GBANDI, M., “The Treaty Establishing a Constitution for Europe and Challenges for Criminal Law at the Commencement of 21st Century”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13, 2005, pág. 509: “[...] the EU is called [...] to show that it seriously considers the citizen in the core of its actions. This choice requires *ab initio* that inside the unified area of freedom, security and justice the high level of protection for legal goods will be accompanied also by a high level of protection for people’s freedom and enjoyment of justice”. Como veremos, as diferentes racionalidades subjacentes ao princípio de protecção de bens jurídicos e ao *harm principle* podem facilitar o estabelecimento de um sistema que responda às várias necessidades relacionadas com as categorias de interesses europeus.

penal” correspondente ao “duplo sistema de bens jurídicos”¹⁵⁰⁸ existente na União, e por isso mesmo o estabelecimento de uma política criminal própria que acolha essa diferença e procure garantir a coerência de todos os sistemas penais em questão¹⁵⁰⁹.

6.2 A função do Direito Penal nas diferentes tradições jurídicas europeias

Para que possamos propor um critério que permita cumprir com estes objectivos, iremos iniciar por uma análise das diferentes tradições maioritariamente presentes nos EM, até porque estas são fonte directa de princípios gerais de DUE (conforme o disposto no nº 3 do art. 6º TUE). Em relação a esta temática existem duas questões principais, que se encontram intimamente interligadas: na UE existem várias tradições jurídicas (que podem ser agregadas em três grupos principais), e isso leva-nos de seguida a ponderar a possibilidade de todas elas coexistirem num espaço judicial multicultural único.

6.2.1 Tradições jurídicas europeias

Apesar de diversas, as tradições jurídicas presentes na UE possuem características em comum, que permitem distinguir três grandes “famílias jurídicas”¹⁵¹⁰: EM de tradição *germânica* e *escandinava*; EM pertencentes à tradição anglo-saxónica – *Common Law* –; EM de tradição jurídica *napoleónica*¹⁵¹¹.

a) Tradição germânica

Nos EM que se identifiquem com esta tradição, a existência de um *bem jurídico* subjacente à norma penal é uma condição essencial para que se possa afirmar a legitimidade material da mesma; deste modo, e como já atrás se concluiu, todas as condutas penalmente relevantes em relação às quais não seja possível discernir o objectivo de protecção de um bem

¹⁵⁰⁸ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 87.

¹⁵⁰⁹ Deste modo perderia também grande parte da relevância a crítica relativa à “expropriação de facto de muitos pontos da política criminal nacional” por parte da UE (SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 86, tradução livre), já que a União teria uma política criminal sua que permitiria, na medida do possível, aos Estados manter a sua política criminal interna mais coerente.

¹⁵¹⁰ BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 126.

¹⁵¹¹ Esta distinção foi efectuada tendo em conta os aspectos em geral dos vários ordenamentos jurídicos dos EM da União, o que não significa que a pertença a um ou outro grupo implique necessariamente a semelhança entre eles em relação à questão da função do Direito Penal: p. ex. a Itália é incluída, nesta divisão, no grupo dos Estados napoleónicos, juntamente com a França (entre outros), mas em relação à função do DP a Itália teria que ser incluída no grupo de Estados de tradição germânica, uma vez que acolhe o princípio de protecção de bens jurídicos. Como se vê, tal divisão é apenas operativa – na impossibilidade de se estudarem todos os ordenamentos representados na UE, em geral referir-nos-emos às tradições em si, com a necessária ressalva de existirem EM que podem não se enquadrar *em todos os aspectos* dessa tradição; quando for necessário referir algum Estado em particular, a Alemanha será o exemplo para a tradição germânica e a França será utilizada para exemplificar a tradição napoleónica (a *common law* é em si mesma já uma tradição jurídica que difere radicalmente da continental, pelo que em princípio não será necessário mencionar nenhum Estado em específico).

jurídico-penal serão ilegitimamente sancionadas, e como tal as normas que as criminalizam deveriam ser expurgadas do ordenamento jurídico do Estado.

Em relação à UE, este princípio permitiria, ao ser aqui aplicado, distinguir os bens jurídicos (com dimensão europeia¹⁵¹²) realmente necessitados e merecedores de tutela penal, limitando deste modo a intervenção penal da União e conferindo-lhe uma necessária legitimidade substantiva¹⁵¹³ que de momento é questionável. Mesmo reconhecendo-se as variadas concepções possíveis do bem jurídico¹⁵¹⁴, a UE ao optar por uma delas conferiria indubitavelmente uma maior coerência à sua actividade legislativa penal¹⁵¹⁵. O princípio da protecção de bens jurídicos permitiria ainda encontrar um equilíbrio em relação às duas funções essenciais do DP, fornecendo a tal “bússola constitucional”¹⁵¹⁶ necessária à distinção dos interesses fundamentais que merecem tutela penal (e assim, que justificam a restrição dos direitos e liberdades dos cidadãos), e aqueles que se bastam com uma tutela diferenciada, nomeadamente através de sanções administrativas¹⁵¹⁷.

¹⁵¹² Convém distinguir desde já os bens jurídicos que adquirem *dimensão europeia* – ou seja, são bens jurídicos já existentes nos EM, mas que por força da existência de um espaço único europeu adquirem uma dimensão que faz com que seja impossível a um só Estado tutelá-los devidamente – daqueles bens jurídicos que são de realmente da União, que existem *apenas* porque a UE existe. O autor MOURA, Bruno, “O Tratado de Lisboa e a legitimidade...”, pág. 36 agrega todos estes bens jurídicos, não os distinguindo no sentido de afirmar que ambos podem necessitar de uma intervenção penal europeia.

¹⁵¹³ Seria assim um complemento (desta vez em relação ao *conteúdo* das normas penais) aos outros princípios que já limitam o exercício da competência penal da UE, como o da subsidiariedade e proporcionalidade. Na União não é, contudo, um conceito que tenha até ao momento sido utilizado, preferindo-se a mais genérica identificação de um “interesse” merecedor de tutela (como mencionam o Conselho ou a Comissão nas suas comunicações relativas à competência penal da UE); isso deve-se muito provavelmente ao facto de o conceito de bem jurídico não existir “na maioria do EM, mas só apenas naqueles de tradição germânica” – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 318.

¹⁵¹⁴ P. ex nas posições mais voltadas para a necessidade inelidível do bem jurídico em causa se reportar a um indivíduo, pode ser visto como ilegítimo que o DP seja utilizado para a defesa dos interesses financeiros da UE; já para os autores que considerem legítima a existência de bens jurídicos colectivos, à União Europeia também teria que ser reconhecida a possibilidade de defender a sua própria existência, conferindo (quando necessário) protecção penal aos seus bens jurídicos próprios – comparar aqui, p. ex., as afirmações de SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects...”, pág. 120 (“On the one hand, the financial interests of the EU are given the protection of the criminal law, which is in many respects exaggerated and encroaches on what would traditionally be an area devoid of criminal sanctions.”) e de SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 780: “Le fonctionnement de l’Union européenne dépend de la protection de ses intérêts financiers. En ce sens, l’Union se protège en réalité elle-même lorsqu’elle protège ses intérêts financiers. Or, selon une règle de politique criminelle constante, si une communauté est légitimée à exister, elle est aussi légitimée à défendre son existence”.

¹⁵¹⁵ Existem incriminações na UE (e que são bastante criticadas na doutrina) em que não é possível discernir que bem jurídico ou interesse se pretende defender – é o caso da “criminalidade organizada” ou do “terrorismo”. A opção por um princípio de criminalização permitiria obviar construções de duvidosa legitimidade como estas, para além de providenciar um critério em relação ao qual avaliar a coerência da legislação europeia.

¹⁵¹⁶ De que fala HERLIN-KARNELL, Ester, “European Criminal Law as an Exercise...”, pág. 464.

¹⁵¹⁷ Sobre esta questão pronuncia-se DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 345 ss, no sentido de criticar tanto o projecto do “Corpus Juris” como dos “Eurodelitos”, identificando nestes condutas sujeitas a criminalização que deveriam ser mais propriamente sujeitas ao Direito Administrativo sancionador; independentemente disso, reconhece que há bens jurídicos (tanto de titularidade dos cidadãos europeus como da UE) que demonstram ser merecedores de tutela penal. Se não se adoptar nem respeitar um princípio claro e coerente de criminalização, no entanto, “corre-se um sério risco de o futuro do Direito Penal comunitário se transformar em instrumento do furor regulador das instituições europeias e a pena de prisão num fenómeno banal” – *ibid*, pág. 346.

Apesar da utilidade deste princípio, são várias as dúvidas que se levantam: como poderia a UE aplicar o princípio de protecção dos bens jurídicos se nem todos os EM o reconhecem? Quais seriam as consequências no caso de um acto legislativo europeu não apresentar de facto nenhum bem jurídico a proteger? Quem seria responsável por determinar esse bem jurídico em causa?¹⁵¹⁸ Todas as questões serão respondidas em devido local; por ora importa apenas determinar da possibilidade *legal* de se adoptar o princípio de protecção de bens jurídicos (ou qualquer outro derivado da tradição napoleónica ou *common law*) no plano europeu – e quanto a esta questão parece-nos ser perfeitamente possível, através do nº 3 do art. 6º TUE, adoptar qualquer princípio de criminalização que a UE considere adequado, uma vez que resultam das “tradições constitucionais comuns” aos EM; resta depois perceber como se pode adoptar um dos princípios e cumprir simultaneamente com o mandato constitucional europeu de respeito pelas diferentes tradições jurídicas dos EM (nº 1 do art. 67º TFUE).

b) Common law

Os países cuja tradição se baseia no *common law* optam, quando consideram questões de criminalização, por seguir o *harm principle* enquanto critério para averiguar da legitimidade das incriminações: este consiste na verdade numa evolução diferente daquela do princípio de protecção de bens jurídicos, uma vez que ambos partem da ideia básica de que o Direito Penal deve servir a protecção de determinados interesses especialmente relevantes¹⁵¹⁹.

O acento tónico do *harm principle* encontra-se no entanto na consequência de um comportamento (o dano) e a sua relação com terceiros (a afectação ilegítima dos direitos destes directamente decorrente daquele comportamento) – e também aqui se pode descortinar uma dimensão transnacional dos danos causados por uma conduta, quando esta afecta os direitos e a liberdade de cidadãos de várias sociedades (neste caso, de vários EM), sem que um só Estado consiga prevenir a comissão desse tipo de comportamentos¹⁵²⁰. Especificamente em relação à dimensão europeia deste princípio, um dos maiores desafios seria identificar a partir do mesmo

¹⁵¹⁸ Estas questões (e outras considerações) são levantadas também em MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 649.

¹⁵¹⁹ Enquanto o princípio do bem jurídico foi incorporado no Direito Penal positivo como elemento integrante do carácter antijurídico da conduta, o *harm principle* manteve uma feição sociológica mais condizente com as restantes características dos sistemas de *common law* – CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011, pág. 76 e 77. Para algumas das características que diferem e contextualizam os sistemas de *common law* v. BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 119 ss.

¹⁵²⁰ Estes “danos” afectam diversos Estados de modo divergente, e só se tornam crimes a partir do momento em que existe legislação nesse sentido. Numa acepção diferente do *harm principle* daquela que acabámos por defender ao longo deste estudo, existem autores que identificam ainda outro tipo de danos que crimes transnacionais podem causar, nomeadamente em relação à soberania de um Estado ou segurança do mesmo – BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, pág. 7 e 8; no entanto, e reconhecendo a dificuldade de classificação dos crimes transnacionais através do *harm principle*, o autor acaba por recorrer a um critério valorativo para o fazer, aproximando-se deste modo mais do *modus operandi* próprio do conceito de bem jurídico do que de *harm*: identifica, p. ex., crimes transnacionais que causam dano a interesses *personais* (como tráfico de seres humanos), *sociais* (tráfico de droga), de *propriedade* (branqueamento de capitais), ou ainda do *Estado* (terrorismo).

quando empregar o Direito Penal, já que relativamente aos crimes *mala in se* a questão se torna mais simples, mas uma grande parte das infracções europeias (mormente quando destinadas a proteger os interesses da União) são crimes porque são condutas que contrariam o que se encontra legalmente determinado (*mala prohibita*). Já a problemática de eventualmente a lei penal europeia adquirir características paternalistas não parece relevante, pelo menos de momento, dado que os âmbitos de aplicação da mesma não indicam a possibilidade de ser utilizada nesse sentido¹⁵²¹.

c) Tradição napoleónica

Nos Estados com ordenamentos jurídicos de tradição napoleónica também não se reconhece a utilidade do bem jurídico enquanto critério para averiguar da legitimidade de uma norma penal¹⁵²², optando-se nestes por ter como necessária a utilização do Direito Penal não quando se pretende proteger um interesse, mas sim quando uma conduta ameaçar a ordem pública¹⁵²³ (*ordre public*).

O conceito de *ordre public* é mais amplo do que o de bem jurídico, e permite englobar as mais diferentes realidades¹⁵²⁴, sendo igualmente interpretado de modo divergente em cada Estado devido à sua vaguidão e fluidez de conteúdo. A UE também já fez uso deste conceito, nomeadamente para justificar a recusa de cooperação judicial entre os EM e limitações ao mercado único¹⁵²⁵ – ao reservar-se o direito de intervir na definição do que pode ser englobado

¹⁵²¹ Questão levantada em FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 194. Tendo também em conta o funcionamento de outros princípios penais europeus, como o da subsidiariedade, parece-nos mesmo pouco provável que o DPE venha alguma vez a adquirir características paternalistas, simplesmente porque as condutas tipicamente relacionadas com a lesão de interesses próprios normalmente carecem de uma dimensão supranacional que justifique a intervenção penal da UE, e qualquer regulação europeia nessa situação poderia legitimamente ser contestada por a conduta não ter relevância para o DUE e ser por isso da exclusiva competência dos EM.

¹⁵²² Quando se faz alguma referência ao interesse em causa não é para se ligar o mesmo à legitimidade material da norma penal, mas sim como auxílio para catalogação e divisão dos diversos crimes na Parte Especial do Código Penal – BACIGALUPO, Enrique, “Rechtsgutbegriff und Grenzen...”, pág. 4.

¹⁵²³ SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 309 – isso leva o autor a presumir que por detrás desta concepção se encontra igualmente um entendimento divergente em relação ao próprio DP, concluindo assim que não existe na Europa um conceito unitário de Direito Penal.

¹⁵²⁴ Este conceito abrange p. ex. os direitos fundamentais, mas também outros princípios tidos como essenciais – o que permitiria englobar p. ex. o princípio da culpa (que é um princípio fundamental a ser respeitado pelas medidas europeias, que só parece ser problemático quando se encontra em causa a responsabilidade penal das pessoas colectivas, para os países que não a admitam com base nesse argumento – *societas delinquere non potest* –, algo que também já começa a denotar a influência europeia, com alguns EM a alterar a sua posição nessa matéria: v. FOFFANI, Luigi, “Nuevas tendencias y perspectivas del Derecho Penal Economico Europeo”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 24, Nº 2, Abril-Junho de 2014, pág. 231 e 232), ou mesmo da exclusiva protecção de bens jurídicos (NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 355) –, o que no fundo permite ver também neste uma função protectora que se atribui ao DP, agora não dirigida a interesses mas sim a condições fundamentais de existência daquela sociedade.

¹⁵²⁵ Relativamente à cooperação entre EM, o caso C-7/98 (*Krombach*) – relacionado com um julgamento *in absentia* – determinou que o direito à defesa figura entre os aspectos essenciais da ordem pública europeia, justificando-se por isso a recusa de cooperação quando este se encontrar em causa: “Assim, embora não caiba ao Tribunal de Justiça definir o conteúdo da ordem pública de um Estado contratante, incumbe-lhe contudo controlar os limites no quadro dos quais o órgão jurisdicional de um Estado contratante

na cláusula de ordem pública de um Estado, acaba por criar um conceito autónomo de ordem pública europeia, independente daquele dos Estados, que se vai preenchendo.

Mas enquanto critério para limitar a acção do legislador penal não nos parece ser o mais apropriado, na medida em que é demasiado indefinido e abrangente, não constituindo por isso limite algum – é por este motivo que este princípio, embora útil em certas situações (como nos exemplos acima mencionados), não figurará na sugestão que ultimamente se fará em relação à função do Direito Penal Europeu.

Iremos então centrar-nos nas tradições germânica e do *common law* e nos seus princípios de legitimidade do DP. É inegável que ambas as tradições apresentam um considerável número de diferenças, desde o modo como concebem a estrutura do delito até ao papel processual do juiz¹⁵²⁶; no entanto, existem pontos em comum em relação à função do Direito Penal que permitem encontrar uma “gramática internacional”¹⁵²⁷ que seria susceptível de respeitar as tradições jurídicas dos EM, e assim de facilitar de igual modo o processo de

pode recorrer a esse conceito para não reconhecer uma decisão de um órgão jurisdicional de outro Estado contratante. [...] O recurso à cláusula de ordem pública, constante do artigo 27.º, n.º 1, da convenção, só é concebível quando o reconhecimento ou a execução da decisão proferida noutro Estado contratante viole de uma forma inaceitável a ordem jurídica do Estado requerido, por atentar contra um princípio fundamental. A fim de respeitar a proibição de revisão de mérito da decisão estrangeira, esse atentado devia constituir uma violação manifesta de uma regra de direito considerada essencial na ordem jurídica do Estado requerido ou de um direito reconhecido como fundamental nessa ordem jurídica. [...] Desta jurisprudência resulta que o órgão jurisdicional nacional de um Estado contratante está no direito de considerar, que a recusa de ouvir a defesa de um arguido ausente dos debates constitui uma violação manifesta de um direito fundamental.” (excertos do Ac. Korbach, v. em especial os § 21 a 23, 37 a 40). Relativamente a outros aspectos da ordem pública europeia, recorde-se ainda a decisão do TJ no caso C-36/02 (*Omega*), em que se incluiu também a dignidade da pessoa humana no conteúdo daquela – v. os § 28 a 41.

¹⁵²⁶ Sobre as diferenças entre o sistema de *common law* e de *civil law*, v. p. ex. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 196 ss; com maior detalhe, BOHLANDER, Michael, “Radbruch Redux: The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice”, *in* *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, 2011; CADOPPI, Alberto, “*Civil Law e Common Law: Contrapposizione sistemica o culturale?*”, *in* CANESTRARI, Stefano e FOFANI, Luigi (Eds.), *Il Diritto Penale nella Prospettiva Europea. Quali Politiche Criminali per quale Europa?*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pág. 99 ss; HÖFFE, Otfried, “Europäisches versus angloamerikanisches Recht: Standortkonkurrenz in Zeiten der Globalisierung”, *in* HERZOG, Felix und NEUMANN, Ulfrid, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010, pág. 57 ss; MELENDO PARDOS, Mariano, “Strafrechtswissenschaft o Common Law?”, *in* *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, 2009, pág. 415 a 421; para uma comparação no contexto do *Corpus Juris* v. ainda BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 397 ss.

¹⁵²⁷ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 196. Alguns exemplos de princípios penais comuns a ambas as tradições jurídicas são dados por CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado...*, pág. 30: “principios como la proscripción de la tortura y de las penas inhumanas, la responsabilidad individual por el hecho y no por el autor, el principio de culpabilidad individual, el derecho penal como último recurso, etc. son concreciones de aquello que se considera irrenunciable en un Estado de Derecho y que se incorporan o renuevan el Derecho Penal y las instituciones penales de cada Estado”; o autor considera também que um DPE voltado para a protecção de bens jurídicos permitiria a concepção de uma Parte Geral (inevitavelmente flexível) comum que se aplicasse em todos os EM em relação às normas penais europeias (*ibid*, pág. 32). Dando ainda o exemplo do ordenamento jurídico de Malta, cujo Código Penal de 1854 apresentava um carácter híbrido com soluções de *common law* e *civil law*, CADOPPI, Alberto, “Verso un diritto penale europeo?”, *in* PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, pág. 37 e 38.

harmonização e cooperação¹⁵²⁸. Na verdade, “ao nível dos princípios [existem] mais similitudes entre a ‘civil law’ e a ‘common law’”¹⁵²⁹ do que normalmente se esperaria – o que faz com que seja possível afirmar que “a ideia familiar de que a harmonização do direito penal e processual não é possível devido a diferenças culturais, e reivindicações de soberania por parte dos Estados-Membros, na verdade assenta numa concepção errónea fundamental acerca do facto do Direito Penal ser uma matéria que mais ou menos depende da vontade do legislador [...]. No entanto, assim que se leva a sério a fórmula do Direito Penal consistir na protecção de *ultima ratio* de bens jurídicos, resta pouco espaço para que várias concepções de Direito Penal ou áreas da criminalidade possam ser vistas como igualmente sustentáveis, dada a base uniforme das tradições culturais”¹⁵³⁰ a que fazem referência os Tratados. Em termos de integração e harmonização, o que se mostra necessário é uma *certa flexibilidade*: muito pouca flexibilidade e os EM não concordarão com as medidas europeias, por não se adequarem ao seu ordenamento jurídico; muita flexibilidade e corre-se o risco de reduzir princípios fundamentais de Direito Penal a regras tão gerais que deixe de fazer sentido a sua aplicação para que cumpram a função para que foram pensados¹⁵³¹ – é neste âmbito que a política

¹⁵²⁸ Para um exemplo prático, ainda que situado fora do contexto da UE, SCHULTZ, Hans, “Practical Problems Arising from Treaties on Mutual Legal Assistance Between Continental and Common Law States: The Example of Switzerland and the United States of America”, in ESER, Albin and LAGODNY, Otto (Eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law: Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1992, pág. 311 ss.

¹⁵²⁹ AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional...*, pág. 42. Existe ainda quem argumente que, na verdade, as fricções existentes (p. ex. em relação à valoração europeia e dos EM) se encontram apenas ao nível teórico, e não se verificam na prática – PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Europäisierung des Strafrechts...”, pág. 87 ss –, o que contribuiria para dirimir o impacto das diferenças entre ordenamentos quando uma determinada solução é adoptada pela UE.

¹⁵³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects...”, pág. 129 (tradução livre). Devemos fazer aqui um reparo, que deriva das inevitáveis diferenças linguísticas: estando o artigo redigido na língua inglesa, é empregue a expressão “legal interests”, que aqui se traduziu para “bens jurídicos”, que é normalmente ao que aquela se refere (*legal interests* ou *legal goods* são expressões utilizadas na língua inglesa para descrever o conceito de bens jurídicos); no entanto, para que fique mais evidente a semelhança entre as várias tradições legais, seria mais apropriado que se traduzisse para algo como “interesses legalmente protegidos”, dado que deste modo se estabelece uma ponte mais evidente entre a teoria da protecção de bens jurídicos e o *harm principle*, uma vez que ambos partem na sua essência do objectivo de protecção a interesses fundamentais (de certa forma, se bem que de modo mais amplo, também a *ordre public* incorpora estes valores, já que são essenciais à sociedade). E assim, a partir deste prisma restam poucas opções para advogar que a União tem demasiadas diferenças culturais para que se consiga criar um DPE verdadeiramente comum. Nesta questão, e tendo em conta os mesmos factores (diferenças culturais, soberania nacional), MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 199 ss, salienta que a intensidade da resistência à europeização do Direito dependerá sempre de três factores distintos: o número de Estados intervenientes, o grau de apego dos Estados ao seu Direito interno, e ainda a importância das alterações a introduzir derivadas da UE.

¹⁵³¹ CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado...*, pág. 33 – os princípios essenciais de DP a que se refere o autor, sublinha, não são meras “criações” de um ou outro sistema penal continental, mas derivam antes de “exigências valorativas essenciais no Direito Penal moderno”, cujas variadas fontes são constituídas por: normas e princípios constantes do Direito interno dos EM; Declarações de Direitos, Tratados e Convenções; jurisprudência de Tribunais internacionais; e desenvolvimento da ciência jurídica penal.

criminal desempenha um papel decisivo, fornecendo opções claras em relação à função e objectivos do Direito Penal Europeu¹⁵³².

Em comum nesta questão existe o carácter garantista do DP em relação a determinados interesses fundamentais, com a finalidade de prevenir lesões aos mesmos, bem como o facto de se dever recorrer a este tipo de medidas apenas em último caso – o que se expressa no Direito anglo-americano na máxima de “*minimum criminalization*” correspondente ao nosso princípio de *ultima ratio*¹⁵³³.

Ora, se todos os princípios poderiam legalmente ser transpostos para o ambiente transnacional europeu, resta averiguar da *adequação* dessa transposição¹⁵³⁴. Em relação ao princípio de protecção de *bens jurídicos*, este ofereceria algumas vantagens claras, como a identificação precisa dos interesses a proteger em cada norma penal, a ligação obrigatória a valores constitucionais europeus¹⁵³⁵, ou a possibilidade de protecção de bens jurídicos específicos da UE, desde que estes fossem considerados legítimos à luz desse princípio. Já o *harm principle* contribuiria para redimensionar toda a questão da defesa dos cidadãos em relação ao Direito Penal: uma vez que se dirige à protecção de interesses pessoais, limitaria a acção penal da União às condutas (com relevância transnacional) lesivas de direitos e interesses dos seus cidadãos¹⁵³⁶, para além de limitar de modo muito mais severo a intervenção penal a comportamentos danosos ao interesse em causa, e não também a condutas apenas perigosas¹⁵³⁷. Um acordo em relação aos pressupostos valorativos que devem subjazer à questão da

¹⁵³² Para um estudo de princípios penais comuns aos vários ordenamentos, e que portanto deveriam constituir os elementos básicos da harmonização legal europeia, v. CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado...*, pág. 47 ss. Existem ainda autores que argumentam que de momento não existe uma livre circulação e ponderação de soluções jurídicas para que se procure a mais adequada a uma certa situação, mas sim simplesmente uma “americanização” de algumas áreas do Direito, através da importação de soluções adoptadas pelos EUA, referindo p. ex. a política criminal perseguida em matéria de drogas, criminalidade organizada ou terrorismo – NIETO MARTÍN, Adán, “Américanisation ou européanisation du droit pénal économique?”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Octobre/Décembre 2006, n° 4, pág. 767 ss.

¹⁵³³ CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado...*, pág. 78.

¹⁵³⁴ Alguns aspectos, que são comuns aos vários princípios orientadores da questão da criminalização não serão mencionados, precisamente porque não podem em rigor ser considerados vantagens de uns em relação aos outros: é o caso do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, subsidiariedade ou proporcionalidade, e também aspectos que a eles subjazem, como a necessidade de pena, importância do interesse em causa, etc. As finalidades preventivas das sanções penais também serão comuns, mas são obviamente insuficientes para determinar a legitimidade da intervenção penal, e constituiria, aliás, uma utilização incorrecta das mesmas: estas conseguem apenas responder e orientar a questão “para que se pune?”, e não igualmente “o que se pune?” – em sentido concorrente em relação à insuficiência deste último critério também CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado...*, pág. 88.

¹⁵³⁵ E controlo dos mesmos pelo “Tribunal Constitucional” europeu, que seria o TJ.

¹⁵³⁶ “[...] a citizen, and his legal interest, must be protected by the criminal justice system, but they must also be protected from the dangers of a criminal justice system operated in a reckless manner” – SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects ...”, pág. 121.

¹⁵³⁷ De acordo com DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 349, esta seria também uma característica indispensável do Direito Penal Europeu, para que não se alastrasse a questão da criminalização também a condutas prévias ao dano e não se antecipasse ilegalmente desse modo a tutela penal europeia.

criminalização contribuiria ainda de modo significativo para a superação das “barreiras nacionais”¹⁵³⁸ à harmonização e unificação (coerente) do DPE – mas como optar por um princípio orientador da criminalização operada na esfera europeia, se ambos têm vantagens específicas, e se o ambiente jurídico europeu difere, em certos pontos essenciais, daquele existente internamente nos EM?

Creemos que a resposta há-de ser encontrada precisamente partindo das diferenças (e semelhanças) da UE com os Estados, e com os diferentes tipos de interesse que esta é chamada a defender, como veremos de seguida. Em geral, no entanto, foi já sugerido que o DPE deveria encontrar-se limitado a intervir em situações em que: os interesses fundamentais cuja protecção se procura com a norma penal derivam do Direito originário da UE (tal como os bens jurídicos se relacionam com valores constitucionais); os princípios fundamentais dos EM e da CDFUE não sejam violados por essa criminalização europeia; as condutas proibidas sejam susceptíveis de afectar de modo significativo os indivíduos ou a sociedade¹⁵³⁹; seja identificado um dano específico derivado dessas condutas; outros mecanismos de controlo social – nomeadamente outra tipologia de sanções – sejam insuficientes para proteger o interesse em causa; e haja necessidade da intervenção da União¹⁵⁴⁰.

6.2.2 Multiculturalismo e função do Direito Penal

A tarefa de definição de uma política criminal europeia torna-se ainda mais complicada pela particularidade de esta se dever encontrar em sintonia com várias sociedades, que por si só são já multiculturais – ou seja, há uma questão de multiculturalismo em dois níveis, em que ao nível local (das várias culturas presentes na sociedade de cada EM) se soma o nível supranacional (das várias culturas representadas por todos os povos dos EM). Encontrar ideias e cursos de acção penais aceites por todos numa tal situação torna-se mais controverso, uma vez que cada povo da Europa pode ter diferentes valorações em relação a certas condutas (potencialmente) penalmente relevantes; mais uma vez, do que aqui se trata não é tanto da liberdade individual, mas sim da liberdade do indivíduo enquanto membro de uma sociedade (com a qual em princípio partilhará valores, ideais, práticas sociais, etc.)¹⁵⁴¹. No multiculturalismo que envolve vários Estados a obtenção de um consenso pode ser ainda mais dificultada se aqueles se focarem em demasia nas especificidades do seu ordenamento jurídico e impossibilitarem desse modo (ou fizerem com que seja extremamente árdua) a tarefa de encontrar pontos em comum que permitam uma acção supranacional conjunta – nesse caso, o

¹⁵³⁸ CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado...*, pág. 74.

¹⁵³⁹ Todos os três em KAIIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 88 a 90; no mesmo sentido também ROMEO MALANDA, Sergio, “Un nuevo modelo de Derecho Penal Transnacional: el Derecho Penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, *in* Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXII, 2012, pág. 342.

¹⁵⁴⁰ Restantes três requisitos de KLIP, André, “European Criminal Policy”, pág. 11.

¹⁵⁴¹ FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 195 / 196.

Direito Penal torna-se uma questão política¹⁵⁴², o que nem sempre faz com que as decisões adoptadas sejam as mais correctas do ponto de vista da ciência criminal.

O surgimento ou criação de um “Direito Penal intercultural” não se colocou senão há relativamente pouco tempo: até então a opinião largamente predominante ia no sentido de afirmar que a específica natureza das normas penais fazia com que estas não se pudessem aplicar num contexto cultural diferente daquele onde haviam surgido, e que portanto as soluções penais encontradas em determinadas ordens jurídicas não poderiam ser transpostas para outras¹⁵⁴³. No entanto, alguns fenómenos¹⁵⁴⁴ começaram paulatinamente a colocar em causa esse dogma e a exigir novas respostas por parte do Direito Penal, que permitissem uma aplicação mais universal das regras existentes¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴² HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 304. A questão da legitimidade pode ser utilizada tanto para aumentar a autoridade de uma instituição e das suas normas, como para contestar as mesmas – v. neste sentido KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 42.

¹⁵⁴³ Neste sentido a clara colocação da problemática por HASSEMER, Winfried, “Interkulturelles Strafrecht”, in ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael und KAHLO, Michael (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998*, Berlin, Springer, 1998, pág. 102: “Was im Arbeitsrecht möglich, im Wirtschaftsrecht nötig und im Völkerrecht zwingend ist: die Rücksicht dieser Rechtsgebiete auf Entwicklungen in anderen Kultur- und Rechtskreisen, das ist für das Strafrecht die seltene Ausnahme; dem Strafrecht scheint es überflüssig, ja eher kontraproduktiv zu sein, sich an Normen und Verfahren zu orientieren, welche für andere Kulturen gelten”.

¹⁵⁴⁴ Nomeadamente a globalização e as novas questões a que esta deu origem, como a migração e a aplicação do Direito Penal em ambientes cada vez mais multiculturais, ou a incapacidade de os Estados conseguirem individualmente responder a novos tipos de infracções. Sobre a relação destes fenómenos com o Direito Penal v. também HASSEMER, Winfried, “Interkulturelles Strafrecht”, pág. 103 ss; NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 342 ss. Sobre a possibilidade e desafios de um Direito Penal intercultural v. ainda a obra de HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.

¹⁵⁴⁵ A aplicação “universal” do Direito Penal – querendo-se com isto significar a aplicação de soluções idênticas ou iguais a mais do que uma só sociedade, o que implica por definição a descoberta de normas cuja especificidade cultural seja reduzida ou comum às ordens jurídicas a que se pretendem aplicar essas regras – levanta ainda outras questões, nomeadamente em relação à posição da *ciência jurídica* e dos próprios Estados. Em relação à primeira, releva sobretudo o facto de esta se encontrar numa posição privilegiada para encontrar soluções com um maior potencial de serem comumente aceites, dado que é em menor grau influenciada pela politização do Direito Penal; assim, consegue analisar várias soluções jurídicas e sugerir aquela que melhor se poderia adaptar à matéria em questão, ou combinar elementos de várias soluções, criando uma que valha especificamente para o espaço penal em causa (aqui, a União Europeia) – sobre a existência de uma ciência penal nacionalmente independente v. o artigo de HIRSCH, Hans Joachim, “Existe una ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente?”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 5, 2000. Um exemplo destes esforços pode ser dado por toda a literatura (aqui pertinente) acerca dos benefícios de conjugação do princípio de protecção de bens jurídicos com o *harm principle*; ou ainda pela jurisprudência do TEDH concernente à doutrina da margem de apreciação: esta dita, no essencial, que quanto mais consensual for uma determinada temática penal, menor margem de apreciação terão os Estados em relação a medidas relacionadas com a mesma, e inversamente, quanto menor for o consenso discernível entre Estados, maior será a margem de apreciação existente – v. a sugestão de aplicação desta doutrina ao TJ feita por FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 197 e jurisprudência aí citada para uma compreensão liminar da doutrina em causa. Em referência às críticas que a esta se dirigem (nomeadamente diminuir o carácter obrigatório da defesa dos direitos humanos para os Estados) e à sua inegável vantagem (a flexibilidade que permite), KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 34. Em relação aos *Estados*, há também duas posições divergentes: há quem considere que estes se deveriam manter culturalmente neutros (mesmo em questões puramente internas, devido ao carácter multicultural das sociedades contemporâneas) – são os chamados adeptos da teoria liberal –; enquanto outros consideram que os Estados deveriam, ao invés, agir proactivamente para defesa das culturas existentes nas suas sociedades, o que seria feito através do reconhecimento de diversos direitos civis e políticos – são as chamadas teorias comunitaristas; sobre este tema com maior detalhe,

A solução da UE para responder a esta problemática até ao momento tem sido a flexibilização da integração penal¹⁵⁴⁶, em reconhecimento da especificidade desta e dos desafios que coloca¹⁵⁴⁷: flexibilidade em relação às *sanções* (desde que estas se mostrassem eficazes, proporcionais e dissuasivas), ao *quantum* das mesmas (particularmente através do estabelecimento de mínimos de sancionamento ao invés de um grau quantitativamente determinado da mesma), ao *se* da integração (pela previsão de regimes específicos de *opt out*), e mesmo ao *como* da mesma (através do reforço de mecanismos como o princípio do reconhecimento mútuo, a cooperação reforçada, e também a possibilidade de *opt in* dos EM que escolherem não participar de início). Progressivamente, podemos observar que a UE caminha para uma maior harmonização e unidade legislativa, ainda que com alguma cautela, à medida que outros factores o vão permitindo (p. ex. o reconhecimento da cidadania europeia, o lento surgimento de uma identidade europeia, reconhecimento gradual de garantias processuais e princípios penais fundamentais, bem como dos direitos fundamentais, etc.). O equilíbrio entre a unidade e a diferença é todavia algo precário de manter, tanto do lado dos Estados-Membros – em relação ao grau de unidade que podem integrar nos seus ordenamentos – quanto do lado da União, relativamente ao grau de diferença que pode suportar¹⁵⁴⁸ até não se poder considerar verdadeiramente “união”. A única certeza neste tema parece ser exactamente a importância deste equilíbrio cultural: a UE não conseguirá impor-se enquanto espaço monocultural, e não conseguirá subsistir enquanto espaço completamente

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, in *Politica Criminal*, nº 3, 2007. A Europa em geral parece seguir uma tendência mais comunitarista, dirigindo-se à protecção de determinados interesses considerados essenciais à sociedade como um todo, o que implica concomitantemente a protecção lateral de minorias culturais, como se pode exemplificar através do reconhecimento do direito à liberdade religiosa (art. 10º CDFUE): desse modo protege a liberdade de todos os cidadãos na adopção das suas crenças, mas também determina a existência de minorias religiosas, já que nem obriga à adopção de uma só crença nem permite que seja legítimo à sociedade pressionar as minorias religiosas para que alterem as suas próprias crenças – a opção por uma neutralidade valorativa não parece, por isso, ser uma verdadeira opção para a UE.

¹⁵⁴⁶ Deste modo consegue ir gerindo a diversidade existente através do acolhimento da mesma no plano europeu, em vez de procurar simplesmente suprimi-la – HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 305.

¹⁵⁴⁷ A diferente natureza do Direito Penal também foi desde sempre reconhecida pela União: v. p. ex. a Opinião do AG Mazák no âmbito do processo C-440/05 (*Commission v Council*), § 67 a 69. O maior desafio em relação à integração europeia no Direito Penal é a identificação dos sujeitos com essa lei penal: na sequência do que se disse anteriormente, os cidadãos de cada EM devem, para que considerem o DPE legítimo, conseguir identificar-se com os valores que este protege e veicula, para além de através disso poderem diferenciar a ordem jurídica europeia das restantes (e através dessa contraposição sentirem-se integrados no conjunto de valores e ideais que compõem esse ordenamento); inversamente, estes são precisamente os factores que poderão determinar a impossibilidade de integração, se os diversos povos nunca se identificarem com os valores defendidos pela ordem supranacional – para uma análise desta questão v. CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph, “General Introduction”, in CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph (Eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986 (especificamente pág. 42 ss, e referências posteriores da obra aí especificadas). Na mesma obra é ainda possível obter um panorama das diferentes experiências federais em relação ao fenómeno da integração, o que permite a ponderação de potenciais soluções também para a União Europeia – referimo-nos sobretudo ao artigo de FROWEIN, Jochen, “Integration and the Federal Experience in Germany and Switzerland”; para uma visão de conjunto das várias experiências federais (que não incluem somente exemplos europeus) v. ainda o comentário de KOMMERS, Donald, “Federalism and European Integration: A Commentary”.

¹⁵⁴⁸ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 138.

multicultural, pelo que se torna imprescindível encontrar um sentido de comunidade penal *intercultural*, que simultaneamente forme uma identidade penal europeia sem com isso suprimir a identidade penal nacional¹⁵⁴⁹.

6.3 Princípios de Direito Penal Europeu

Na procura de uma função para o Direito Penal Europeu e da identidade deste cabe em primeiro lugar perguntar se existirá já algum princípio (europeu) que seja capaz de orientar as escolhas do legislador penal da UE, e que se dirija assim à questão da legitimidade material das mesmas, ou se será deveras necessário criar ou aplicar um novo critério para que se averigúe essa questão.

Para iniciar torna-se necessário compreender o que são *princípios*, e apesar da literatura jurídica neste tema ser compreensivelmente extensa, para o que aqui releva princípios são normas dotadas de determinadas características¹⁵⁵⁰, que se passa a enumerar. Os princípios expressam um *dever* ao invés de uma obrigatoriedade – *devem* ser respeitados, mas não têm um carácter de “tudo ou nada”, permitindo discernir no seu conteúdo uma profundidade do mesmo que não se encontra presente nas restantes normas; têm um *conteúdo normativo* – ou seja, integram motivos que liminarmente justificam o dever que existe em respeitá-los; são normas que não são normal ou necessariamente *declaradas* pelo legislador, mas são construídas ou descobertas na legislação ou pela jurisprudência; são ainda normas que têm um carácter *geral* – isto é, não pretendem aplicar-se só a determinados casos, mas sim a toda uma área do Direito.

Os princípios desempenham variadas funções no âmbito da UE: quando identificados pelo TJ, podem ser utilizados para integrar lacunas legislativas¹⁵⁵¹ ou informar a interpretação das normas da UE¹⁵⁵², bem como para trazer para o âmbito do DUE normas ou regras de Direito

¹⁵⁴⁹ HILDEBRANDT, Mireille, “European criminal law and European identity”, pág. 76: a autora conclui que as diferenças existentes devem ser reconhecidas e estudadas, para que a partir de então se consiga definir com maior precisão os casos em que se mostra mais adequado permitir a persistência da diferença e aqueles em que se mostra necessário adotar uma acção unificadora por parte da UE. As várias escolhas irão ultimamente determinar “que identidade isso implica e o que isso nos ensina para o futuro do Direito Penal Europeu”, bem como “que tipo de identidade *devíamos* querer para a tradição legal europeia” (tradução livre).

¹⁵⁵⁰ Com ASP, Petter, “Mutual recognition *qua* legal principle”, in REINDL-KRAUSKOPF, Susanne (etc.) (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Fuchs*, Wien, Verlag Österreich, 2014, pág. 5 ss.

¹⁵⁵¹ O que pode derivar de legislação incompleta, incorrecta ou mesmo inexistente – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 102.

¹⁵⁵² Determinando ainda a validade dessas normas, que podem ser tanto de Direito derivado quanto de Direito originário da UE, o que indica que em termos de hierarquia legal alguns desses princípios são mesmo superiores aos Tratados – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 102. Isso esclarece-nos, em específico em relação à função do DPE, que a adopção de um qualquer princípio de criminalização não seria inaceitável apenas por não se encontrar previsto nos Tratados, nem por se referir a limites que se encontram para além daqueles: em particular, poderiam ser utilizados para revisão constitucional das normas incriminadoras europeias, mesmo que nenhuma outra norma em específico pudesse ser invocada para o efeito.

Internacional ou nacional¹⁵⁵³ ou ainda para convolar uma determinada regra jurídica europeia num princípio geral¹⁵⁵⁴. Os princípios de DUE influenciam também (e limitam) a lei nacional, na medida em que podem determinar a (in)validade da mesma (nos moldes específicos já atrás mencionados, nomeadamente ditando a não aplicação da norma nacional ou a sua interpretação conforme, quando possível). Os princípios gerais de DUE são ainda aplicáveis a toda a ordem jurídica europeia, o que não significa que no âmbito do Direito Penal essa regra não esteja sujeita a algumas especificidades: alguns princípios gerais têm aplicações específicas de DP (p. ex. *ne bis in idem*), enquanto outros adquirem significados distintos quando em relação à matéria penal (p. ex. o princípio da proporcionalidade, que é mais restrito no DP do que na generalidade do Direito). O que se retira da conceptualização dos princípios no plano europeu é fundamentalmente que o seu catálogo não é exaustivo, a relação entre os vários princípios não é previamente determinada (pode depender das circunstâncias do caso concreto a proeminência de um ou outro princípio), e nem todos os princípios apresentam o mesmo carácter de generalidade, existindo uns mais específicos do que outros.

Existem vários princípios gerais de Direito da UE, e ainda regras e limites às quais se encontra também sujeito o Direito Penal Europeu¹⁵⁵⁵ – aqui referiremos apenas aqueles que poderiam hipoteticamente configurar um limite razoável à actividade do legislador penal europeu, e apenas na medida em que poderiam ser utilizados para esse efeito¹⁵⁵⁶.

a) Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, nas suas múltiplas facetas, é um dos princípios impossíveis de evitar na matéria penal, e encontra-se previsto no art. 49º CDFUE (e 7º CEDH). O seu

¹⁵⁵³ As tradições constitucionais dos EM são uma das fontes de inspiração dos princípios gerais de DUE, ao lado de princípios ou regras comuns aos mesmos e de princípios emanados da jurisprudência do TEDH – sobre a evolução histórica dos princípios europeus e suas fontes v. com maior detalhe MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 105 ss.

¹⁵⁵⁴ P. ex. o Ac. relativo ao caso C-144/04 (*Mangold*), em que o princípio da não discriminação foi interpretado de modo a abranger a não discriminação em relação à idade de um modo que não se encontrava previsto pela Directiva em causa. Este aspecto permite à UE manter uma certa abertura em relação ao conteúdo (protector) da sua legislação, o que faz com que, mesmo que até então inexistente, um determinado princípio (ou dimensão do mesmo) possa ser a qualquer momento identificado no âmbito de um processo – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 103.

¹⁵⁵⁵ Alguns exemplos de *limites* gerais são as regras da lógica, ou ainda a possibilidade de existirem divergências de valoração que exigem uma intervenção correctiva por parte do legislador. Alguns *princípios* gerais europeus são o princípio da legalidade, do Estado de Direito, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, da protecção dos direitos do homem e fundamentais, da subsidiariedade, proporcionalidade, assim como outros derivados das tradições legais dos Estados-Membros e do Direito Internacional. No DPE deve ainda ter-se em particular consideração o respeito por aquelas tradições, e também o princípio da divisão de poderes (relevante p. ex. na questão da cominação de verdadeiras sanções penais sob a designação de sanções administrativas, permitindo desse modo à UE o exercício de uma competência em essência penal de modo ilegítimo) – com mais detalhe v. MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 638 e 639.

¹⁵⁵⁶ Praticamente a totalidade dos princípios que iremos mencionar levanta mais questões do que aquelas que poderíamos (ou deveríamos) mencionar neste estudo, pelo que os aspectos que iremos abordar centrar-se-ão no essencial a permitir a sua compreensão em relação à adequação ou insuficiência desses princípios para limitarem – no que se refere ao conteúdo – a actividade legiferante da UE; por esse motivo, um estudo mais aprofundado dos mesmos remete-se para obras de referência geral ou para as que iremos mencionando ao longo da exposição.

conteúdo refere-se em primeiro lugar à necessidade de existência de uma lei penal para que alguém possa ser sujeito às sanções próprias deste ramo do Direito (*nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁵⁵⁷); esta lei penal deve ainda obedecer a vários postulados que derivam deste princípio – *lex certa, scripta, stricta, praevia, parlamentaria* –, os quais podem não adquirir o mesmo significado na esfera europeia que normalmente se exige no ambiente nacional¹⁵⁵⁸.

Enquanto princípio orientador da função do Direito Penal e da legitimidade substantiva da lei penal, no entanto, este princípio não consegue ser útil, uma vez que foi pensado para determinar as condições necessárias à aplicação das normas penais (estas devem assumir a forma escrita, devem ser aprovadas por um Parlamento, devem existir antes do crime, etc.), e não para se dirigir à questão do *conteúdo* das mesmas – isto não lhe retira o carácter absolutamente fundamental, apenas significa que até os princípios mais essenciais têm os seus limites em relação às funções que podem desempenhar.

b) Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade é essencial no DUE: este dita, segundo o disposto no nº 3 do art. 5º TUE que “a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, [...] podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao

¹⁵⁵⁷ Esta dimensão do princípio da legalidade é também indissociável da proibição da analogia e do princípio da irretroactividade da lei penal: os sujeitos só poderão ser julgados ao abrigo de normas penais já existentes à data de comissão (ou omissão) do facto criminoso, sendo que incriminações posteriores não poderão ser apostas contra aqueles – v. p. ex. o caso C-80/86 (*Kolpinghuis*), ou ainda C-550/09 (*E and F*), especialmente § 59 e C-63/83 (*Kirk*), especificamente § 22 e 23. O princípio da irretroactividade da lei penal conhece a excepção da aplicação retroactiva da lei penal que seja mais benéfica ao réu (*lex mitior*) – v. p. ex. os casos C-457/02 (*Niselli*), C-387/02 (*Berlusconi*), C-61/11 PPU (*El-Dridi*), § 61, e ainda KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 173 ss.

¹⁵⁵⁸ P. ex. os subprincípios de *lex certa* e *parlamentaria* devem ser lidos de forma algo distinta na UE: em relação ao primeiro, dado que o DPE ainda não se aplica directamente aos indivíduos, este não adquire as mesmas exigências que conhece ao nível interno; apenas a lei nacional deve preencher todos os requisitos relativos à certeza da lei penal – neste sentido a opinião da Comissão (COM(2011) 573 final, pág. 8; CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 594; HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 318 ss. A exigência da *lex certa* será substancialmente menor nas Directivas, uma vez que estas não podem conter mais do que as “regras mínimas” mencionadas no Tratado e devem ser transpostas por cada EM; mas, como consequência lógica do exposto, “quanto menor a margem de liberdade ao nível da implementação, mais importante é que os actos legislativos europeus satisfaçam o requisito da *lex certa*” (“A Manifesto on European Criminal Policy”, pág. 708). A *lex parlamentaria* também adquire particularidades europeias, uma vez que existem órgãos que representam os interesses da União, dos EM, e dos cidadãos, daí que seja imprescindível garantir a participação de todos; é claro que isso também dependerá do tipo de competência que exerce: no âmbito da competência penal “normal” da UE (referimo-nos aqui ao definido no Capítulo IV do Título V do TFUE), a intervenção dos Parlamentos nacionais foi reforçada, conforme já referido. A questão será mais controversa se a União definir regras penais fora deste escopo, utilizando por exemplo como base jurídica o art. 325º – em relação a este requisito v. em especial MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 443 ss. Em geral sobre os postulados do princípio da legalidade v. KAIJAFI-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 97 ss; HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 20 ss; KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 167 ss; SICURELLA, Rosaria y COSTA, Martina, “El Principio de Legalidad”, in SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Analisa (Eds.), *Principios Generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág. 53 ss; e SANTOS, Margarida, *Para um (novo) modelo...*, pág. 77 ss.

nível da União”¹⁵⁵⁹. Este princípio estabelece uma presunção a favor da jurisdição mais próxima do cidadão¹⁵⁶⁰, e reconhece o papel subsidiário que é atribuído à jurisdição supranacional¹⁵⁶¹: esta deve intervir na medida em que os objectivos pretendidos não possam ser alcançados na esfera local / nacional, o que significa que a União deverá justificar a necessidade de adoptar medidas europeias de cada vez que o pretender fazer, o que se aplica obviamente também às normas penais europeias¹⁵⁶². No essencial, este princípio pretende determinar *se* a União deverá intervir numa dada questão, o que poderá ser problemático (em relação aos argumentos referidos) se a UE se limitar a referir que a acção europeia se mostra simplesmente necessária tendo em conta os objectivos pretendidos¹⁵⁶³. O seu conteúdo torna-o ainda extremamente difícil de separar do princípio da proporcionalidade, que define o *como* da acção europeia – conjuntamente, estes princípios dirigem-se à regulação da repartição de competências partilhadas entre a UE e os EM, e relevam na determinação da necessidade de harmonização legislativa, a intensidade adequada desta, e no seu conteúdo¹⁵⁶⁴.

Em relação à matéria penal este princípio reveste-se de uma outra especificidade: não basta que a União argumente que a sua acção é necessária de acordo com todos os critérios

¹⁵⁵⁹ Para uma breve perspectiva histórica deste princípio na UE v. HERT, Paul de and WIECZOREK, Irene, “Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy. The Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, No. 03-04, 2012, pág. 397 a 399.

¹⁵⁶⁰ Em reconhecimento da possibilidade de (maior) participação do cidadão – PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 20 e 21; HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 314; KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 32 e 33.

¹⁵⁶¹ CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 590 e 591 – o princípio da subsidiariedade é assim um “elemento constitucional das jurisdições periféricas criadas pelos Estados”.

¹⁵⁶² O princípio da subsidiariedade implica dois níveis distintos de ponderação: no primeiro (*substantivo*), determina-se qual nível de autoridade deverá prevalecer, qual é o que demonstra maior *legitimidade para decidir* os objectivos a perseguir; no segundo (*instrumental*) determina-se qual será o mais *eficiente* para atingir os objectivos definidos – sobre os mesmos e a sua aplicação às normas de competência penal da União (o que inclui o art. 325º e um teste específico de subsidiariedade em relação à escolha de instrumento legislativo adoptado), HERT, Paul de and WIECZOREK, Irene, “Testing the Principle of Subsidiarity...”, pág. 400 a 405. Em relação à UE, isso implica que a Comissão deverá conseguir providenciar argumentos convincentes em relação ao *porquê* de determinado comportamento merecer ser sancionado através do Direito Penal, bem como de a acção europeia ser a mais eficaz para prevenção desse comportamento, não sendo suficiente a acção nacional dos EM, o que também condiciona a legitimidade da lei europeia (nomeadamente democrática, quando se procura atingir através da UE objectivos nacionais que são constantemente bloqueados pelos respectivos Parlamentos) – sobre ambas as questões, *ibid*, pág. 405 a 409.

¹⁵⁶³ Isso é desde logo problemático porque, se se optar por um critério de eficácia, a acção europeia será quase sempre a mais eficaz, uma vez que determina um quadro conjunto para todos (ou quase todos) os seus EM – v. p. ex. o caso C-377/98 (*Netherlands v Parliament and Council*), especialmente § 32 e 33. Por outro lado, e apesar de se colocarem por vezes objecções devido ao carácter político da subsidiariedade (HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 115; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 346 ss), segundo o art. 8º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade o TJ é agora competente para “conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade”, o que torna este princípio num verdadeira “regra jurídica vinculativa e justificável de exercício da competência” – HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 289 (tradução livre). A dificuldade encontra-se sobretudo no critério que se utiliza para avaliar o princípio da subsidiariedade – sobre os critérios da necessidade e da eficácia v. também HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 289 e 290, e KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 33.

¹⁵⁶⁴ PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation...”, pág. 21 e 25. Sobre as diversas vertentes do princípio da subsidiariedade existentes na esfera europeia v. também RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu...*, pág. 171 ss e 190 ss.

acima mencionados, é indispensável ainda que demonstre a necessidade de *adoção de medidas penais* europeias¹⁵⁶⁵, ou seja, que mais nenhuma medida de natureza diversa se mostra apta a atingir o objectivo pretendido. A acção da União encontra-se assim duplamente limitada: por um lado, tem que fundamentar a ineficácia de uma acção somente estadual (subsidiariedade europeia no âmbito da competência partilhada), e por outro, deve justificar a utilização de medidas penais (a subsidiariedade intrínseca a este ramo do Direito). Esta fundamentação tem que ser efectuada em qualquer das “modalidades” de actuação da União: quer se trate de definir regras mínimas (art. 83º, nº 1), de assegurar a execução eficaz de Direito da União (art. 83º, nº 2), ou de criminalizar condutas ao abrigo de outras disposições (como o art. 325, nº 4)¹⁵⁶⁶.

O respeito pelo princípio da subsidiariedade é agora também controlado pelos diversos Parlamentos nacionais: nas matérias cuja competência é partilhada entre os EM e a União, os projectos legislativos devem ser enviados para aqueles (art. 4º do Protocolo relativo a ambos os princípios) para que averiguem do cumprimento desse princípio, razão pela qual a UE deve fundamentar a necessidade de legislação ao nível europeu (e também a necessidade daquelas medidas em específico, de acordo com o princípio da proporcionalidade – art. 5º do Protocolo); se algum Parlamento considerar que o projecto legislativo em causa não cumpre com os requisitos do princípio da subsidiariedade, pode dirigir um parecer fundamentado às instituições europeias (art. 6º). Se pelo menos um terço (em geral) ou um quarto (para projectos legislativos penais) dos Parlamentos nacionais considerar que o princípio da subsidiariedade é

¹⁵⁶⁵ Numa espécie de princípio de *ultima ratio* europeu – HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 313, e RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu...*, pág. 285 ss. Em relação à adopção de um princípio orientador da criminalização, p. ex. o de protecção de bens jurídicos, seria necessário determinar que bens jurídicos poderiam ser protegidos no plano europeu (em relação à sua relevância penal), e ainda justificar o porquê da sua tutela nacional não ser suficiente, de modo a cumprir as exigências do princípio da subsidiariedade – v. também MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 314 a 316 e 341 ss. Para uma análise em detalhe dos requisitos para avaliação do cumprimento do princípio da subsidiariedade (que incluem o carácter transnacional do problema, a necessidade de evitar restrições ao mercado comum, evitar o *forum shopping*, o efeito dissuasor da medida europeia, entre outros) v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 391 a 414. Também é incerto quem procede a essa avaliação da necessidade de adopção das medidas europeias, ou os métodos que utilizam para a determinar – MITSILEGAS, Valsamis, “European Criminal Law and resistance...”, pág. 477 e 478.

¹⁵⁶⁶ A decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o Tratado de Lisboa deixa antever alguns dos problemas que poderão surgir neste âmbito, uma vez que faz parte do núcleo da identidade nacional o uso do Direito Penal. Assim, as medidas adoptadas na esfera europeia deverão deixar aos EM “tarefas de relevância considerável, em relação à sua extensão bem como à sua substância, que legal e praticamente são condições prévias de uma democracia viva”, o que significa que “as bases jurídicas de competência [para disposições de Direito Penal e Direito Processual Penal] no Tratado devem ser interpretadas restritivamente – nunca extensivamente – e o seu uso requer uma particular justificação” – 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009, § 351 e 358 (tradução livre). Aludindo de igual modo à necessidade de uma “justificação fundamentada” que esclareça o motivo da intervenção penal da UE e que permita divisar o vínculo existente entre o que se pretende proteger e a responsabilidade da UE pela sua protecção, CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 649.

desrespeitado pelo projecto legislativo, o mesmo deve ser reanalisado (essa reanálise pode levar o proponente do acto legislativo a mantê-lo, alterá-lo ou retirá-lo – art. 7º)¹⁵⁶⁷.

O princípio da subsidiariedade não se mostra adequado a limitar a acção do legislador europeu relativamente ao conteúdo legítimo ou ilegítimo das suas incriminações : desde logo, devido à sua fluidez, existem determinados problemas com a sua avaliação (também em juízo) que fazem com que não seja um critério fiável devido à inclusão de juízos de oportunidade política¹⁵⁶⁸. Para além disso, é um princípio que se dirige às condições de exercício da competência da União¹⁵⁶⁹, mas que em nada determina o conteúdo *legítimo* das mesmas, uma vez que não possui nenhum conteúdo valorativo¹⁵⁷⁰, limitando-se a verificar, de acordo com critérios mormente direccionados à avaliação de aspectos *funcionais*, se a protecção nacional de um determinado interesse se mostra suficiente ou não, e bem assim, se é ou não necessária uma acção europeia conjunta¹⁵⁷¹.

¹⁵⁶⁷ Para maior detalhe sobre este procedimento de consulta aos Parlamentos nacionais, o funcionamento do mecanismo de “aviso prévio”, os problemas com estes relacionados, bem como alguns exemplos práticos da sua utilização v. JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels...”, pág. 257 ss (e pág. 233 em relação à utilização deste mecanismo como uma espécie de “mecanismo de salvaguarda subordinado”, levando os Parlamentos a levantar qualquer questão política que tenham em relação ao projecto legislativo como se de um problema de subsidiariedade se tratasse); HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 118 ss; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 707 ss, e RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu...*, pág. 217 ss (esta última autora também com uma interessante análise das opiniões de vários Parlamentos nacionais quanto a projectos legislativos europeus).

¹⁵⁶⁸ Relativamente aos diferentes pontos de vista que são prováveis de existir, consoante a subsidiariedade seja avaliada pelos EM ou pela União, KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 33. Sobre a relutância do TJ de interferir com a avaliação do princípio da subsidiariedade efectuada pelo legislador comunitário – o que os transformaria em “políticos explícitos” (HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 112), v. C-84/94 (*Reino Unido c. Conselho*), § 23 e C-233/94 (*Alemanha c. Parlamento e Conselho*), § 22 a 29 (estando muito mais preparados para avaliar se essas medidas se restringem ao mínimo necessário – C-341/95 (*Bettati*), § 55). O TJ demonstra assim que, a menos que existam erros manifestos ou carência total de justificação em relação ao princípio da subsidiariedade, tende a aceitar os argumentos das instituições da UE e não questionar o seu juízo e avaliação subjacente à legislação em causa. V. ainda MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 346 ss e pág. 438 a 440, criticando o facto de se acusar normalmente a UE de violar o princípio da subsidiariedade quando para a adopção de actos legislativos é necessário o consentimento dos EM (incluindo por isso os projectos legislativos que realmente violem esse princípio); também SILVEIRA, Alessandra, “Notas sobre o constitucionalismo europeu”, pág.14 e 15, e BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, pág. 9 (sobre a dificuldade e falibilidade de elementos empíricos que comprovem a necessidade de actuação transnacional).

¹⁵⁶⁹ “[...] subsidiarity and proportionality *strictu sensu* are not about determining or defining the competences of the EU, but about providing some kind of guide to the exercise of the EU’s existing powers” – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 111. Em sentido semelhante, SCHÜNEMANN, Bernd, “Alternative-Project for a European Criminal Law and Procedure”, *in Criminal Law Forum*, Vol. 18, 2007, pág. 228.

¹⁵⁷⁰ Reconhecendo precisamente isso, argumenta-se que “[a] reshaping of the principle of subsidiarity, which also takes into account moral and normative aspects, would be necessary” – HERT, Paul de and WIECZOREK, Irene, “Testing the Principle of Subsidiarity...”, pág. 406. No entanto, na nossa opinião, não é correctamente uma reformulação do princípio da subsidiariedade que se mostra necessária, porque de facto não foi concebido enquanto princípio apto a determinar a legitimidade substantiva das incriminações europeias – o que se mostra necessário é todo um outro princípio que se dirija a essa questão, para que não se desvirtue o conteúdo próprio dos princípios legais.

¹⁵⁷¹ Veja-se como exemplo a seguinte afirmação: “[o] princípio da subsidiariedade preserva e garante uma ampla margem de soberania penal aos Estados-membros, pois, sempre que a tutela de um certo bem jurídico seja assegurada suficiente e eficazmente pelas ordens jurídicas nacionais, mesmo relativamente a comportamentos com dimensão transfronteiriça, não devem ser criados tipos penais europeus” – DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 350. Esta é, na realidade, a função

c) Princípio da proporcionalidade

Se o princípio da subsidiariedade se dirige ao *se* de actuação da UE, já o princípio da proporcionalidade pretende responder ao *como*, pelo que talvez demonstre estar apto a limitar a acção do legislador europeu em relação ao conteúdo das suas normas penais. Também de acordo com o art. 5º TUE (desta vez nº 4), “o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados”. O nº 3 do art. 49º CDFUE refere igualmente de modo explícito o princípio da proporcionalidade aplicado ao DP, ditando que as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção – isso significa que, em geral, de acordo com este princípio as medidas de natureza penal devem ser consideradas *necessárias* (em relação a um qualquer objectivo), não existindo nenhum meio menos oneroso de o atingir, e que as sanções por ela previstas deve ser *adequadas e proporcionais*, tanto em relação àquele objectivo quanto em relação à infracção prevista¹⁵⁷². As medidas penais europeias devem ainda ser proporcionais (*lato sensu*) quando avaliadas em relação ao acto legislativo por que optou o legislador – ou seja, se se mostra suficiente a adopção dessas medidas através de uma Directiva, seria desproporcional por parte da União optar por um Regulamento apenas porque pretende unificar as disposições em causa ou para obviar a algum obstáculo legislativo (como o travão de emergência ou os *opt-outs*)¹⁵⁷³.

primária deste princípio, e não definir *quais* são esses bens jurídicos, determinar *se* são bens jurídico-penais que estão em causa na incriminação, ou definir que *devem* encontrar-se em causa bens jurídicos de todo (!), pelo que tentar imputar-lhe também essa tarefa seria inadequado e daria origem a uma utilização imprópria do princípio da subsidiariedade.

¹⁵⁷² V. também HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 127 a 130; HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 290; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 374 a 391 (em detalhe sobre os três subprincípios da proporcionalidade); e em geral sobre este princípio, NIETO MARTÍN, Adán, “El Principio de Proporcionalidad”, in SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Analisa (Eds.), *Principios Generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág. 135 ss. O princípio da proporcionalidade europeu também tem uma aplicação inversa, ou seja, de averiguar a proporcionalidade de medidas nacionais em relação aos objectivos europeus: p. ex. quando restringem direitos económicos europeus – C-72 e 77/10 (*Costa e Cifone*), § 63, 71, 81 ss e C-338/04 (*Placanica*), § 45 ss – ou quando restringem a liberdade de movimento dos cidadãos europeus – C-430/10 (*Gaydarov*), § 40 e C-33/07 (*Jipa*), § 29 (e jurisprudência aí citada); v. ainda a exposição desta última questão em MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 128 ss. Existem também opiniões na doutrina que defendem a possibilidade de se contestar a proporcionalidade da lei penal nacional (em relação ao ditado pela legislação europeia) quando os EM aproveitarem esta para elevar os níveis de sancionamento muito para além do previsto nas Directivas – v. sobre a questão MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 370 ss.

¹⁵⁷³ Sobre este aspecto da proporcionalidade em particular v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 415 ss; sobre o princípio da proporcionalidade europeu em geral v. ainda PRIETO DEL PINO, Ana María, “The Proportionality Principle in a Broad Sense and Its Content of Rationality: The Principle of Subsidiarity”, in NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016, pág. 263 ss. Em relação ao exercício da competência penal este aspecto pode ainda não ser muito relevante, uma vez que não existe, pelo menos de modo explícito, competência para adopção de Regulamentos penais (a menos que se considerem algumas normas alternativas às que estabelecem a competência penal explícita); no futuro, no entanto, poderá vir a ser uma questão pertinente, se a UE optar por um Regulamento quando os objectivos pretendidos fossem suficientemente alcançados através de uma Directiva, preservando desse modo uma maior discricionariedade nacional e possibilidade de adequação das medidas previstas ao ordenamento jurídico dos EM.

Ao contrário do que acontece com o princípio da subsidiariedade, todavia, o princípio da proporcionalidade não é susceptível de controlo por parte do TJ quando essa questão seja levantada pelos Parlamentos nacionais¹⁵⁷⁴, nem o mecanismo de aviso prévio previsto no respectivo Protocolo se aplica à proporcionalidade – arts. 6º, 7º e 8º¹⁵⁷⁵.

Podemos concluir então que o princípio da proporcionalidade, embora fundamental para a questão da criminalização, não é capaz de fornecer uma resposta para a totalidade da questão da legitimidade da incriminação: determina se as medidas previstas são necessárias, adequadas e em si mesmas proporcionais ao objectivo, mas não fornece um critério para determinação desse objectivo – ou seja, não tem uma função valorativa crítica própria¹⁵⁷⁶.

d) Princípio da *ultima ratio*

O princípio da *ultima ratio* impõe que o Direito Penal seja utilizado apenas como último recurso, quando se verifica que não existe qualquer possibilidade de se atingirem os mesmos objectivos com recurso a medidas de natureza menos gravosa; no DPE em específico deve ser analisado após verificação do princípio da subsidiariedade. Apesar de este princípio não ter assento em nenhum dos Tratados, continua a ser considerado imprescindível na UE: a Comissão, na sua Comunicação, reconhece de modo explícito o princípio da *ultima ratio* e a importância das medidas de Direito Penal serem utilizadas apenas como último recurso, quando se verificar que outras sanções, nomeadamente de natureza administrativa ou civil, não conseguem assegurar a eficácia da política em causa¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁴ Existem ainda outras áreas que escapam ao controlo jurisdicional do TJ, como é o caso do art. 276º TFUE: “[...] não é competente para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-membro” – a proporcionalidade da lei penal europeia pode assim ser mais difícil de contestar do que das medidas nacionais em relação ao objectivos europeus. Sobre esta questão, v. MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 116, e analisando algumas medidas penais europeias em relação à sua proporcionalidade, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 362 ss / 417 ss, e também MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 294, em relação à proporcionalidade do estabelecimento de responsabilidade penal objectiva.

¹⁵⁷⁵ V. ainda MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 720 a 724.

¹⁵⁷⁶ “The proportionality principle is not fitting to delimit the boundaries of sanctioning. Proportionality is an objective test relating the aim to the means” – SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1393; à mesma conclusão chega NIETO MARTÍN, Adán, “*Saudade* of the constitution: The relationship between constitutional and criminal law in the European context”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, Issue 1, 2019, pág. 32: “The proportionality principle yields no return whatsoever”. Relacionando o princípio da proporcionalidade com o bem jurídico, também MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 354 ss, e RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu...*, pág. 315 ss, em especial pág. 345 a 349 quanto ao conteúdo do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos não ser sobreponível àquele do princípio da proporcionalidade.

¹⁵⁷⁷ COM(2011) 573 final, pág. 6 e 7 – isso implica, como reconhecem, uma avaliação de impacto da legislação europeia, antes que se determine a necessidade de adopção de medidas penais e a adequação destas à prossecução do objectivo definido. A Comissão refere ainda alguns factores que deverão ser tidos em conta aquando dessa avaliação (pág. 11), como a gravidade e natureza da infracção, o potencial dissuasivo da medida penal (em termos de prevenção), a protecção dos direitos do sujeito ou a eficácia do regime de sanções. O PE partilha também desta posição quanto à importância do princípio da *ultima ratio*: na sua resolução acerca do DP (2010/2310(INI), em especial ponto 3) afirma (entre outros factores) que o Direito Penal deve ser utilizado apenas quando medidas menos intrusivas não sejam adequadas para regular as condutas em questão.

Na esfera de competência penal europeia este princípio é ainda associado ao cumprimento do requisito do carácter “indispensável” dessas medidas, mencionado no nº 2 do art. 83º TFUE¹⁵⁷⁸, funcionando deste modo como um limite à utilização do Direito Penal enquanto meio para garantir a eficácia do DUE¹⁵⁷⁹. Apesar de se afirmar que este princípio oferece algum tipo de orientação ao legislador quanto à necessidade de se criminalizar uma determinada conduta¹⁵⁸⁰, essa orientação diz respeito à existência ou não de outras medidas que possam de modo menos severo e com menos restrições aos direitos e liberdade dos cidadãos atingir os mesmos objectivos; mais uma vez, o princípio da intervenção mínima não consegue esclarecer quais devem ser esses objectivos, ou se um objectivo é legítimo ou não, ainda que esteja ligado de modo íntimo com a resposta que se dê em cada ordenamento a esta questão¹⁵⁸¹.

e) Princípio da eficácia

Este é um princípio caro ao Direito da UE, e também de algum modo aplicável ao Direito Penal: determina-se através deste que as medidas penais, para que sejam empregues, devem mostrar-se eficazes no cumprimento de um objectivo – nomeadamente no combate a actividades ilícitas e prevenção de surgimento de lacunas de punição¹⁵⁸². A eficácia pode ser definida de múltiplos pontos de vista, pelo que conferir-lhe um sentido unívoco não é possível: pode querer significar um meio eficaz de responder a um determinado problema, pode ser utilizada enquanto critério para avaliar medidas mais eficazes da perspectiva dos custos (custos

¹⁵⁷⁸ ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 384 ss. A doutrina salienta que o reconhecimento desta competência funcional pode provocar uma certa falta de contenção da UE em relação ao uso do Direito Penal – KAIIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 95.

¹⁵⁷⁹ SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 413 / 414. Isto demonstra a ligação deste princípio a outros de igual importância: para além da subsidiariedade e da eficácia, é ainda relevante para o funcionamento do princípio da proporcionalidade – “[a] Union which places the individual at the heart of its activities [...] cannot possibly compel its Member States to criminalise conduct that can be addressed through milder means”, KAIIFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law...”, pág. 94; sobre a relação do princípio da *ultima ratio* com outros princípios v. também HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 121 a 126.

¹⁵⁸⁰ HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads...”, pág. 312 / 313 e 325, referindo-se à relação deste princípio com outros princípios essenciais de Direito Penal, como da proporcionalidade e da protecção dos direitos fundamentais: mesmo que a verificação do princípio da *ultima ratio* resulte na possibilidade de a UE adoptar uma determinada medida penal, isso não significa que o deva fazer, se essa medida for desproporcionada ou se colocar em causa direitos fundamentais europeus.

¹⁵⁸¹ P. ex., em referência ao princípio de exclusiva protecção de bens jurídicos só se poderá afirmar que o princípio da *ultima ratio* é cumprido quando a criminalização tem por objecto uma conduta que coloque em causa um interesse fundamental que constitua, à luz da valoração constitucional, um bem jurídico digno de protecção penal. Em relação a outros interesses que não se possam considerar bens jurídicos, e ainda que de algum modo se pudesse argumentar que as medidas de Direito Penal eram as únicas capazes de regular um determinado comportamento, a utilização do mesmo nesse caso seria ilegítima, devido à falta de um interesse com relevância penal. Como se vê, quando aplicado sozinho, sem um qualquer referente valorativo, também este princípio não consegue fornecer um critério que esclareça cabalmente qual deve ser a função do DP.

¹⁵⁸² No sentido de proporcionar a impunidade de um agente apenas por falta de leis penais comuns – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 389.

para o sistema penal, para os cidadãos, etc.); pode ainda variar consoante o operador judicial em causa (legislador, procurador ou juiz)¹⁵⁸³.

A eficácia pode ser avaliada em relação a determinados factores, consoante o que se pretende salientar: a eficácia na prevenção, a eficácia na implementação do Direito Penal, ou a eficácia em relação aos efeitos simbólicos que se pretendem atingir através do DP¹⁵⁸⁴; não pode, no entanto, ser utilizada para justificar o desrespeito por princípios fundamentais de Direito Penal, como o princípio da legalidade (nas suas várias acepções), o princípio de atribuição de competências / princípio da subsidiariedade (*I.s.*), o princípio da proporcionalidade, ou ainda o princípio da coerência¹⁵⁸⁵, constituindo por isso estes verdadeiros limites ao princípio da eficácia.

A eficácia, portanto, também não pode ser um verdadeiro princípio constitucional que limite e oriente a acção do legislador penal europeu, uma vez que o seu conteúdo é demasiado abrangente e indeterminado, o que faria com que àquele não fosse imposto limite algum, desde que de algum modo se afirmasse que o Direito Penal seria eficaz¹⁵⁸⁶. Para além disso, é um

¹⁵⁸³ SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 395 ss. De todas as perspectivas possíveis (criminalização, juízo ou execução), a única que releva aqui será a de criminalização; dentro desta, é ainda possível distinguir entre a eficácia enquanto implementação eficaz do DUE, ou a eficácia enquanto critério para justificar a adopção de novas incriminações por parte do legislador europeu. Se a primeira é problemática devido à funcionalização do Direito Penal, iremos analisar a segunda vertente de modo a averiguar se é um critério suficiente para orientar a função do DPE.

¹⁵⁸⁴ SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 403 ss; com detalhe acerca deste princípio, HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 42 a 60. Em relação a estes factores convém salientar que: o objectivo de prevenção deve ser utilizado para justificar a *existência* das medidas penais, mas não para determinar a necessidade da sua adopção num caso concreto; a eficácia referente à implementação do próprio Direito Penal obriga a ponderar o aspecto prático das novas incriminações – quando demasiado é punido, os sistemas penais (por força dos seus recursos finitos) são obrigados a escolher as infracções que acabam por de facto perseguir, o que torna as restantes (p. ex. bagatelares) ineficazes, no sentido de raramente determinarem a perseguição e condenação de um agente; por fim, quanto ao aspecto simbólico do Direito Penal (que também não é considerado um objectivo a perseguir mas que acaba por ser um aspecto colateral à proibição de condutas através do DP), este por si só não é capaz de determinar a legitimidade da criminalização, uma vez que se dirige à reprovação de determinadas condutas e promoção de valores que podem ser desejados numa sociedade, mas cuja imposição pelo Direito Penal pode não ser de todo legítima, devendo ainda ter-se em consideração que o efeito simbólico do DP se vai desgastando à medida que mais incriminações são introduzidas. No geral, parece existir uma confiança exagerada na eficácia do Direito Penal, sem uma verdadeira consideração paralela acerca da validade dessa opinião (“There is [...] an over-reliance on the ‘magic’ of the criminal law” – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 60).

¹⁵⁸⁵ MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 118; SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 411 a 414. Há ainda quem argumente que devido à interacção do princípio da eficácia com outros aspectos (primado e autonomia do ordenamento da UE, bem como uniformidade de aplicação da lei europeia e igualdade que isso pressupõe) aquele acaba por defender também a posição do indivíduo – MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 280. Em específico em relação ao princípio de atribuição de competências, contrapor com os icónicos casos em que o TJ atribuiu competência penal à Comunidade (sem esta de facto a possuir, pelo menos de modo incontestável) de modo a assegurar a eficácia do DUE (C-176/03 (*Commission v Council*) e C-440/05 (*Commission v Council*)), algo que hoje se reflecte num dos critérios necessários para que a UE faça uso da competência anexa do art. 83º, nº 2 TFUE, a qual expande de modo considerável o âmbito da sua competência penal – v. sobre esta questão HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional...”, pág. 269 / 270; ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 377 ss; criticamente, ainda SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 307.

¹⁵⁸⁶ ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 378. Como refere também DWORKIN, Gerald, “The Limits of the Criminal Law”, in DEIGH, John and DOLINKO, David (Eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 3, discorrendo sobre os limites da lei penal: “Even when the criminal law is capable of

princípio que não revela grandes preocupações sistemáticas nem inclinações dogmáticas, pelo que a longo prazo levaria à “demolição do edifício conceptual da teoria do delito”¹⁵⁸⁷; por fim, a desvirtuação do Direito Penal ocorreria também quanto ao seu simbolismo¹⁵⁸⁸, não sendo este apto a *censurar* comportamentos se não se refere a valores alguns (para além da eficácia em si mesma).

f) Princípio da não discriminação

O princípio da igualdade e não discriminação é um ideal de justiça universal reconhecido pela União nos arts. 18º e 19º TFUE, e 21º CDFUE, e que desde cedo constituiu um importante fundamento do DUE¹⁵⁸⁹. Este princípio é normalmente utilizado para averiguar da compatibilidade de medidas nacionais com a não discriminação exigida na UE, mesmo que essas medidas sejam de natureza penal e que os EM disponham de uma maior margem de liberdade decisória¹⁵⁹⁰.

A dificuldade deste princípio consiste primariamente na discricionariedade existente aquando da identificação dos factores de comparação; para além disso, pode causar verdadeiras situações de discriminação (p. ex. processual) se num caso com algum elemento europeu for aplicado um certo padrão de não discriminação por força do conteúdo deste princípio europeu, e num outro que seja puramente nacional for aplicado outro – a menos que o Direito nacional se vá espontaneamente europeizando para incorporar dimensões de não discriminação existentes no DUE que não existam no ordenamento nacional¹⁵⁹¹, o que pode representar um perigo maior para a autonomia dos EM do que, p. ex., o princípio da eficácia¹⁵⁹². É, por estes motivos, e por integrar tão-só um mandato de tratamento equivalente de situações comparáveis (a menos que uma discriminação seja justificável), um princípio que embora

influencing conduct in one direction or another, it may carry with it other consequences that are sufficiently harmful that we would choose not to have such a law. The law may be efficacious but, on balance, bad”.

¹⁵⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, pág. 337.

¹⁵⁸⁸ SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 409.

¹⁵⁸⁹ P. ex. C-117/76 (*Ruckdeschel*), § 7; v. ainda o efeito extensivo deste princípio (a direitos de equivalente importância, para além dos explicitamente previstos) em C-460/06 (*Paquay*), em especial § 50 ss (tratamento equivalente de situações comparáveis, ainda que uma delas não se encontre prevista na norma em questão). Para uma análise mais detalhada da jurisprudência do TJ relacionada com este princípio v. também MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 109 a 112.

¹⁵⁹⁰ A questão foi objecto de ponderação p. ex. no já referido Ac. C-123/08 (*Wolzenburg*), especialmente § 63 ss.

¹⁵⁹¹ MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 116 e 117.

¹⁵⁹² HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 51 e 52. O princípio da não discriminação, da eficácia e da uniformidade do DUE encontram-se intimamente relacionados, e dirigem-se ultimamente à manutenção da (ou progressiva) coerência do ordenamento jurídico da UE; é ainda um princípio que releva para a avaliação da proporcionalidade, na medida em que situações / infracções equivalentes não devem ser punidas de modo divergente (*ibid*, pág. 127), o que também contribui para a coerência geral do sistema penal europeu (e, de igual modo, a razão por que as medidas europeias podem interferir com a coerência dos ordenamentos jurídico-penais dos EM).

relevante para o DP não poderá orientar o legislador na questão das condutas que devem ser criminalizadas.

g) Princípio de respeito pelos direitos fundamentais

O último princípio que iremos analisar é o que implica o respeito pelos direitos fundamentais que integram a ordem jurídica europeia. Apesar de hoje terem um estatuto incontestável na mesma – com o reconhecimento do carácter vinculativo da CDFUE –, estes foram primeiramente incorporados no ordenamento da UE através das tradições jurídicas comuns aos EM, após alguns choques constitucionais com Tribunais nacionais; até há pouco existia ainda uma presunção de que o nível de protecção dos direitos fundamentais seria equivalente em todos os EM, pelo que não se pensaria ser possível contestar essa presunção para que se eximissem, p. ex., da cooperação entre EM ou da transferência livre de pessoas entre os vários EM¹⁵⁹³.

O princípio do respeito pelos direitos fundamentais tem uma ligação especial com o Direito Penal, na medida em que actua simultaneamente como *catalisador* e *limite* das medidas penais: por um lado, exige a emanação de normas penais que previnam ofensas a esses direitos (não de todos de igual forma), e por outro exigem a contenção dessas normas penais ao mínimo indispensável para que também estas não lesem os direitos fundamentais (pelo menos mais do que o necessário)¹⁵⁹⁴. Como se pode verificar, é mais uma vez um princípio que se interliga com outros princípios penais, e que apresenta agora um maior potencial de limitar a legitimidade das intervenções penais do legislador europeu, se determinasse que estas só seriam legítimas se se dirigissem à protecção de um direito fundamental¹⁵⁹⁵. No entanto, devido à falta de um critério que permita discernir *quais* os direitos necessitados de protecção penal e em que medida (dado que para este princípio só releva que sejam respeitados), também este se revela insuficiente para de modo coerente limitar a acção do legislador.

¹⁵⁹³ A verificação, em alguns EM, do contrário – ou seja, de que na prática existiam de facto violações de direitos fundamentais – forçou o TJ a reconhecer que essa presunção pode ser contestada e as condições de respeito pelos direitos fundamentais devem ser verificadas (quando necessário) pelo EM que transfere a pessoa em causa para outro EM – C-411/10 (*N.S.*), § 79 ss. Para um tratamento mais completo da questão da defesa dos direitos fundamentais na UE v. MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 199 a 220; v. também as considerações sobre o tema de CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 430 a 434.

¹⁵⁹⁴ V. aqui também a “ambivalência” do significado que adquirem os direitos humanos em relação ao DP de que fala NIETO MARTÍN, Adán, “*Saudade of the constitution...*”, pág. 32 e 33, ao constituírem simultaneamente um limite negativo e uma força expansiva das medidas penais adoptadas pelos Estados.

¹⁵⁹⁵ Este princípio actuou já, se bem que em conjunto com o princípio da proporcionalidade, como limite à liberdade legislativa europeia: C-293 e 594/12 (*Digital Rights Ireland*), em específico § 41 ss, caso em que o TJ concluiu que o facto de os dados em causa desempenharem também uma função criminal relevante, em conjunto com a falta de garantias correspondentes, determinava a invalidade da Directiva em causa (§ 71).

6.3.1 (In)suficiência dos princípios existentes?

Os vícios e problemas apontados ao legislador europeu são os mesmos de que padecem os ordenamentos nacionais¹⁵⁹⁶, apenas com a especificidade daquele dever ter em conta um ambiente social multicultural mais exigente do que os EM; os restantes advêm da simples existência de um Direito Penal supranacional, o que na UE implica que se tenha em consideração aspectos fundamentais (nomeadamente em relação às consequências desse DP) como o princípio do primado, efeito directo, confiança mútua e garantias processuais, etc. – isso implica que a função a adscriver ao DPE pode não ser muito divergente daquela que se atribui ao DP nacional. No entanto, aquele apresenta características e também preocupações distintas (como o respeito pelas diferentes tradições jurídicas) que convém acomodar num princípio orientador da criminalização europeia.

Nos Tratados actuais conseguimos destacar os princípios supramencionados como os mais relevantes para a matéria penal; no entanto, nenhum deles consegue realmente dar uma resposta suficiente acerca da função que se deverá atribuir ao DPE, e não fornecem então, de igual modo, nenhum princípio orientador da política criminal europeia nessa questão¹⁵⁹⁷. Deparando-se com a mesma conclusão, as várias instituições europeias pronunciaram-se no sentido de sugerir critérios que pudessem orientar a acção legislativa acerca de quando seria realmente legítimo fazer uso do Direito Penal Europeu.

A *Comissão* mencionou alguns princípios que considera relevantes e sugere uma abordagem bipartida ao Direito Penal¹⁵⁹⁸: em primeiro lugar, e de acordo com o princípio da *ultima ratio*, deve-se determinar que as sanções penais são deveras necessárias, e que outras de natureza diversa não conseguirão assegurar a mesma eficácia; de seguida, se a resposta à questão anterior for positiva, deve-se avaliar *que* tipo de sanções são necessárias, de modo a adequá-las às infracções em causa¹⁵⁹⁹.

O *Conselho* sublinha também a importância do princípio da *ultima ratio*, mas esclarece que as medidas penais devem ser o último recurso para se dirigir a condutas “que causem verdadeiro dano ou que ameacem seriamente o direito ou interesse objecto de

¹⁵⁹⁶ V. a enunciação efectuada por MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 432 ss – nomeadamente os vícios de irracionalidade legislativa (não verificação da eficácia das medidas penais que se pensam adoptar, não verificação da maior eficácia ou suficiência de medidas alternativas, e presunção da eficácia em geral do DP), conteúdo simbólico das medidas penais europeias, e carácter funcional ou de acessoriedade do DP.

¹⁵⁹⁷ À mesma conclusão, ainda que não mencionando todos os princípios aqui abordados, chega MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 648: “Diese Kriterien sind zwar wünschenswert und wichtig, liefern aber keine abgeschlossene Lösung des Problems”. No mesmo sentido, MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 118: “This leaves EU criminal law struggling for effective constitutional principles of criminal law”; e ainda SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 306: “Was er [Schünemann] auf europäischer Ebene vermisst, ist daher ein rechtsstaatlich ausgewogenes Strafrecht”.

¹⁵⁹⁸ COM(2011) 573 final, pág. 7 e 8.

¹⁵⁹⁹ V. também MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 119 a 121; ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 384; VERVAELE, John, “Harmonised Union policies...”, pág. 62 ss.

protecção”¹⁶⁰⁰; para além disso, devem mais uma vez cumprir com os requisitos do princípio da proporcionalidade.

O *Parlamento*, para além de reconhecer a importância e necessidade de aplicação de vários princípios fundamentais de Direito Penal¹⁶⁰¹, afirma que as medidas de natureza penal se devem dirigir às condutas que causem dano (pecuniário ou não pecuniário) à sociedade, indivíduo ou grupo de indivíduos.

Aqui chegados, impõem-se algumas conclusões: a primeira, e mais evidente, é que a União – à semelhança do que acontece nos Estados, note-se – não dispõe na sua “Constituição” de um princípio orientador da questão da criminalização, uma vez que todos os existentes e relevantes são considerados insuficientes para guiar as escolhas legislativas e determinar se estas serão legítimas ou não; as suas instituições e a doutrina referem, alternadamente e sem muito desenvolvimento específico, tanto aspectos que se identificam com o princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos quanto aspectos relativos ao *harm principle*, transplantando para o ambiente transnacional as doutrinas que adoptam também internamente. Algo em que todas as partes parecem concordar é que a União necessita realmente de uma política criminal coerente – na nossa opinião, um critério de criminalização europeu deverá partir das tradições jurídicas dos EM, mas podem ser necessários ajustes para que se reveja também nas especificidades da ordem jurídica europeia. É com este propósito que passaremos de seguida a sugerir um tal critério, sendo no entanto primeiramente imprescindível que se tenham algumas considerações acerca das características específicas da União que irão influir no mesmo.

6.4 Os diferentes tipos de interesses coexistentes na União Europeia

Entre os vários critérios que se dirigem à questão da legitimidade da criminalização é possível discernir um aspecto em comum: o Direito Penal deve dirigir-se à *protecção de interesses*; as respostas variam depois quanto à titularidade desses interesses ou o grau de lesão que se deve verificar para que se entregue a sua tutela ao DP. Conforme já se foi aludindo ao longo deste escrito, na União Europeia coexistem variados tipos de interesses, cujo critério de distinção se baseia, numa primeira fase, na *titularidade* dos mesmos: enquanto entidade com uma existência própria, a União tem alguns *interesses próprios*; enquanto entidade supranacional responsável por alguns aspectos comuns aos EM e também a si, na União

¹⁶⁰⁰ “Council Conclusions on model provisions, guiding the Council’s criminal law deliberations”, de 27 de Novembro de 2009, ponto (1) e (5); v. também MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 142 e 143, e VERVAELE, John, “Harmonised Union policies...”, pág. 58 ss – apesar de este autor argumentar que estas Conclusões “não nos orientam em relação ao conteúdo das escolhas de política criminal”, no sentido de não definirem os interesses que merecem protecção penal e em que medida, pelo menos existe a menção a um critério valorativo de selecção do conteúdo das incriminações. Para uma comparação com o que o Conselho concluiu em 2014 (Conclusions of the European Council (26/27 June 2014): Strategic guidelines for legislative and operational planning for the coming years within the area of freedom, security and justice) v. CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “The European Council’s Guidelines...”.

¹⁶⁰¹ 2010/2310(INI), pontos 3 e 4. Sobre esta resolução do Parlamento v. com detalhe JONG, Cornelis de, “The European Parliament Resolution...”.

distinguem-se naturalmente também *interesses comuns*; e depois existem ainda (na verdade já não pertencentes à UE, mas que devem ser mencionados por se encontrarem no mesmo espaço geográfico) *interesses dos EM*. Note-se que este critério de distinção *não é equivalente* ao que se utiliza nos Tratados para diferenciar o modo de exercício das competências europeias: estas podem ser *exclusivas* ou *partilhadas* (e ainda acessórias, no caso de competências primariamente dos EM), e isso não corresponder de todo a um interesse próprio ou comum – p. ex. a conservação dos recursos biológicos do mar (al. d) do nº 1 do art. 3º TFUE) não se pode dizer que seja um interesse próprio da União, porque em princípio este deverá ser um interesse de escala internacional, já que a existência ou não de biodiversidade afecta todos os países¹⁶⁰²; já os interesses que surgirão no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça (al. j) do nº 2 do art. 4º) nem sempre poderão ser considerados comuns, bastando para isso pensar nos interesses financeiros da UE. Portanto, tanto a questão da titularidade dos interesses quanto da atribuição e exercício das competências serão relevantes, *mas não em exclusivo determinantes*, para o princípio legitimador do Direito Penal Europeu.

6.4.1 Interesses nacionais

Nesta classificação, os interesses meramente nacionais referem-se àqueles bens jurídicos que têm relevância puramente interna: estes constituirão a maior parte da criminalidade – que só releva realmente para o EM em que ocorre ou que coloca em causa interesses seus ou dos seus nacionais, e não assume qualquer dimensão transnacional –, e não

¹⁶⁰² Em sentido semelhante, CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652; SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 88; e PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas...*, pág. 348 a 350. Já SIEBER, Ulrich, “Das Sanktionsystem zum Schutz...”, pág. 118, distingue entre interesses próprios da UE, políticas europeias e direitos dos cidadãos europeus. Sobre várias posições doutrinárias, v. ainda MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 320 ss. Em referência aos bens jurídicos susceptíveis de se discernirem no plano internacional, GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional...*, pág. 35 e 36: são aqui mencionados delitos que se destinam a proteger bens jurídicos *individuais*, e delitos que protegem “bens jurídicos que fazem referência ao funcionamento do sistema, sem os quais o sistema [...] pode existir mas não funciona” – são estes bens jurídicos *colectivos* (indispensáveis para o desenvolvimento dos bens jurídicos individuais, como p. ex. o ambiente); bens jurídicos *institucionais* (onde se inclui a própria existência dos Estados), e bens jurídicos de *controlo* (que são escassos, por se dirigirem à protecção de autoridades centrais e mecanismos autónomos de exercício do poder). Se tal cenário for sobreposto ao ambiente transnacional da UE, verificamos que é de facto muito semelhante: existem interesses individuais dos cidadãos que devem ser acautelados, existem interesses comuns, e da própria UE que merecem protecção penal para que se assegure a existência da mesma enquanto sistema necessário à contínua protecção e desenvolvimento dos primeiros e segundos, e existem poucos (mas mais do que no cenário internacional) bens jurídicos de controlo, dado que também o sistema penal da UE é incompleto – neste caso podem-se referir p. ex. o perjúrio (quando em relação a Tribunais da UE) ou a corrupção de funcionários da UE. Para a sistematização que nos interessa, estes bens jurídicos de controlo serão incorporados nos interesses próprios da UE, uma vez que não se figura relevante para o princípio legitimador da criminalização o facto de uma conduta colocar em causa a existência da União ou o correcto funcionamento das suas instituições e missões, dado que as entidades políticas existem precisamente para que levem a cabo determinados objectivos – e por isso colocar em causa um coloca inevitavelmente em causa o outro, no sentido em que a existência da entidade determina de modo óbvio a sua capacidade para cumprir com os objectivos que lhe foram confiados, e o seu funcionamento defeituoso sistemático pode colocar em causa a sua existência, precisamente pela sua incapacidade de cumprir com as suas missões.

deverão sentir interferência europeia¹⁶⁰³, a menos que as incriminações nacionais afectem negativamente algum direito reconhecido pela União (de acordo com os efeitos negativos da legislação europeia já referidos)¹⁶⁰⁴.

6.4.2 Interesses comuns

Os interesses comuns serão todos aqueles que adquirem relevância europeia, pela existência de políticas comuns (no âmbito do trabalho, da saúde, economia, ambiente, etc.) – são por isso bens jurídicos ou interesses existentes também (e mesmo em primeiro lugar) no plano nacional, que em virtude do projecto europeu deixaram de ser exclusivos dos vários EM para passarem a ser “compartilhados, porque são indissolúveis ou inseparáveis do *facto europeu*”¹⁶⁰⁵. Neste caso o que existe é uma *reconfiguração* do interesse em causa por parte da esfera europeia: na medida em que é um interesse dos cidadãos da UE, e não dos cidadãos de um só Estado, isso legitima a intervenção dos órgãos legislativos da União na sua configuração e protecção; a medida exacta de partilha do interesse entre a UE e os EM dependerá depois do *quantum* de harmonização, tanto permitido quanto deveras exercido¹⁶⁰⁶. A titularidade desses interesses, no entanto, não depende da configuração das competências da União: é comum porque é partilhado por todos, por não se poder atribuir a um ou outro EM ou à UE em exclusivo¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰³ Curiosamente, mesmo em certos casos de harmonização apenas parcial em que existe alguma legislação europeia: v. p. ex. C-108/80 (*Kugelman*), em que não foi precludida a aplicação de lei penal nacional apesar de existir uma Directiva europeia mais permissiva numa matéria relacionada com aquela em causa no processo (a utilização de determinadas substâncias conservantes em alimentos destinados ao consumo humano). Um outro exemplo em que se discutia a natureza dos interesses em causa é aquele referido em SÁNCHEZ, Bernardo, “Transformación del Derecho Penal...”, pág. 124: no caso descrito, e antes da alteração legislativa correspondente, os crimes de corrupção privada eram vistos como colocando em causa interesses puramente nacionais, pelo que não se aplicariam a factos que não colocassem em causa interesses alemães, ainda que fossem cometidos dentro da UE (e fossem por isso susceptíveis de colocar em causa outros interesses relacionados com a existência de um mercado comum).

¹⁶⁰⁴ Como se salientou já em C-59/75 (*Manghera*), em relação à persistência de monopólios estatais de importação: neste caso existia um bem jurídico de relevância nacional que deixou de o ser por força do Direito da UE. Também a própria “ordem pública” foi objecto de delimitação, não podendo esta resultar apenas da concepção nacional da mesma: v. neste caso o Ac. C-36/75 (*Rutili*), sobretudo § 18 ss.

¹⁶⁰⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Derecho Penal Europeo...*, pág. 660 (sublinhados do autor). No mesmo sentido, a afirmação de CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652: “[the interests] were already there before the EU came along, even if they had a different content” (sublinhados do autor); v. ainda *ibid* as pág. 653 e 656 ss sobre estes interesses.

¹⁶⁰⁶ Existem limitações ao exercício das competências europeias que derivam já da configuração que lhes é dada pelos Tratados – alguns exemplos são a saúde ou a área de liberdade, segurança e justiça. Outras limitações (mormente para os Estados) resultam não propriamente de legislação, mas sim do exercício efectivo da competência legislativa europeia – é o caso das competências partilhadas, em que os Estados exercerão a sua competência *na medida em que a União não tenha exercido a sua* (nº 2 do art. 2º TFUE): se no limite a União legislar sobre todos os aspectos relativos a uma determinada matéria, na prática (e assumindo que a UE não deixa de exercer a sua competência) essa questão passará a ser uma competência exclusiva e já não partilhada.

¹⁶⁰⁷ Muito à semelhança, aliás, do que acontece em cada sociedade e os indivíduos que a constituem, mas a uma escala transnacional: existem bens jurídicos cuja titularidade é claramente identificável (vida, propriedade, etc.), e outros cuja titularidade é difusa, porque comuns a todos os cidadãos – como o ambiente. Existem autores que procuram distinguir os bens jurídicos próprios (da UE) dos comuns (com relevância europeia) através da aplicação do princípio da subsidiariedade: se forem interesses indispensáveis para o funcionamento do mercado único, configurarão bens jurídicos europeus (em sentido estrito), e a UE deverá tolerar uma menor divergência nas soluções legislativas nacionais; se, pelo contrário, forem interesses que suportam

Alguns exemplos destes interesses comuns são: aqueles mencionados no nº 1 do art. 83º TFUE (terrorismo, tráfico variados, etc.), alguns interesses que, embora também nacionais, se encontram ligados à realização do mercado único (corrupção em geral, contrafacção de meios de pagamento...), crimes contra os trabalhadores, os consumidores, o ambiente, ou contra as quatro liberdades fundamentais europeias, entre outros¹⁶⁰⁸. Estes constituirão a maior parte dos delitos configurados a partir da UE, e exigem, porque são partilhados, um maior respeito pelas opções sancionatórias dos vários Estados-Membros, pelo que neste caso uma menção a sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, ou quando necessário uma harmonização menos intromissiva, será aconselhável¹⁶⁰⁹.

Mas o grau de harmonização dependerá também da questão da preempção da matéria em causa (e da interpretação judicial da divisão de competências): quanto mais a União legislar numa matéria, mais impedidos se encontrarão os Estados de exercer a sua competência, o que se traduz num (gradual) maior poder harmonizador da UE, com a conseqüente diminuição de poder estadual no âmbito das competências partilhadas¹⁶¹⁰. A preempção poderá abranger, em conseqüência, o poder de criminalizar condutas: quando a harmonização é detalhada, e mesmo que a União não tenha ainda adoptado medidas sancionatórias penais, podem os Estados encontrar-se precludidos de as prever sempre que isso se mostre contrário aos objectivos europeus; a questão não é, contudo, sempre óbvia, dependendo nesse caso de forma mais clara da opinião do TJ¹⁶¹¹. Em relação a interesses cuja titularidade é comum, mas a sua competência

uma acção nacional diversificada sem com isso colocarem em causa as finalidades europeias, então serão “bens jurídicos europeus em sentido amplo” – assim, SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 25 a 28; o autor dá ainda alguns exemplos de bens jurídicos europeus *lato sensu*: o direito das sociedades, a saúde pública, a protecção dos trabalhadores.

¹⁶⁰⁸ V., utilizando de modo geral a mesma distinção (se bem que com as inevitáveis particularidades de nomenclatura), MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 339 e 349; DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 348; e também alguns dos delitos mencionados em KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 197 a 202 (contra a concorrência, a integridade do mercado financeiro, a dignidade humana, a sociedade democrática, saúde pública e ambiente).

¹⁶⁰⁹ Neste caso fala mesmo CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 657 da necessidade de respeito acrescido, por parte da UE, em relação a determinados princípios (como da necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade e coerência).

¹⁶¹⁰ O campo de acção restante aos EM dependerá também da técnica legislativa utilizada pela UE, e pela sua opção em possivelmente deixar de exercer a sua competência – CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law*, pág. 933. Mesmo na anterior estrutura da UE, nem no âmbito do Segundo nem Terceiro Pilar se podiam adoptar medidas que interferissem com as matérias já exaustivamente reguladas pela Comunidade – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 81.

¹⁶¹¹ Sempre que existe preempção de uma matéria, a distinção efectuada pelo Tribunal entre uma competência exclusiva e partilhada parece ser inexistente – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 81. No entanto, quando se coloca em questão a possibilidade de criminalização mesmo os domínios mais harmonizados podem dar lugar a dúvidas quanto à acção restante aos Estados, como p. ex. quando a UE menciona nos seus instrumentos legislativos a possibilidade de os EM concederem a um determinado interesse um grau mais alto de protecção do que aquele aí previsto – MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 124. É o caso explícito da concorrência (apesar de ser uma competência exclusiva), cujas práticas desleais são punidas na esfera europeia através de sanções administrativas, mas em que se admite a previsão de sanções criminais por parte dos EM – nº 1 do art. 30º do Regulamento 596/2014; de qualquer modo, neste ou noutros casos menos explícitos, essas medidas nacionais deverão ser compatíveis com os objectivos europeus (nomeadamente com o mercado interno), pelo que nem sempre é fácil distinguir os casos ou a extensão da competência punitiva dos Estados. No âmbito das competências partilhadas um exemplo poderá ser dado pela defesa dos consumidores: neste caso, mesmo que medidas que se destinem a atribuir um maior nível de protecção sejam previstas pelos EM, estas são na sua maioria desaplicadas por força da intervenção da UE, que as considera

se encontra atribuída de modo exclusivo à União, é duvidoso que os EM possam exercer o seu *ius puniendi* em relação a matérias que se encontrem a ela ligadas, a menos que tal seja previsto e permitido pela União¹⁶¹².

6.4.3 Interesses próprios

O facto de se ter procedido à criação de uma nova entidade política determinou simultaneamente o surgimento de novos bens jurídicos¹⁶¹³ – ou interesses fundamentais – que a esta se encontram ligados, e que são exclusivamente da sua titularidade. Estes dirigem-se primariamente à protecção da sua própria existência¹⁶¹⁴ ou correcto funcionamento dos seus organismos e instituições¹⁶¹⁵ – vejamos alguns exemplos¹⁶¹⁶.

obstáculos ao funcionamento do mercado único – conclusões de MAK, Vanessa, “Standards of Protection: In Search of the ‘Average Consumer’ of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive”, *in* *European Review of Private Law*, Vol. 18, 2010.

¹⁶¹² É o caso já mencionado da concorrência; existem depois situações em que os EM deixam mesmo de ter um interesse autónomo na questão, por este se encontrar de uma forma extrema ligado ao mercado único – como p. ex. na política aduaneira: ainda que os Estados tenham um interesse nessa matéria, esse perdeu a sua autonomia por ser da exclusiva competência da UE.

¹⁶¹³ PALUMBO, Filiberto, *Studi di Diritto Penale Comunitario*, pág. 43: os novos bens jurídicos derivam tanto da existência dessa comunidade como de esta ter efectivamente substituído os Estados na regulação de algumas matérias comuns (neste último caso, diríamos nós, não se trata verdadeiramente de novos bens jurídicos, mas sim de *novas dimensões* de alguns interesses que já anteriormente existiam). Este constitui, na verdade, um exemplo paradigmático da criação de bens jurídicos por parte do legislador, no sentido que lhe é atribuído por (p. ex.) Roxin: nem todos os bens jurídicos são pré-existentes ao legislador, já que ao criar uma determinada estrutura que se vem a revelar essencial, é natural que esta venha sucessivamente a necessitar de protecção também através de meios penais – sobre esta posição v. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, *in* HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Orttiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007, em específico pág. 448.

¹⁶¹⁴ “[...] si une communauté est légitimée à exister, elle est aussi légitimée à défendre son existence” – SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 780. Em termos de bens jurídico-penais, a entidade política pode legitimamente defender a sua existência porque proporciona e condiciona a existência de outros bens jurídicos que são considerados fundamentais para as pessoas ou comunidade em causa, mantendo desse modo a integridade desse interesse.

¹⁶¹⁵ SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1395 associa esses novos interesses ou bens jurídicos ao estatuto “quase estatal” da UE, não obstante aparentemente rejeitar a qualificação destes enquanto “bens jurídicos”, devido ao seu carácter não pessoal; apesar disso, assume que a UE tem, relativamente àqueles, uma verdadeira competência penal – ou seja, também para adoptar verdadeira lei penal supranacional. Precisamente devido a terem surgido *por causa* da UE, por serem verdadeiros interesses europeus “originais” (o que inclui estas duas categorias de interesses acima mencionadas), defendem Schünemann e Pedro Caeiro que a União deveria ser a única responsável pela sua definição e extensão de protecção – CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652-655; SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects...”, pág. 126.

¹⁶¹⁶ De forma geral, iremos apenas mencionar os bens jurídicos que se nos afiguram como de facto *próprios da UE*, em relação à sua titularidade, já que o que resulta da atribuição ou exercício das suas competências é todo um outro critério. Assim, não iremos referir, como fazem outros autores, todas as “condições essenciais para o funcionamento e desenvolvimento do projecto unionista”, o que inclui p. ex. bens fundamentais (que todavia não são, na nossa opinião, bens jurídicos europeus *stricto sensu*, mas apenas bens jurídicos comuns que adquirem relevância europeia) como os mencionados nos arts. 2º e 3º TUE, nem de modo mais contido os que tornam possível a “existência do sistema económico e social europeu”, sobretudo porque isso não opera qualquer distinção clara do que podem ser bens jurídicos realmente da UE – ambos os exemplos de SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 19, 24 e 25 (v. também Hecker, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 275). Repare-se que segundo um critério assim fluido, um bem jurídico da UE poderia deixar de o ser se deixasse (hipoteticamente) de ser fundamental para a manutenção do sistema económico e social da União – não se questiona aqui a possibilidade de um interesse penalmente

Um primeiro exemplo destes novos interesses exclusivamente europeus pode ser dado pela protecção dos interesses financeiros da UE – por um lado, estes dirigem-se à protecção dos recursos próprios da União, e portanto também à sua existência; por outro, salvaguarda-se também a oportunidade de a União conceder apoios e subvenções a EM e privados, pelo que a sua protecção acaba por beneficiar mais do que apenas o seu titular¹⁶¹⁷. Portanto, tanto no plano das receitas como no plano das subvenções (em relação à “correcta alocação dos recursos europeus”¹⁶¹⁸), estes são bens jurídicos que existem apenas em relação à União¹⁶¹⁹, e a sua relevância é tal que foram sendo sempre alvo de tentativas de unificação legislativa (ou pelo menos de maior harmonização)¹⁶²⁰.

relevante deixar de o ser, é precisamente isso que acontece na despenalização e descriminalização de condutas; mas questiona-se o carácter ambulatorio desses interesses, já que em relação à questão da sua titularidade (que nos parece ser o mais correcto quando se fala especificamente de bens jurídicos *europeus*) estes ou são realmente próprios, comuns ou nacionais. Outro critério totalmente distinto é aquele que diz respeito à *oportunidade* de legislar penalmente sobre uma determinada matéria, o que não se relaciona de todo com a titularidade dos bens jurídicos, mas sim com a extensão do *ius puniendi* da entidade em causa. Aparentemente no mesmo sentido, de considerar interesses europeus apenas aqueles de titularidade europeia, NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios...*, pág. 281; e também CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652.

¹⁶¹⁷ PALUMBO, Filiberto, *Studi di Diritto Penale Comunitario*, pág. 46; também CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 529: “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”. Exemplos de bens jurídicos próprios da UE são também mencionados em CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 652/653.

¹⁶¹⁸ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 18 ss (citação da pág. 20); ainda DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós...”, pág. 348; com mais desenvolvimento v. também NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios...*, pág. 310 ss, e MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 330 / 331.

¹⁶¹⁹ A questão da moeda única é de mais difícil resolução, apesar de ser também qualificada como bem jurídico da União p. ex. em SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 23 e 24 e MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 331 / 336 e 337. No entanto, se por um lado o Euro existe apenas porque a União o criou, e nesse sentido a moeda ‘Euro’ pertence realmente à titularidade da União (para além de obviamente toda a União se ressentir se se ameaçar a moeda única), não se pode dizer em rigor que este seja um bem jurídico-penal *exclusivo* daquela, já que o que se procura proteger com as incriminações (seja a legalidade da circulação monetária, a confiança na mesma ou a fé pública europeia) se reflecte de modo incontornável também nos próprios Estados em que a moeda circula, razão por que, embora reconhecendo a sua maior ligação à UE, hesitamos em qualificá-lo indubitavelmente enquanto bem jurídico próprio e exclusivo da UE – veremos de seguida de que forma se poderão resolver, na questão da criminalização, estes casos mais fluidos de interesses europeus. Especificamente sobre a protecção do euro (incluindo os interesses que lhe subjazem), v. ainda GRANDI, Ciro, “The Protection of the Euro against Counterfeiting”, *in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 12, No. 2, 2004.

¹⁶²⁰ Para uma perspectiva histórica da evolução da protecção dos interesses financeiros da União, v. SALAZAR, Lorenzo, “La gènesese d’un espace pénal communautaire: la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes”, *in Revue internationale de droit pénal*, Vol. 77, no. 1, 2006; SCHOMBURG, Wolfgang und LAGODNY, Otto, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 3. Völlig neubearbeitete Auflage, München, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998; MANACORDA, Stefano, “Retour aux sources ? La place du droit pénal économique dans l’action de l’Union européenne”, *in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Janvier-Mars 2015, n° 1; WHITE, Simone, *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption*, The Hague, Kluwer Law International, 1998; MEZZETTI, Enrico, *La Tutela Penale degli Interessi Finanziari dell’Unione Europea: Sviluppi e Discrasie nella Legislazione Penale degli Stati Membri*, Milão, CEDAM, 1994; ANGELIS, Francesco de, “La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive”, *in GRASSO, Giovanni (Ed.), Prospettive di un Diritto Penale Europeo. Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo Catania, 26 maggio 1997*, Milano, Giuffrè Editore, 1998; GRASSO, Giovanni, “La formazione di un Diritto Penale

Relativamente ao correcto funcionamento das suas instituições – o que condiciona naturalmente a sua capacidade para desempenhar as suas funções e atribuições de modo satisfatório –, o que se encontra em causa é a *imparcialidade* da própria União Europeia, a integridade e boa administração no cumprimento dos seus objectivos¹⁶²¹. Incluem-se aqui tanto delitos de corrupção (ou outros) dos funcionários da UE¹⁶²² como perjúrio (ou similar) perante os Tribunais da UE¹⁶²³, o que se justifica tanto pela confiança que deve existir na

dell'Unione Europea”, in GRASSO, Giovanni (Ed.), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo. Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo Catania, 26 maggio 1997*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

A última tentativa correspondeu à utilização do art. 325º por parte da Comissão na sua proposta inicial para a Directiva PIF; se fosse bem sucedida, essa base legal poderia ser progressivamente utilizada para ir harmonizando essa matéria de modo mais intensivo ou mesmo unificar o seu regime legal (assim, ficou a União restrita aos requisitos da base legal utilizada do art. 83º, nº 2 TFUE). Em relação à unificação, existem três projectos já anteriores que se dirigiram especificamente à necessidade de regular de forma mais coerente e uniforme a questão dos interesses financeiros da UE: o *Corpus Juris*, o Projecto dos Eurodelitos e o Projecto Alternativo – sobre os mesmos, e para uma análise compreensiva, v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 333 ss; SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 784; SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 58 / 59; DíEZ, Carlos, “Models for a System...”, pág. 392 a 396; DONÀ, Gabriele, “Towards a European Judicial Area? A Corpus Juris Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Protection of the Financial Interests of the European Union”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, No. 3, 1998; PICOTTI, Lorenzo, “Presentazione”, in PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1999, pág. XVI a XIX; nesta mesma obra, ainda os artigos que especificamente se debruçam sobre o *Corpus Juris* e aspectos particulares do mesmo, pág. 123 ss, como (em relação aos aspectos gerais) o de JESCHECK, Hans-Heinrich, “La tutela dei beni giuridice dell'Unione europea”, e GRASSO, Giovanni, “Il *Corpus juris*: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie”. Ainda GERVEN, Walter van, “Constitutional Conditions for a Public Prosecutor’s Office at the European Level”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8, No. 3, 2000; COLOMER, Juan-Luis, “La Protección Procesal Penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Juris)”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº. 6, 2000; KAIIFA-GBANDI, Maria, “Der europäische Versuch der Gestaltung von gemeinsamen Strafvorschriften – Die materiellrechtlichen Regelung des Corpus Juris nach dem neuen Entwurf von Florence”, in ANAGNOSTOPOULOS, Ilias (Hrsg.), *Internationalisierung des Strafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003; DELMAS-MARTY, M. and VERVAELE, J. (Eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the protection of European Finances*, Antwerpen, Intersentia, 2000-2001; BACIGALUPO, Enrique, “Il *Corpus Juris* e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati Membri dell'Unione Europea”, in GRASSO, Giovanni (Ed.), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo. Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo Catania, 26 maggio 1997*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

¹⁶²¹ SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 21 e 22.

¹⁶²² Para além da corrupção existem outros crimes capazes de ser cometidos pelos funcionários da UE, como apropriação indevida de dinheiro público, fraude por parte destes, revelação ou utilização de segredos adquiridos ao longo do cumprimento das suas funções, etc. – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 331 e 332, e CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 518 ss. Ainda que de uma perspectiva interna de protecção desse interesse europeu através de legislação nacional, v. também NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios...*, pág. 325 e 326; e OEHLER, Dietrich, *Internationales Strafrecht...*, pág. 549 a 557.

¹⁶²³ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 333.

autoridade pública da União¹⁶²⁴, como na boa administração da justiça¹⁶²⁵ que esta deve demonstrar.

Quanto à execução de políticas da UE, embora em algumas se possa eventualmente verificar necessidade de intervenção penal, estas não devem configurar verdadeiros bens jurídicos *da* União: quando muito, a verificar-se a existência de um interesse que releve penalmente, este será comum, e a sua necessidade de pena europeia derivará da dimensão transnacional que adquiriu através da acção da União, e dos efeitos perniciosos que produzem as condutas que se procuram sancionar¹⁶²⁶ – alguns exemplos¹⁶²⁷ são a concorrência, transportes, protecção do consumidor, ambiente, serviços financeiros ou outros em que a criminalização se possa afigurar necessária de modo a proteger interesses colectivos fundamentais¹⁶²⁸. Devido à possível divergência entre a política europeia e nacional, é ainda

¹⁶²⁴ SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 103; KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 200. A necessidade de se agir por forma a proteger a confiança pública na actuação da União (no que toca aos seus funcionários) foi particularmente evidente em 1999, ano em que toda a Comissão Europeia se despediu após um relatório dar conta de práticas de fraude e corrupção envolvendo alguns comissários. A seguinte afirmação demonstra a verdadeira dimensão do problema: “The press got hold of the story, making it impossible to hush up the scandal. It was a time when every murmur became gossip. It was as if the European institutions were dens of iniquity, where favours, fraud and corruption were rife” – em https://multimedia.europarl.europa.eu/en/history-fall-of-the-santer-commission_V001-0004_ev (esclarecendo com mais detalhe a situação, o artigo do *The Guardian*, “EU chiefs resign en masse”). Foi também este escândalo que originou a criação do OLAF, para que se detectassem com maior brevidade as fraudes na UE.

¹⁶²⁵ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 201.

¹⁶²⁶ SIEBER, Ulrich, “Das Sanktionsystem zum Schutz...”, pág. 114 e 120. Para exemplificar a necessidade de sancionamento de algumas condutas, o autor dá o exemplo de um caso em que a União foi defraudada em milhares de marcos alemães devido à exploração de uma lacuna legal na formulação normativa utilizada. Será de referir neste momento que nas políticas europeias existe na verdade um maior interesse da União no correcto funcionamento das mesmas, sobretudo porque constituem objectivos seus (p. ex. o mercado comum); no entanto, cada EM partilha também desse interesse, porque o seu bom ou mau funcionamento afectá-los-á directamente – p. ex. práticas que distorçam a concorrência num EM e que afectem a competitividade das empresas de um outro (o primeiro teria interesse em continuar a oferecer essa vantagem competitiva de modo a conservar as empresas no seu território, enquanto que o segundo teria interesse em fazer cumprir as normas europeias para que conseguisse ser mais competitivo e assim aumentar as suas receitas).

¹⁶²⁷ HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, pág. 275; CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 529 e 530 (em relação à concorrência); SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 392 e 393; SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 15 a 18 – o autor refere ainda outros sectores, como a segurança no trabalho e alimentar, delitos informáticos, agricultura e pesca, etc., que possam ter um impacto negativo no desenvolvimento dos objectivos da União (p. ex., o ambiente pode ser merecedor de protecção penal não só porque é de facto um interesse de todos os cidadãos europeus, mas também porque se em algum EM existirem normas mais lenientes isso poderá introduzir distorções na concorrência, dado que os operadores nesse EM teriam uma vantagem sobre os restantes). Em sentido contrário argumenta SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law...”, pág. 1396, que existem questões relacionadas com essas políticas que não reflectem nenhum interesse da sociedade enquanto tal, e por isso não deveriam ser protegidas através do DP – é claro que não é possível afirmar que *toda* a política “y” é merecedora de tutela através de medidas penais: tal como acontece nos Estados, é necessário que se respeitem outros princípios penais que orientam a escolha de medidas legislativas em cada caso (nomeadamente, p. ex. o princípio da *ultima ratio*).

¹⁶²⁸ Na verdade, ao considerarmos a necessidade de criminalização ao nível nacional, vemos que a questão não é muito divergente daquela que se poderá verificar na UE; reflectindo sobre os bens colectivos, explica DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pág. 176: “a criminalização é aqui legítima e pode afigurar-se necessária. *Legítima*, logo porque tais bens [...] encontram refracção legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos. *Necessária*, sem grande dúvida, de um ponto de vista de prevenção geral negativa [...] e sobretudo de um

necessário (também de acordo com o princípio da subsidiariedade, europeu e penal) que a UE intervenha apenas naqueles interesses que demonstram ser essenciais¹⁶²⁹ ao projecto de integração em curso ou que adquirem especial relevância para a União (como as quatro liberdades europeias fundamentais ou a defesa dos direitos fundamentais), e o modo de intervenção legislativa deve conseguir incorporar essa possível diferença entre os dois níveis de governo.

6.4.4 Distinção dos interesses: o critério da responsabilidade pela tutela penal e a sua relação com a função do Direito Penal Europeu ('Primeira Fase')

A conclusão de que no espaço europeu existem vários tipos de interesses que podem merecer tutela penal leva-nos a considerar a hipótese de que talvez um só princípio orientador da criminalização não será suficiente para conseguir responder às diferentes necessidades impostas por cada um, sem que com isso se desvirtue o conteúdo desse princípio *ou* o verdadeiro interesse ao qual se pretende conceder protecção através do DP¹⁶³⁰. Para esta consideração releva ainda a circunstância de que, devido às diferenças essenciais do *ius puniendi* da União em relação ao dos Estados, esses diferentes tipos de interesse podem requerer um diferente tipo de intervenção legislativa penal¹⁶³¹, de acordo com o grau de harmonização que exigem: a diferente natureza dos interesses deve fundamentar a escolha dos casos em que é mais favorável à integração europeia *manter a diferença* existente entre os EM, permitindo distingui-los dos casos em que se torna realmente mais premente a adopção de uma acção mais *unificadora*.

ponto de vista de prevenção geral positiva". Ora, se chegámos já anteriormente à conclusão de que os interesses a proteger pela UE deveriam ter assento constitucional (ou seja, deviam derivar dos Tratados), e se também estes apresentam valores similares dos quais retirar importantes bens colectivos – que são também comuns aos Estados –, não se vê motivo para negar à Comunidade uma competência penal equivalente nestes casos reconduzíveis às suas diferentes políticas, desde que tal se mostre necessário e apropriado de acordo com a verificação dos princípios relevantes em matéria penal. O que se pretende realçar aqui é que a intervenção penal da União que se dirija a políticas europeias nem sempre deverá ser considerada ilegítima de acordo com princípios orientadores da legitimidade da incriminação, uma vez que pode de facto existir um interesse merecedor de tutela no plano supranacional, quando se verifica que é impossível, insuficiente ou insatisfatória a sua tutela nacional.

¹⁶²⁹ Alguns exemplos já existentes: crimes contra a concorrência (corrupção), contra a integridade do sector financeiro (branqueamento, contrafacção, etc.); contra a saúde pública (política em relação a estupefacientes) ou contra o ambiente; em relação a interesses que são fundamentais para a UE mas não correspondem a políticas, temos p. ex. crimes contra a dignidade da pessoa humana (como racismo e xenofobia, tráfico ou exploração de seres humanos), e contra a sociedade democrática (como o terrorismo, criminalidade informática) – v. em KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 197 a 202. Também sobre os crimes relacionados com a concorrência (especialmente corrupção privada) e com os mercados financeiros (manipulação de mercado e abuso de informação privilegiada) v. FOFFANI, Luigi, "Nuevas tendencias...", pág. 229 e 230. Sobre a legitimidade destas incriminações (por as suas vítimas serem difusas) quando o interesse em causa se revela digno da mesma e o nível de gravidade da conduta seja intolerável, v. ainda ALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 60 e 61.

¹⁶³⁰ De modo semelhante, se bem que não em relação à União Europeia, já a afirmação de DUFF, R. A., "Towards a Theory...", pág. 20: "Rather than search (in vain) for a suitable refined master principle, we should recognize something that is hardly surprising: that we have different reasons for criminalizing different types of conduct [...]. The proper task for a theory of criminalization is, rather, to assemble and clarify the different kinds of consideration that should be relevant in different contexts".

¹⁶³¹ Chamando também a atenção para esse facto, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 322.

Para a distinção dos interesses mencionámos já dois critérios: o da *titularidade* do interesse, e o da *atribuição de competências* à União, nenhum dos quais se revelou particularmente satisfatório quando singularmente considerado. Se, no entanto, se combinarem os dois, obtemos um critério de diferenciação de interesses muito mais completo e relevante para a função do Direito Penal Europeu: o da *alocação de responsabilidade pela protecção* desse interesse¹⁶³² – vejamos de que modo.

O primeiro passo é identificar a titularidade desse interesse, para que a partir daí se determine o tipo de intervenção legislativa permitida (ou desejável): se for um interesse exclusivamente *nacional* não releva para a questão da criminalização europeia, pelo que não poderá ser considerado pela UE de modo a proibir e censurar condutas que o coloquem em causa. Se for um interesse *comum* podem distinguir-se duas situações: ou é um interesse cuja *harmonização* ainda não é total, e nesse caso deve optar-se por um instrumento de aproximação de disposições penais que conceda maior margem de discricionariedade aos EM, de modo a respeitar ao máximo as diferentes tradições jurídicas e opções de política criminal (ou de outras políticas que se encontrem em causa, consoante o interesse); ou é um interesse cujo grau de harmonização permite já dizer que foi objecto de *preempção* por parte da União – neste caso, e dado que a acção restante aos Estados é diminuta (ou mesmo dependente já de autorização da UE), a acção legislativa da União poderá implicar uma maior harmonização das disposições criminais ou mesmo (se vier a ser possível) uma unificação das mesmas, precisamente porque em princípio os EM já não poderão intervir na regulação dessa matéria sem correr o risco dessas medidas nacionais interferirem com os objectivos da UE, e serem assim sujeitas a desaplicação. Se for um interesse *próprio* da UE, não restarão grandes dúvidas que (e no seguimento de várias conclusões que foram sendo referidas ao longo deste estudo) deverá ser a União a definir os parâmetros de criminalização das condutas que contra eles atentem, devendo mesmo recorrer – se assim o permitirem as bases legislativas – à unificação dessas disposições em relação a todos os EM, de modo a não se verificarem discrepâncias na sua tutela ao longo do território europeu¹⁶³³.

¹⁶³² A ideia de que uma determinada entidade penal é responsável pela protecção de interesses ou bens fundamentais não é nova: é, aliás, a ideia que subjaz ao Direito Penal moderno, já que a esmagadora maior parte dos bens jurídicos que se protegem através deste não são da titularidade da entidade que os protege (o Estado). Quando é criada a UE, esta passa a ter também alguma responsabilidade protectora, devido à dimensão que adquiriram certas condutas ou interesses, ou devido ao surgimento de novas realidades merecedoras de protecção – tornou-se neste sentido “co-responsável” pela sua protecção (CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 587 e 588; também JESCHECK, Hans-Heinrich, “Possibilità e limiti de un diritto penale...”, pág. 14). Extensivamente sobre a questão da responsabilidade de uma entidade pela protecção de um interesse, v. CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues...”, pág. 648 e 651 ss; com especial pertinência para o nosso tema, atente-se na primeira conclusão desse artigo (pág. 652): “[...] given the limited parcel of the European polity’s security for which the EU is responsible, the intervention on sanctions must always refer (explicitly or implicitly) to the offences that affect the interests under its protection”.

¹⁶³³ Outras vantagens da unificação nestes casos foram também sendo referidas: terá menos custos de política criminal, dado que ao criar um verdadeiro sistema penal europeu independente as escolhas de política criminal que a este se referem não interferirão com a coerência dos sistemas penais nacionais; consequentemente, também o sistema penal da UE seria mais coerente em geral, para além de se potenciar deste modo a formação de uma identidade europeia própria, destringível da dos Estados-membros. Ainda em relação à actuação dos organismos da UE – nomeadamente do EPPO – seria mais adequado, para que não fosse obrigado

Verificamos assim que realmente não existe uma diferença substancial entre os interesses comuns já sujeitos a preempção e os interesses próprios, em relação à sua regulação por parte da UE; apenas na questão da unificação se deve ser mais cauteloso quando em causa se encontrem os primeiros, especialmente no que concerne à *necessidade* dessa unificação, devendo-se privilegiar uma maior liberdade dos Estados sempre que o interesse em causa o permitir, uma vez que nem todos os motivos que militam a favor da unificação nos interesses próprios da UE se verificam relativamente a todos os interesses comuns em que existe preempção.

Esta deverá ser, então, a *primeira fase* de um qualquer processo de criminalização europeia: a classificação do interesse em causa¹⁶³⁴, para que se determine quem é responsável pela protecção do mesmo, e bem assim o nível de harmonização / intervenção legislativa mais apropriada para este.

6.5 Legitimidade material e função do Direito Penal Europeu

Tal como acontece no Direito Penal nacional, existem várias possibilidades de resposta a esta questão, algo que já foi analisado anteriormente. No plano europeu deveremos de igual modo rejeitar o funcionalismo, não obstante algumas características que poderão parecer apontar num sentido contrário¹⁶³⁵: o emprego do Direito Penal para garantir o respeito de outras normas não só não faz sentido em relação às suas especificidades, como não consegue colocar limite algum ao legislador penal¹⁶³⁶. Procurar limitar a intervenção penal europeia através da aplicação de outros princípios¹⁶³⁷ também não nos esclarece quanto à legitimidade

a actuar segundo tantas leis diferentes quantos EM participantes. Isto, claro, para além de ser mais apropriado atribuir a defesa dos seus interesses à entidade titular dos mesmos, para que essa seja eficaz.

¹⁶³⁴ A classificação do interesse releva para qualquer um dos princípios que se dirigem à legitimidade da criminalização, pelo que é apropriado que se inicie o processo pela constatação de que existe algo que necessita da protecção do Direito Penal. Note-se ainda que nesta fase não é imprescindível que esse interesse se encontre definido de modo absolutamente preciso: pode, p. ex., constatar-se que há práticas piscatórias prejudiciais (ambiente), ou que existem comportamentos fraudulentos em demasia (interesses financeiros da UE), ou práticas comerciais desaconselháveis (protecção do consumidor / concorrência) – é neste sentido que se deve determinar primeiramente *o que de facto se encontra em causa*, para que de seguida se possa saber como proceder à criminalização.

¹⁶³⁵ V. p. ex. a criticada questão do terrorismo na União Europeia e a compatibilidade do DPE com um direito penal do inimigo no artigo de BRAUM, Stefan, “Are we heading towards a European form of ‘enemy criminal law’? On the compability of Jakob’s conception of ‘an enemy criminal law’ and European criminal law”, in GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (ed.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012. O autor acaba também por concluir (pág. 250) que o DPE não é compatível com essa orientação doutrinária.

¹⁶³⁶ Concordando, SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 778 – afirma ainda o autor que a incriminação que se dirija à protecção de um interesse, e não de uma norma, apresenta um critério com mais garantias (mais apto a avaliar os interesses em jogo) e mais eficaz (também porque se encontra em maior coerência com outras normas previstas para a matéria de liberdade, segurança e justiça).

¹⁶³⁷ Para além da análise que foi feita dos princípios já existentes no contexto europeu, existem também autores que procuram limitar a acção legislativa penal europeia através da delimitação dos interesses em que poderiam intervir pela titularidade dos mesmos (algo que, como vimos, não é de fácil categorização) ou através da óptima alocação da competência para a tutela desses

do seu conteúdo – apesar de *poder* exercer o seu *ius puniendi*, como consegue a UE distinguir se um dado comportamento *merece* ser criminalizado? Qual é o eixo valorativo pelo qual se deve orientar o legislador europeu?

Uma grande parte da doutrina aceita a possibilidade de a União, sob certas circunstâncias e quando confinada a determinados crimes, poder vir a emanar um verdadeiro Direito Penal supranacional, directamente aplicável aos indivíduos e cujas disposições sejam iguais (e não só semelhantes) em todos os EM; o problema encontra-se em saber precisamente quais são as infracções que devem ser incluídas nessa dimensão supranacional, e quais as que devem ser sujeitas apenas a uma harmonização progressiva¹⁶³⁸ – a resposta a esta questão determinará também a eventual função a atribuir ao DPE, devido ao carácter diferenciado dos interesses em causa.

6.5.1 O princípio da protecção de bens jurídicos no contexto da UE

A utilização deste princípio por parte do legislador europeu não é algo óbvio, não só por causa da discussão doutrinária acerca do mesmo e das dúvidas acerca da sua utilidade, mas também porque, conforme já salientado, continua a ser um conceito desconhecido em vários ordenamentos jurídicos da UE¹⁶³⁹. De todo o modo, e tendo em conta todos os aspectos até agora analisados, não nos parece que se coloque algum obstáculo intransponível à sua utilização na esfera supranacional, uma vez que existem interesses necessitados de protecção, existe um referente axiológico constitucional, e existe também um Tribunal com capacidade para determinar acerca da legitimidade da criminalização europeia em relação a esse referente valorativo, à semelhança do que acontece com os Tribunais Constitucionais dos EM.

Aquilo que alguns autores discutem é a *função* que o bem jurídico desempenha ou desempenharia na UE – será que deveria continuar a funcionar como limite do legislador penal, ou serviria outros propósitos? Existem autores que consideram que o bem jurídico poderia desempenhar apenas uma função *instrumental* na União, permitindo a distinção entre bens jurídicos instrumentais *existenciais*, bens jurídicos instrumentais *das políticas europeias*, e bens jurídicos instrumentais *da identidade da UE*¹⁶⁴⁰. Neste sentido, o bem jurídico

interesses, assim como da absoluta indispensabilidade ou necessidade desses interesses para a UE – sobre os mesmos v. SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 29 ss.

¹⁶³⁸ DíEZ, Carlos, “Models for a System...”, pág. 397.

¹⁶³⁹ MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 649.

¹⁶⁴⁰ Os bens jurídicos instrumentais existenciais diriam respeito àqueles que se revelam necessários à existência da UE; os relativos às políticas europeias seriam todos aqueles voltados para a progressiva harmonização, para a actividade comunitária e para a melhoria da cooperação judicial; os últimos dirigir-se-iam a cimentar uma identidade própria da União, através das escolhas penais efectuadas (função simbólica do DP, portanto) – opinião de Sotis explanada com síntese em MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 323 ss. A maioria destas funções seria susceptível de ser criticada pela “administrativização” do DP a que procede, bem como ao apelo à utilização do Direito Penal apenas com motivações simbólicas. Também sobre os bens jurídicos funcionais no contexto europeu, SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 61 ss.

desempenha na União uma função que não existe na esfera dos Estados: a de delimitar na vertical o âmbito de competências da União, distinguindo os bens jurídicos que podem ser alvo de intervenção por parte do legislador europeu daqueles que devem permanecer na competência exclusiva dos Estados¹⁶⁴¹.

Também é reconhecida uma potencial função ao bem jurídico no âmbito de delimitação do nº 2 o art. 83º TFUE: aqui, o requisito da ‘necessidade’ constante dessa norma deveria ser avaliado em relação ao bem jurídico, sendo por isso o DP necessário apenas quando a gravidade da violação do bem jurídico em causa o justificasse, e tornasse assim a previsão de medidas penais indispensável¹⁶⁴².

É verdade que, como *consequência* da identificação do interesse em causa na conduta que se pretende incriminar, o bem jurídico desempenhará uma função instrumental de clarificação dos âmbitos que poderão ser alvo de uma intervenção europeia, daqueles que deverão permanecer em exclusivo nos EM. Não é esta todavia, na nossa opinião, a sua principal função no âmbito supranacional, desde logo porque existem interesses cuja categorização não é óbvia, para além de interesses que deverão ser protegidos *em ambas as esferas*, consoante a dimensão que adquirem¹⁶⁴³, e existe também um princípio – o da subsidiariedade – já voltado à distinção das matérias e casos em que a União poderá intervir, este agora com maior propriedade (porque foi para isso pensado) e susceptível de menor contestação quando utilizado (porque se encontra nos Tratados e faz parte já do ordenamento da União, para além de ser incontornável em relação à justificação da acção comunitária). Portanto, cremos que no que concerne à delimitação vertical das competências da UE, o bem jurídico poderá desempenhar uma importante função na distinção do *quantum* dessa acção: é um interesse que suporta mais ou menos harmonização? Encontra-se de tal forma ligado à UE que merece protecção unificada? Estas questões poderão ser solucionadas com recurso ao bem jurídico em

¹⁶⁴¹ É auxiliado nesta função pelo princípio da subsidiariedade – MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 319; v. também NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 349, admitindo mesmo que esta constituirá a “verdadeira utilidade de um conceito de bem jurídico supranacional”. Denominando esta a “função negativa” do bem jurídico em relação à legitimidade da intervenção do legislador europeu, SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 34.

¹⁶⁴² SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 74 e 75. Com mais detalhe em relação ao contributo do bem jurídico para a delimitação da actividade legislativa penal europeia e limitação de um Direito Penal funcionalista, BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria...”, pág. 51 a 57; partilhando da opinião de que o DPE deveria preencher a função de protecção exclusiva de bens jurídicos, SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 307.

¹⁶⁴³ Considere-se p. ex. o crime de “terrorismo”, e o bem jurídico vida – em princípio não restariam grandes dúvidas que este bem jurídico deveria permanecer na esfera dos Estados, já que a maior parte das agressões ao mesmo advém de condutas que só relevam e só devem ser reguladas internamente; no entanto, existem comportamentos que pela sua dimensão transnacional, gravidade ou dificuldade de os combater inteiramente no plano nacional deverão ser abordados mais propriamente pela UE do que pelos EM, como será o caso de actividades terroristas que coloquem em causa a vida humana. Repare-se que neste caso o bem jurídico é precisamente o mesmo, e não se consegue através dele operar qualquer divisão entre a competência adstrita à União e aos EM, sendo necessário para isso recorrer ao princípio da subsidiariedade, que determina justamente a insuficiência da acção penal nacional tendo em conta a dimensão transnacional, gravidade da lesão ou impossibilidade de controlo *desse bem jurídico* pelos EM. É a partir daqui que se começará a colocar a questão da intensidade da acção europeia, que dependerá então do interesse em causa e da alocação da responsabilidade pela sua protecção.

causa na medida em que quanto maior for o grau de harmonização pretendido (até à unificação), maior deverá ser o grau de determinabilidade do interesse / bem jurídico em causa¹⁶⁴⁴. Relativamente ao seu contributo para a delimitação da criminalização operada através do nº 2 do art. 83º TFUE, parece-nos mais uma vez que a sua primeira utilidade reside na distinção das variadas políticas: é uma política de tal modo harmonizada que requer uma intervenção penal da UE mais intensa, precisamente porque preclui uma acção autónoma dos EM? Ou é uma política ainda não totalmente harmonizada, que suporta por isso uma acção mais diversificada por parte dos EM?

Tal como decorre do próprio princípio, esse bem jurídico deverá encontrar-se reflectido em algum valor de dimensão constitucional europeu, o que significa portanto que terá que ser um bem jurídico derivado do Direito originário da UE¹⁶⁴⁵, e terá implícita uma ideia de danosidade, nos mesmos moldes em que tal se determinou para a esfera nacional. Directamente relacionada com esta questão existe ainda a problemática de saber se existe algo semelhante às “obrigações constitucionais” de tutela penal no ordenamento da União: tal como se concluiu anteriormente, não se devem afirmar também neste contexto essas obrigações, uma vez que a criminalização de comportamentos envolve outras considerações – ainda mais na esfera europeia – e não deve, por isso, decorrer de modo automático de alguma disposição dos Tratados¹⁶⁴⁶.

O princípio da protecção de bens jurídicos na UE apresenta então a vantagem de contribuir para a delimitação do *quantum* de intervenção legislativa europeia nas matérias que necessitam de tutela penal, e de exigir do legislador uma determinação em concreto do bem jurídico que se pretende proteger com a incriminação, sempre que se pretender unificar ou harmonizar em domínios que se encontram largamente subtraídos da acção estadual autónoma.

¹⁶⁴⁴ Os bens jurídicos poderão referir-se também aos interesses fundamentais da sociedade, razão por que será legítimo que se pretenda que a União defenda a sua própria existência, já que é responsável pela manutenção de vários interesses fundamentais comuns dos seus cidadãos – se essa entidade política é desejada e constitui em si uma comunidade diferente daquela existente ao nível dos EM, terá interesses que legitimamente necessitarão da protecção do Direito Penal, precisamente para que se assegure a continuidade dessa sociedade.

¹⁶⁴⁵ Consequentemente, não poderá ferir nenhum dos direitos fundamentais previstos na CDFUE, porquanto esta integra o Direito originário europeu – requisito mencionado também em RODRIGUES, Anabela Miranda, “O Tratado de Lisboa e o Direito Penal Europeu”, in PIÇARRA, Nuno (Coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 191 – em referência ao Manifesto sobre Política Criminal Europeia.

¹⁶⁴⁶ Admitidamente, a questão é mais complexa no âmbito europeu do que nacional, devido à existência do princípio da assimilação, que poderia ser interpretado de modo a implicar a tutela penal automática de valores ínsitos nos Tratados. No entanto, o princípio da assimilação não implica necessariamente a utilização do Direito Penal, mas apenas um tratamento equivalente dos interesses da União em relação aos dos Estados; por outro lado, a ponderação da necessidade de utilização do DP para tutela desses interesses foi já efectuada em relação aos próprios interesses nacionais, pelo que por estes motivos não se nos afigura correcto afirmar que existiriam obrigações constitucionais de criminalização europeias derivadas do princípio da assimilação. Para uma análise deste tema em relação à UE com detalhe, v. CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 499 ss; SALCUNI, Giandomenico, *L'Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 300 ss; v. ainda mais sucintamente NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios...*, pág. 283 ss.

6.5.2 O *harm principle* na UE

Um outro princípio orientador da questão da criminalização de que se pode fazer uso, porque derivado das tradições jurídicas presentes na UE, é o *harm principle* – a ideia basilar deste é reconhecida no espaço europeu mesmo que ao princípio em si não seja feita referência¹⁶⁴⁷. O contributo deste princípio centra-se essencialmente no seu foco nos interesses pessoais e no dano, rejeitando geralmente interesses que se dirijam à mera ofensa¹⁶⁴⁸; assim, as implicações práticas para a criminalização determinada pela UE seriam de relevo, uma vez que iria circunscrever a acção desta a condutas que de facto originassem dano, limitando a criminalização de actos cujo perigo é ainda remoto ou vago¹⁶⁴⁹, algo que o princípio do bem jurídico não consegue restringir de modo igualmente eficaz. Implica igualmente que se verifiquem os danos ou prejuízos desses comportamentos que se procuram proibir e sancionar, e se comparem com aqueles que derivam desse sancionamento, nomeadamente para os direitos dos cidadãos europeus¹⁶⁵⁰.

As vantagens deste princípio divisam-se ainda em relação à determinação dos âmbitos de criminalização legítimos ao abrigo do nº 2 do art. 83º TFUE: naqueles interesses que são comuns aos Estados e à União, e em que portanto não resulta de todo evidente a necessidade de intervenção legislativa europeia, o *harm principle* determina que se avaliem *todos* os prejuízos derivados das condutas potencialmente ilícitas e da própria criminalização europeia¹⁶⁵¹, canalizando o DPE para uma maior consideração das pessoas sujeitas ao mesmo, dos cidadãos europeus.

¹⁶⁴⁷ A ideia básica deste princípio pode ser encontrada em ordens jurídicas que não o reconhecem de modo expresso – veja-se o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”. É também por isso algo que, pese embora seja mais associado à tradição jurídica anglo-americana, poderá ser igualmente aplicado a um espaço judicial comum como a UE. Por outro lado, a própria União faz uso desse critério para determinar a necessidade ou a prioridade de algumas acções, p. ex. quando afirma que devem ser avaliados os danos decorrentes das condutas – em ilustração desta questão (referindo-se à “SOCTA”, Serious and Organised Crime Threat Assessment da Europol), PAOLI, Letizia, “How to Tackle (Organized) Crime in Europe? The Eu Policy Cycle on Serious and Organized Crime and the New Emphasis on Harm”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 22, 2014, pág. 4: “An innovative and very positive element of this new methodology is its focus on the impact – and thus the harm – of crime. This new focus reflects the recent emphasis on serious crime, a concept that resonates with harm [...]”; v. também da mesma autora, para uma perspectiva mais abrangente, PAOLI, Letizia, and GREENFIELD, Victoria A., “Harm: a Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 21, 2013.

¹⁶⁴⁸ PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 115; DUFF, R. A., “Towards a Theory...”, pág. 14.

¹⁶⁴⁹ Em relação ao Direito Penal Internacional e em análise ao crime de terrorismo, mas referindo a mesma ideia, AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 321 e 322. Sobre a antecipação da tutela penal que comumente se observa quando em causa se encontram bens jurídicos colectivos e a sua relação com as incriminações em sede europeia, v. SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 41 ss.

¹⁶⁵⁰ PAOLI, Letizia, “How to Tackle (Organized) Crime...”, pág. 8 e 9.

¹⁶⁵¹ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 314; PAOLI, Letizia, “How to Tackle (Organized) Crime...”, pág. 5: “[...] specifically the emphasis on the impact of the offenses placed by [...] Article 83 TFEU to justify the establishment of minimum rules concerning the definition of EU-wide criminal offences and sanctions”.

Uma das dificuldades deste princípio reside, por outro lado, no facto de ser difícil justificar uma nova criminalização quando não se consegue divisar nenhum dano ou prejuízo em concreto para terceiros¹⁶⁵², pelo que seria impraticável, p. ex., a UE defender os seus próprios interesses existenciais através deste princípio.

Esta conjugação de vantagens e desvantagens dos princípios leva-nos por isso a concluir, tal como em relação aos interesses em causa, que deverá existir uma aplicação diferenciada de princípios orientadores da criminalização, precisamente em função da natureza do interesse em causa.

6.5.3 A função diferenciada do Direito Penal Europeu ('Segunda Fase')

No processo de criminalização que temos vindo a seguir, a identificação do interesse em causa (efectuada na primeira fase) determinaria o princípio de legitimidade a aplicar: aos interesses próprios da União, ou comuns já sujeitos a uma harmonização tão intensiva que preclua ou dificulte em extremo o exercício autónomo da política criminal nacional, deveria ser aplicado o princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos; aos interesses comuns ainda não sujeitos a tal grau de harmonização deveria ser aplicado o *harm principle*, de modo a limitar a acção da União à defesa de interesses dos seus cidadãos e diminuir o impacto de um potencial Direito Penal funcionalizado à garantia de eficácia de políticas europeias. Esta diferenciação corresponde ainda à intensidade de harmonização que se pretende ou permitida pelos interesses: quanto mais limitada for a acção autónoma dos EM, mais tendência terá a harmonização a ser mais forte, daí que deva ser também mais concreto o bem jurídico específico que se pretende proteger com essa incriminação; quanto mais liberdade ainda disponham os Estados na determinação da questão sancionatória em causa, menos se justificará uma acção de harmonização abrangente, daí que se possa seguir uma análise de danos ou prejuízos causados pela conduta, sem que se determine em concreto o bem jurídico afectado.

Até porque deste modo se permite aos EM que se guiem pelo princípio do bem jurídico transpor a legislação europeia para o seu ordenamento de forma a causar o menor custo de coerência sistemática possível: desde que cumpram com os mínimos de harmonização propostos, podem estes Estados definir internamente o bem jurídico que consideram afectado por essa conduta, e adequar do melhor modo possível as sanções aos níveis de sancionamento já existentes para comportamentos que afectem o mesmo bem jurídico. A partir da aplicação do *harm principle* nestes casos também se permite ao Estado (desde que tal não resulte proibido de outro modo pela União) que proteja o bem jurídico que definiu de forma antecipada, se considerar que o deverá fazer – é por isso, e como se percebe, um princípio que flexibiliza a mínima criminalização operada no plano europeu, e minimiza de algum modo as críticas em relação ao DPE ter essencialmente um efeito endurecedor do DP nacional: ao focar a sua atenção, nos interesses comuns, naqueles que se dirigem aos seus cidadãos e às condutas

¹⁶⁵² BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, pág. 7.

que lhes causam dano, o DP interno só será mais punitivo (em termos de antecipação da tutela penal) se assim o desejar; quanto aos mínimos de sancionamento mantêm-se as críticas já anteriormente analisadas, dado que essa questão não pode ser *in totum* resolvida por um princípio que se dirige à legitimidade material do DP.

A partir desta consideração bifurcada de princípios conseguem-se conjugar os aspectos mais positivos de ambos, para além de se respeitarem as várias tradições jurídicas e de se permitir uma melhor adequação tanto ao ordenamento jurídico europeu como nacional: o princípio de protecção de bens jurídicos coloca ênfase *no que é defendido*, enquanto o *harm principle* coloca ênfase no dano que ocorre por força das condutas em análise (não importa tanto a definição exacta do que se procura defender; central neste é que existem interesses relevantes de terceiros que são lesados pela mesma), evidenciando deste modo também o alcance dualista do DPE – que por um lado se dirige à protecção da comunidade europeia como um todo, e por outro à protecção dos cidadãos individualmente considerados¹⁶⁵³.

O modo ideal de se proceder, agora tendo em conta tudo o que se expôs em relação à primeira e segunda fases, seria então o seguinte: inicia-se por verificar se o que se encontra em causa é um bem jurídico *próprio* da União, uma vez que a responsabilidade pela tutela jurídica do mesmo é da UE, e a intensidade da harmonização permitida ou requerida por esses interesses interfere de modo mais acutilante com o *ius puniendi* dos Estados – se a resposta for afirmativa, então a criminalização operada pela União deve ser justificada à luz do princípio de exclusiva protecção do bem jurídico, de modo a que se encontre especificamente determinado o que se pretende através da mesma proteger e o motivo pelo qual esse bem jurídico é penalmente relevante.

Se não for um interesse próprio da União, procede-se a verificar se é um interesse comum numa matéria já de tal modo harmonizada que determine a *preempção* da mesma (ou pelo menos que dificulte de forma extrema a acção autónoma dos EM) – neste caso, e mais uma vez devido à responsabilidade preponderante pela sua tutela e ao grau de harmonização que pode ser exigido, deve determinar-se igualmente qual o bem jurídico que se pretende através da incriminação europeia proteger, permitindo aqui averiguar (p. ex. no caso mais problemático do art. 83º, nº 2) se o que se encontra em causa é realmente um bem jurídico-penal ou só um interesse de uma qualquer política europeia que não necessita de uma intervenção do DP, precisamente por não ter dignidade penal.

Se, por último, não for um bem jurídico próprio nem totalmente harmonizado, e for simplesmente *comum*, então a acção da União justificar-se-á a partir do *harm principle*, para que em relação a interesses comuns se limite a incriminação europeia à defesa dos interesses dos seus cidadãos¹⁶⁵⁴, e àquelas condutas que realmente lhes causem dano ou prejuízo, devido

¹⁶⁵³ Muito à semelhança do que acontece no plano internacional – AMBOS, Kai, “The Overall Function...”, pág. 319 –, mas numa dimensão mais delimitada.

¹⁶⁵⁴ Ou seja, implicaria que se tivesse mais em consideração a dimensão de protecção dos cidadãos contra o próprio DP, assegurando a sua máxima liberdade excepto em situações em que as condutas em causa prejudicassem terceiros.

à responsabilidade partilhada pela sua tutela. Isto determina uma menor funcionalização do DPE, uma diminuição da tutela penal antecipada no plano europeu, ao mesmo tempo que permite a sua instauração em sede nacional, se os EM assim o desejarem, e uma melhor adequação da lei penal supranacional aos ordenamentos jurídicos nacionais, por lhes deixar espaço para ponderarem o bem jurídico em específico que consideram encontrar-se em causa (mais uma vez, se entenderem que o devem fazer).

A aplicação dos dois princípios destina-se assim a conservar a liberdade dos Estados-membros sempre que esta o pode ser, ao mesmo tempo que delimita de várias formas a acção penal da União, para que se adequue também às suas especificidades – é por isso que a definição em concreto de um bem jurídico nos dois primeiros casos identificados não se considera problemática, mesmo à luz das diferentes tradições jurídicas, porque de qualquer modo a margem de discricionariedade deixada aos EM seria diminuta, e consegue-se assim exigir da UE uma justificação mais concreta da necessidade de utilização do Direito Penal nesses casos.

a) Breve consideração prática – bens jurídicos próprios

Os bens jurídicos próprios da União serão também aqueles pelos quais esta terá total responsabilidade em relação à determinação da sua protecção: como são essencialmente interesses seus, nenhum EM poderá legitimamente determinar de modo autónomo o modo como estes deverão ser protegidos¹⁶⁵⁵, daí que se justifiquem harmonizações legislativas mais intensas ou mesmo a unificação¹⁶⁵⁶ (admitidamente numa perspectiva mais futura do que presente). Alguns exemplos foram já referidos: a protecção dos seus interesses financeiros, a idoneidade de actuação dos seus funcionários, a boa administração da sua justiça.

Estes interesses deveriam por isso, para que fossem tutelados de modo igualitário na totalidade da UE e da forma que esta considerasse mais eficaz, ser sujeitos a uma protecção penal (quando necessário) nos mesmos moldes em que esta é concedida aos Estados – ou seja, a União deveria determinar ela própria as normas penais aplicáveis, normas essas que deveriam ser previstas em Regulamento¹⁶⁵⁷ para que não tivessem que ser transpostas e para que a resposta sancionatória às condutas prejudiciais à UE em si não encontrasse discrepância no seu território (para além de outras vantagens que foram já referidas, como a maior coerência que isso implicaria e menor interferência com os ordenamentos jurídicos dos EM). O *ius puniendi*

¹⁶⁵⁵ Isso é verdade mesmo em relação ao princípio da assimilação: através deste determinou a UE que os seus interesses deveriam ser protegidos a nível nacional do mesmo modo que os interesses internos semelhantes, não configurando por isso uma verdadeira consideração e acção autónoma dos EM.

¹⁶⁵⁶ Concordamos essencialmente com MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 329 e 330: como a unificação é o modo de intervenção legislativa que maiores consequências tem para a discricionariedade dos EM, esta só se justifica quando se encontram em causa bens jurídicos que coloquem em causa a própria existência da União, daí que o catálogo de bens jurídicos próprios seja reduzido.

¹⁶⁵⁷ No mesmo sentido, CAEIRO, Pedro, “The relationship between European...”, pág. 596; CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 530; SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 310; WEIßER, Bettina, “Strafgesetzgebung durch die Europäische Union...”, pág. 438 ss; ROMEO MALANDA, Sergio, “Un nuevo modelo...”, pág. 381 e 382.

Europeu manifestar-se-ia assim, conforme fosse mais apropriado tendo em conta o interesse subjacente à incriminação, através de um DP verdadeiramente supranacional, e DP que harmonizasse as disposições internas dos Estados no sentido de lentamente aproximar a resposta sancionatória europeia nos domínios em que não demonstra ser necessário que essa resposta seja una.

Esta distinção tornar-se-ia ainda importante no contexto de actuação própria do EPPO: nos domínios do exclusivo interesse da União seria justificado que este pudesse operar com disposições penais iguais para todos os EM, em vez de agir de modo diferenciado de acordo com a transposição que cada Estado efectuou¹⁶⁵⁸, enquanto para delitos referentes a interesses comuns (a ser-lhe atribuída tal responsabilidade), que podem legitimamente requerer uma resposta penal algo diferenciada consoante a realidade de cada EM, este poderia sem objecções de maior ter em conta essas diferenças e actuar de acordo com as leis nacionais de transposição¹⁶⁵⁹.

b) Breve consideração prática – interesses comuns harmonizados

Sob esta epígrafe poderão ser considerados todos os interesses que são, em relação à sua titularidade, comuns, mas que por um ou outro motivo a sua tutela se encontra atribuída à UE: ou porque, apesar de serem comuns, constituem uma competência exclusiva da União, ou porque for força da quantidade de harmonização já efectuada uma acção autónoma por parte dos EM se encontra totalmente precludida ou é extremamente difícil de realizar.

Este grupo leva-nos a considerar em primeiro lugar *qualquer área de actuação da UE*, uma vez que apenas através de análise legislativa se consegue perceber se um determinado domínio se encontra já largamente excluído ou não do campo de actuação dos Estados¹⁶⁶⁰: se esse domínio estiver totalmente *fora* da disponibilidade estadual, então será equivalente (em termos de responsabilidade pela sua tutela) a um interesse próprio, justificando-se também, *de*

¹⁶⁵⁸ Para que essa uniformidade fosse efectiva teria ainda que dispor de conceitos da parte geral suficientes para garantir essa unidade de resposta penal, e idealmente o processo deveria decorrer perante uma instância europeia (uniformidade processual), e as regras relativas à execução deveriam ser também as mesmas, até por uma questão de igualdade perante a lei e justiça ao longo da União Europeia. Como um projecto de tal dimensão se encontrará ainda distante, por ora bastaria que se previsse o mínimo, ou seja, que se determinassem pelo menos infracções iguais para todo o território da UE com as quais a Procuradoria pudesse operar com o mínimo de certeza – referindo-se sucintamente à questão das infracções cometidas por funcionários da UE, a favor de que estes fossem julgados segundo normas europeias perante Tribunais europeus, SCHÜNEMANN, Bernd, “The contribution of scientific projects...”, pág. 128.

¹⁶⁵⁹ Também a favor da ideia de uma actuação diferenciada de acordo com os interesses em causa e modos de intervenção legislativa que estes exigiriam, SIEBER, Ulrich, “Die Zukunft des Europäischen Strafrechts”, pág. 8.

¹⁶⁶⁰ Consideremos brevemente a questão – na sua Comunicação relativa a política criminal, a Comissão identificou alguns domínios em que se poderia eventualmente concluir pela necessidade de previsão de sanções penais: o sector financeiro, a luta contra a fraude, a protecção do euro contra a contrafacção, transportes, protecção de dados, regras aduaneiras, protecção ambiental, pescas e mercado interno. Estes domínios (e embora alguns suscitem mais dúvidas de qualificação) são em geral de titularidade comum, uma vez que não afectam em exclusivo a UE ou a sua existência; mas o seu grau de atribuição à União varia consideravelmente: p. ex., a regulação do Euro não se encontra atribuída à discricionariedade estadual, o mercado interno é amplamente definido pela UE, as pescas também é um dos sectores mais harmonizado, etc.

acordo com outros princípios penais relevantes, uma unificação da sua regulação (será o caso das infracções relativas à moeda única, p. ex.); senão, determina apenas uma harmonização mais intensiva da sua regulação, uma vez que os Estados já estarão largamente excluídos da sua tutela autónoma – ou pelo menos sem que com essa tutela não corram o risco de lesionar um outro qualquer objectivo ou liberdade europeia (o que seria fácil de ocorrer p. ex. no mercado único¹⁶⁶¹).

Vejamos um exemplo: a conservação dos recursos biológicos do mar (art. 3º, nº1, al. d) TFUE), que se enquadra no âmbito da política comum das pescas (art. 4º, nº 2, al. d) TFUE), é uma competência exclusiva da UE, mesmo sendo um interesse comum aos EM, sobretudo ribeirinhos¹⁶⁶²; a responsabilidade pela sua tutela, penal ou não, encontra-se por isso entregue na totalidade à UE¹⁶⁶³. Não é fácil distinguir entre todos os interesses existentes nesta questão:

¹⁶⁶¹ Para comparação de duas perspectivas aparentemente diferentes, ambas referindo o controverso nº 2 do art. 83º TFUE, v. VERVAELE, John, “European criminal justice...”, pág. 15 – “There is a great deal of potential here that has not been used and that should be used in order to meet these new challenges and protect the new global values. [...] if we look into how the United States is dealing with serious violations of corporate bodies, tax violations, financial violations, economic violations, corruption and how we in Europe are dealing with corporate bodies, both European and foreign, we conclude that we are very weak. And if we do have an approach it is mostly a domestic one, it is not a coordinated one, there is no EU agenda on this, and it depends so much on the national agenda”; e HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional...” pág. 271: “[The Directive] argues that criminal sanctions to fight market manipulation and insider dealing are needed as a tool for the smooth functioning of the internal market and, in particular, to ensure market integrity. [...] The difficulty is, however, that the absence of abuse does not necessarily lead to integrity. Hence, the proposed Directive offers a test case of the contours of Article 83(2) TFEU and how much can slip through this provision”. Mesmo reportando-se ao mercado interno, e portanto a domínios já sujeitos a uma extensa harmonização, a unificação aqui não se justificaria facilmente por força de outros princípios, como o da subsidiariedade e proporcionalidade – v. p. ex. CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 531: “No que toca à distorção da concorrência, a via da harmonização dos sistemas penais parece ser mais apropriada. Neste domínio, tratar-se-ia antes de impor a criminalização de certas condutas [...] e uma certa uniformização das sanções penais aplicáveis e dos deveres de perseguição penal”.

¹⁶⁶² Comprovando precisamente este facto, p. ex. a opinião fundamentada (de 2018) da Comissão em relação a Portugal por este ter agido de modo desconforme com o respeito pela exclusiva competência da UE nesta matéria: as acções de Portugal demonstram que este tem de facto um interesse na conservação dos recursos biológicos marinhos, mas não pode agir de modo a tutelá-lo de forma autónoma – v. “Conservation of marine biological resources: Commission requests Portugal to respect the exclusive competence of the EU under the Common Fisheries Policy”, no site da Comissão Europeia.

¹⁶⁶³ A necessidade *em si* de se preverem sanções penais será já de analisar após o estabelecimento da legitimidade do conteúdo penal dessas hipotéticas incriminações, tendo em vista a melhor tutela possível desse interesse, que determine as menores limitações possíveis para os direitos individuais. Especificamente sobre este tema, v: em relação à divisão de competências, NØHR, Andreas, “The Governmentality of Biodiversity in the EU’s Common Fisheries Policy”, *in* The Interdisciplinary Journal of International Studies, Vol. 7, No. 1, 2011; RIBEIRO, Marta Chantal, “The Protection of Biodiversity in the Framework of the Common Fisheries Policy: What Room for the Shared Competence?”, *in* ANDREONE, Gemma (Ed.), *The Future of the Law of the Sea. Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests*, Switzerland, Springer, 2017; SALOMON, Markus, MARKUS, Till, DROSS, Miriam, “Masterstroke or paper tiger – The reform of the EU’s Common Fisheries Policy”, *in* Marine Policy, Vol. 47, 2014. Acerca da consideração do meio ambiente enquanto bem afectado nesta questão, PAVONE, Ilija, “Is Banning Enough? The Intricacy Inherent to Marine Mammal Conservation”, *in* German Law Journal, Vol. 20, 2019; e também de modo superficial VERVAELE, John, “European criminal justice...”, pág. 10. Sobre algumas percepções diferenciadas da realidade dos EM, GAMBINO, Monica, MALVAROSA, Loretta, PLACENTI, Vincenzo, “Fishery Regulation, Perceptions and Compliance: The Fishermen Responses”; NIELSEN, Jesper, MATHIESEN, Christoph, “Important Factors Influencing Rule Compliance in Fisheries – Lessons from Denmark”, *in* Marine Policy, Vol. 27, 2003; HADJIMICHAEL, Maria, EDWARDS-JONES, Gareth, KAISER, Michel, “Distribution of the burden of fisheries regulations in Europe: The north/south divide”, *in* Marine Policy, Vol. 34, 2010. Por último, considerando a necessidade ou sentido da adopção de medidas de Direito Penal para regular a questão, ROCHA, José-María, CERVIÑO, Santiago,

para além do interesse na conservação da biodiversidade marinha existem também os interesses pesqueiros dos EM em que isso se aplique, e a política comum das pescas da UE, para além de se poder arguir que o que se encontra em causa neste caso é na verdade o ambiente; todos estes podem estar sujeitos a diferentes regimes de tutela consoante a atribuição de competências e exercício destas pela UE. A partir desta constatação deve-se determinar o tipo de intervenção que se afigura necessária: se o que se pretende de facto proteger através do Direito Penal forem os recursos biológicos marinhos, não fará sentido recorrer a um domínio mais amplo como o do ambiente. No entanto, e apesar de ser um interesse cuja responsabilidade se encontra atribuída à UE, uma total unificação da matéria penal não se justificaria neste caso por diversos motivos: desde logo porque não é uma matéria que se reflecta de modo directo na totalidade dos EM (apenas aqueles que possam efectivamente pescar, e com isso prejudicar a biodiversidade, sentirão necessidade de regular essas actividades através da previsão de sanções penais); por outro lado, o comportamento de cada EM pode diferir largamente, o que poderá exigir por isso uma resposta mais flexível de acordo com a realidade existente, daí que neste caso se considera mais adequado optar por uma harmonização, ainda que mais intensa.

Assim, justifica-se que esta adopte as medidas necessárias à sua protecção, dado que mesmo à luz de outros princípios relevantes as condutas que colocam em causa esse interesse não se conseguiriam prevenir simplesmente no âmbito interno: nas práticas de pesca excessiva, p. ex., ainda que se evitassem num ou noutra EM, isso não seria suficiente para que se tutelasse de forma suficiente a biodiversidade marinha, pelo que também por este motivo se justifica a assunção dessa tarefa por parte da UE. A constatação de que para proteger esse interesse serão necessárias medidas penais será algo a ponderar através da averiguação de outros factores, numa terceira fase do processo de criminalização.

c) Breve consideração prática – interesses comuns não harmonizados

Por fim, neste último grupo integrar-se-ão todos aqueles interesses que são comuns, mas cuja harmonização existente não permite afirmar que a sua tutela se encontra excluída do domínio de actuação autónoma dos Estados – alguns exemplos claros são os elencados no n.º 1 (§2) do art. 83.º TFUE. São normalmente questões que adquirem relevância europeia devido à dimensão transnacional que adquirem, ou por causa da dificuldade em combater essas condutas a um nível puramente interno e isolado. Este é, por isso, o grupo no qual os interesses em causa justificam uma menor intervenção de harmonização europeia, e em que para que se minimize a funcionalização do Direito Penal e a expansão progressiva do mesmo (que no plano europeu é ainda mais problemática do que no interno, devido à impossibilidade de se descriminalizarem condutas), se deve limitar a intervenção penal da UE à proibição de

VILLASANTE, Sebastian, “The Common Fisheries Policy: An enforcement problem”, *in* *Marine Policy*, Vol. 36, 2012; HATCHER, Aaron, PASCOE, Sean, “Non-compliance and Fisheries Policy Formation Regulations”, *in* MOTOS, Lorenzo, WILSON, Douglas, *The Knowledge Base for Fisheries Management*, Elsevier Science, 2006; KUPERAN, K., SUTINEN, Jon, “Blue Water Crime: Deterrence, Legitimacy, and Compliance in Fisheries”, *in* *Law and Society Review*, Vol. 32, No. 2, 1998.

condutas que causem dano actual a interesses dos seus cidadãos. Isso levaria p. ex., como já se referiu, à reponderação de várias normas já hoje existentes na legislação penal europeia que criminalizam condutas nas quais não é possível discernir um interesse legítimo de protecção¹⁶⁶⁴, ou que antecipam por vezes de forma incompreensível a tutela penal¹⁶⁶⁵.

6.5.4 Responsabilidade pela determinação do interesse subjacente à incriminação

Apesar de já decorrer de alguma forma do critério acima exposto, é importante determinar quem é responsável por definir o interesse subjacente à norma de incriminação, e se esse pode eventualmente ser alterado segundo a vontade de outra entidade política. Assim, é necessário começar por distinguir as diferentes funções ou objectivos existentes num sistema penal: temos desde logo aqueles relacionados com a criminalização, aqueles relacionados com a fase processual de julgamento dos casos, e ainda aqueles da fase de execução da sentença¹⁶⁶⁶ (ou seja, estabelece-se um paralelo entre os diferentes objectivos e funções do sistema e as diferentes vertentes da jurisdição penal). Como também já foi referido, pelo menos até ao momento a União não poderá intervir na determinação (pelo menos de forma directa) dos últimos dois, restando-lhe por isso a possibilidade de definir, através da sua actividade legislativa, a função do seu sistema penal em relação às incriminações – a questão a que se deverá responder é, então, se é legítimo que seja uma entidade supranacional a definir essa função ou esses objectivos, em vez dos Estados¹⁶⁶⁷.

Na cena internacional, não é inédito que o julgamento acerca da admissibilidade de um comportamento seja transferido para uma instituição supranacional¹⁶⁶⁸ – na UE isso será mais óbvio e necessário em questões mais técnicas da União ou *criadas* pela simples existência da União, o que coloca aos Estados outras exigências que anteriormente não existiam, fazendo assim com que já não sejam capazes, ou não sejam o *forum* correcto, de discussão de políticas que afectarão não só esse Estado como todos os outros e / ou a própria UE.

¹⁶⁶⁴ Alguns exemplos podem ser encontrados na Directiva 2011/93/UE relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (art. 5º, nº 7).

¹⁶⁶⁵ Alguns exemplos podem ser encontrados nas infracções definidas na Directiva 2017/541/UE relativa à luta contra o terrorismo (p. ex. art. 13º ou 14º, nº 3).

¹⁶⁶⁶ SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 398.

¹⁶⁶⁷ NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung...”, pág. 349. Este é também um problema análogo ao de saber quem determina, na UE, o conteúdo do conceito de “ordem pública” (*ibid*, pág. 358); como já se concluiu, o conceito de ordem pública europeu é independente daquele existente no contexto estadual, apesar de existir naturalmente uma influência mútua entre ambos devido à imbricação dos respectivos ordenamentos jurídicos. A questão é relevante devido à possível discrepância entre as prioridades político-criminais estabelecidas nos diferentes EM e aquelas estabelecidas pela UE – v. SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 401 e 402.

¹⁶⁶⁸ KLABBERS, Jan, “Setting the Scene”, pág. 41.

O critério aqui dependerá novamente do que foi sendo anteriormente exposto: nos bens jurídicos próprios da União ou interesses já sujeitos a preempção, dado que a responsabilidade pela tutela desse interesse se encontra mais propriamente entregue à União, deve ser esta a definir em concreto (princípio de protecção de bens jurídicos) o que se pretende defender com a incriminação europeia, sendo que nesse caso de definição mais concreta não deverão os EM alterar esse bem jurídico supranacionalmente determinado: já que não poderão agir de modo autónomo na sua protecção (pelo menos sem mandato para tal da UE), também não poderão alterar o objectivo definido pela legislação penal europeia¹⁶⁶⁹ e dirigi-la à protecção de outros interesses para os quais não foi especificamente pensada. Já nos interesses comuns não totalmente harmonizados esse impedimento não existe: os EM serão livres para perseguir a tutela penal desses interesses, pelo menos na medida em que não interfiram com outros objectivos da UE; desse modo, e ao fazer-se uso do *harm principle* em sede europeia, basta que na esfera supranacional se conclua que uma determinada conduta comporta danos para os cidadãos da União que se pretendem prevenir, e nesse sentido é necessária a criminalização da mesma através de um nível de sancionamento minimamente comum para os EM. A definição *em concreto* do interesse ou bem jurídico afectado por essa conduta releva apenas numa dimensão estadual (o que farão no uso da sua margem de discricionariedade), o que permitirá integrar a política criminal europeia no ordenamento jurídico interno de um modo mais coerente e menos disruptivo – para a UE basta que a conduta descrita seja criminalizada.

Esta divergência de responsabilidade pela determinação do concreto interesse a proteger através da incriminação justifica-se não só pelos motivos agora mencionados, mas também porque: em relação aos *bens jurídicos próprios*, isso auxiliaria na concretização de um sistema penal europeu verdadeiramente independente dos nacionais – isso seria relevante na medida em que as opções de política criminal europeia deixariam de intervir (naturalmente em relação a estes interesses em específico) de forma tão notória e complexa na coerência interna dos ordenamentos jurídicos nacionais. Em relação aos *bens jurídicos fruto de políticas já totalmente harmonizadas* e por isso fora da disponibilidade estadual, isso serviria para

¹⁶⁶⁹ Isso não será tão problemático como poderá à primeira vista parecer (p. ex. o Tribunal Constitucional alemão reforça a imperatividade da maioria da competência penal permanecer na esfera dos Estados – v. sobre a sua opinião BEYER-KATZENBERGER, Malte, “Judgment of the *Bundesverfassungsgericht*...”, pág. 629 e 630, e BECK, Gunnar, “The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: A Conflict between Right and Right in Which There is No *Praetor*”, in *European Law Journal*, Vol. 17, No. 4, July 2011). Nestas matérias, a discricionariedade dos Estados encontra-se verdadeiramente limitada, pelo que na prática não releva sobremaneira que o interesse a tutelar seja definido também no plano europeu: é, alias, o local certo para o definir, já que será a União a determinar a totalidade (na eventualidade de poder legislar através de Regulamentos), ou maioria do seu regime de protecção. Para além disso, os interesses que cabem nesta lista dão origem ainda a normas maioritariamente técnicas, pelo que será improvável – desde que cumprindo com outros princípios penais – que a União choque com especificidades culturais dos EM nestes domínios e interfira assim de forma intolerável com a sua coerência interna. Ao estabelecer-se um ordenamento jurídico-penal independente do dos EM, isso permitiria ainda que as infracções e as sanções europeias fossem ponderadas umas em relação às outras, aumentando a coerência da UE em relação à sua própria escala valorativa e bem assim, em relação à sua dimensão constitucional, o que por seu turno nos possibilitaria divisar que valores são mais importantes para a UE através da resposta a como são sancionadas as condutas lesivas desses valores e interesses.

conceder uma tutela mais unitária aos interesses cujo desenvolvimento e protecção foram entregues à União pelos Estados. Em relação aos *interesses comuns*, salvaguardar-se-ia, nos EM, a discricionariedade nas matérias comuns penalmente relevantes ao manter a possibilidade de serem estes a determinar o que se pretende tutelar com a incriminação de origem europeia: os Estados que adoptem o princípio de protecção de bens jurídicos definem o bem em causa (o que influencia questões como a tutela antecipada, melhor adequação do nível de sancionamento da conduta, etc.), até porque o entendimento que se tenha do que constitui bem jurídico poderá variar mesmo entre estes Estados; os EM que optem pelo *harm principle* seriam livres de o manter e escalonar também a sanção pelos danos causados por esse comportamento quando em comparação com outros danos já existentes internamente; e aos EM que utilizam o conceito de ordem pública também não sobreviria nenhuma problemática adicional, uma vez que, dado que são interesses comuns, se é susceptível de afectar a ordem pública europeia também o será na sua dimensão interna – deste modo, nenhum Estado é forçado a adoptar um princípio que não pretende numa área em que ainda possui liberdade legislativa.

6.6 Consideração de outros princípios fundamentais (“Terceira Fase”)

A terceira e última fase do processo de criminalização europeu deverá confrontar o interesse em causa e modo de intervenção legislativa penal pretendido com o conteúdo próprio de outros princípios que devem ser tidos em conta quando se ponderam novas incriminações – esses princípios serão, p. ex., todos aqueles analisados *supra* já existentes no ordenamento europeu.

Neste sentido, é imperativo para a legitimidade de uma incriminação que, para além de um legítimo interesse subjacente, aquela seja necessária (necessidade penal e e necessidade a nível europeu¹⁶⁷⁰), proporcional, não discriminatória, que seja eficaz¹⁶⁷¹ e respeite os direitos

¹⁶⁷⁰ A ponderação do princípio da subsidiariedade e *ultima ratio* é indispensável para que se conservem os “progressos que têm sido obtidos na ordem interna com o movimento de descriminalização” – CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação...”, pág. 531. Uma ponderação cuidada destes princípios mostra-se ainda mais necessária por não se prever nenhuma possibilidade legal para que o legislador penal europeu reveja as suas opções de política criminal – este aspecto pode não ser demasiado relevante no momento actual, porque de facto o DPE existente é ainda de algum modo escasso e as problemáticas que esse apresenta são mais apropriadamente corrigidas através de alteração legislativa do que propriamente pela descriminalização total; no entanto, à medida que a UE adopta mais Direito Penal, será cada vez mais premente que possa de igual modo repensar essas escolhas e optar pelo movimento inverso à pura acumulação de incriminações.

¹⁶⁷¹ A eficácia da lei penal é, como visto, um tema controverso na União Europeia, mas existem motivos relacionados com esta que podem ser legitimamente invocados: p. ex. quando é largamente ineficaz a acção individual dos Estados na prevenção de um determinado comportamento devido à sua dimensão transnacional, ou (aqui com maior cautela e implicando outras considerações, como a probabilidade da suficiência de sanções administrativas) quando em causa se encontra o funcionamento do mercado interno – v. CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EULaw*, pág. 946. A legitimidade conferida pelo argumento da eficácia do DP na repressão de uma conduta também dependerá em larga medida do próprio conceito de eficácia que se adopta: pretender que este seja eficaz na repressão total de uma conduta indesejada, assim como pretender que só se criminalizem comportamentos que sejam *igualmente* indesejados em todos os EM é uma impossibilidade, pelo que nenhuma concepção assim extrema deverá ser adoptada, optando-se ao invés por encontrar um equilíbrio aceitável em cada caso através da ponderação de outros motivos

fundamentais e tradições jurídicas dos EM, e ainda os mandatos do princípio da legalidade¹⁶⁷². Mesmo quando nenhum destes princípios se dirija primariamente à legitimidade do conteúdo valorativo ínsito à penalização dessa conduta, são essenciais, cada um deles, na determinação de outros aspectos fundamentais da questão criminológica, pelo que devem ser neste momento ponderados pelo legislador europeu; só após se verificar que todos eles são respeitados se poderá efectivamente proceder à criminalização pretendida¹⁶⁷³.

6.7 Outras funções do Direito Penal Europeu

Existem, lateralmente, outros objectivos (para além da tutela de interesses penalmente relevantes) que podem ser cumpridos pela adopção de normas penais europeias; esses objectivos *não são*, no entanto, *suficientes* para que justifiquem essa adopção sem que se encontre subjacente um interesse jurídico-penal digno.

Em primeiro lugar, a harmonização penal no espaço europeu pretende evitar uma grande discrepância de resposta punitiva em relação a factos idênticos quando apenas varia o Estado-membro em que se cometeu o delito (em relação a bens jurídicos supranacionais ou dimensão transnacional da conduta em causa), algo que verdadeiramente não faz sentido num espaço jurídico comum, especialmente se se der o caso de existirem conflitos de jurisdição positivos. Por outro lado, uma resposta penal harmonizada contribui ainda para a previsibilidade da lei penal do ponto de vista do cidadão europeu, o que também é relevante num espaço caracterizado pela livre circulação de pessoas (mais uma vez, isso será válido para as infracções que adquiram relevância transnacional, uma vez que as puramente domésticas estão sujeitas apenas às regras internas), para além de concorrer para a simplificação do reconhecimento mútuo de decisões judiciais¹⁶⁷⁴, já que quanto mais semelhanças dois ordenamentos jurídicos apresentarem, maior será o grau de confiança entre ambos.

A concretização de Direito Penal Europeu tem ainda uma importante função simbólica, que existe também no âmbito interno e integra o DP enquanto matéria normativa

igualmente legítimos que interfiram na questão da criminalização – v. KLIP, André, “European Criminal Policy”, pág. 6; e DUFF, R. A., “Towards a Theory...”, pág. 15.

¹⁶⁷² Neste devem-se ter em conta as especificidades já referidas do DPE: nas Directivas os requisitos impostos por este princípio terão uma muito menor importância do que assumem depois (no momento da transposição legislativa) no ordenamento interno. Se eventualmente a União legislar através de Regulamentos, e na medida em que estes são directamente aplicáveis, devem respeitar todos os corolários do princípio da legalidade do mesmo modo que é agora exigido à lei penal nacional, já que irão efectivamente assemelhar-se a esta – assim também ROMEO MALANDA, Sergio, “Un nuevo modelo...”, pág. 384.

¹⁶⁷³ Existem ainda outros princípios mencionados na doutrina cujo cumprimento por parte do legislador penal europeu se afirma ser imperativo, como o princípio da culpa, de ressocialização, tutela da dignidade humana, presunção de inocência, inviolabilidade dos direitos de defesa, obrigatoriedade da acção penal, etc. – SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, pág. 83 / 84; MIR PUIG, Santiago, “El sistema del Derecho Penal...”, pág. 30; MOCCIA, Sergio, “La politica criminale del *Corpus Juris*...”, pág. 391 e 392. Estes princípios, apesar de evidentemente relevantes, não se dirigem tecnicamente à necessidade da incriminação, motivo pelo qual não foram mencionados ou estudados; no entanto, admite-se que o legislador europeu terá que se confrontar também com estes, na medida em que revelam escolhas suas fundamentais – simplesmente não em relação à questão de saber se uma determinada conduta deve ou não ser submetida a sanções penais.

¹⁶⁷⁴ Funções da harmonização mencionadas em ROMEO MALANDA, Sergio, “Un nuevo modelo...”, pág. 361 e 362.

dirigida ao *sancionamento* de condutas indesejáveis, mas não pode nem deve constituir o principal motivo pelo qual se adoptam normas penais¹⁶⁷⁵. Esta função simbólica potencia (ou pretende-se que potencie), no plano da UE, a formação de um sentimento de identidade comum, própria do espaço europeu e distinta (mas complementar) da identidade nacional; essa identidade vai-se definindo através da afirmação de determinados valores (protegidos pelas normas penais) e rejeição de outros (sancionados por essas mesmas normas)¹⁶⁷⁶.

6.8 Normas penais europeias a que não subjaz um interesse fundamental discernível

À semelhança do que foi avaliado para as normas penais internas, devemos questionar-nos também acerca das consequências previsíveis para as normas penais europeias cujo interesse a tutelar seja inexistente – ou seja, normas que não cumpram com a função atribuída ao DPE e que sejam, por isso, ilegítimas à luz daquela. A questão coloca-se ainda nos mesmos termos em que a problemática surge para ambos os princípios cuja utilização foi sugerida: se a norma incriminadora europeia não pretender tutelar nenhum bem jurídico deve ser considerada inválida? No mesmo sentido, se a norma penal incriminadora europeia assumir características paternalistas, ou não se focar num dano ou prejuízo considerado válido à luz do *harm principle*, deve esta ser igualmente inválida?

Esta questão assume ainda maior relevância no sistema penal europeu, já que devido às suas especificidades e limitações, tanto o legislador europeu como nacional se encontram na prática impedidos de reconsiderar as suas opções penais: o legislador europeu porque não se prevê uma competência para descriminalizar, apenas para estabelecer regras mínimas relativas a infracções e sanções; o legislador nacional porque, devido ao princípio do primado, não poderá simplesmente retirar do seu ordenamento normas que existem para dar

¹⁶⁷⁵ Até porque existem alguns problemas associados a esta função: existem autores que duvidam, por um lado, que o DPE possa cumprir com essa função, dada a ausência de um verdadeiro *demos* europeu; por outro, ao salientar a função simbólica do Direito Penal retira-se relevância à sua verdadeira função (a protecção de interesses fundamentais – PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Europäisierung des Strafrechts...”, pág. 93), para além de contrariar todos os argumentos que militam a favor da utilização de critérios objectivos para justificar a necessidade de adopção de normas penais – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 42 / 58, e a Resolução do PE relativa ao DPE (2010/2310(INI)), ponto 3. A proliferação de normas penais meramente simbólicas leva ainda a uma diminuição da eficácia do Direito Penal em geral, na medida em que se torna impossível perseguir e julgar todas as condutas definidas como crime pela legislação – SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality...”, pág. 408 e 409; RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 18. Sobre a função simbólica do DPE v. ainda MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 132 e 133, 327, e 437 / 438.

¹⁶⁷⁶ A doutrina menciona exemplos de legislação penal meramente simbólica (portanto, materialmente desnecessária) já em sede europeia, como é o caso das incriminações relativas ao racismo e xenofobia (DQ 2008/913/JAI). Nestes casos é ainda importante que se considere o *tipo de Direito Penal* que se deseja para a Europa, já que a adopção de DP meramente simbólico (para além de dever ser considerado ilegítimo à luz da função do Direito Penal) pode derivar na “rotulagem” simbólica dos infractores – HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional...” pág. 272 –, e encaminhar o DPE no sentido de um “Direito Penal do inimigo”. Neste sentido será interessante confrontar a punição operada pela DQ relativamente à “apologia, negação ou banalização grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra” (als. c) e d) do nº 1 do art. 1º) com a criminalização da negação do Holocausto já existente (e também não isenta de críticas) na Alemanha – v. ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 17 e 18.

cumprimento à obrigação de transposição de Directivas europeias, substituindo-se assim ao julgamento do legislador penal da União. Mas a manutenção perpétua de delitos no circuito penal europeu que podem deixar de o ser por força da evolução social, ou que nunca o foram verdadeiramente por falta de um interesse relevante ao qual dirigir a sua protecção, também não será defensável – *quid iuris*, quando nenhuma das esferas que partilham o *ius puniendi* parece ter poder suficiente para determinar o seu não exercício (ou mais propriamente a *cessação* do seu exercício)?¹⁶⁷⁷

Uma das sugestões da doutrina passa pela utilização do mecanismo do travão de emergência para rejeitar propostas legislativas que contenham normas penais que não se dirijam à protecção de interesses fundamentais (interesses comuns)¹⁶⁷⁸, ou mesmo concluir, internamente, que não existe necessidade de se empregarem meios penais em relação a uma conduta definida no plano europeu (também para bens jurídicos próprios da União)¹⁶⁷⁹. Estas soluções não parecem muito exequíveis, na prática, por dois motivos: em primeiro lugar, a própria utilização do critério determinado pelo bem jurídico continua a ser controversa, e mesmo nos EM em que este é doutrinariamente defendido parece improvável que venha a fundamentar a decisão de um EM suspender o processo legislativo em curso devido à presença de normas penais que não respeitem o conteúdo daquele princípio (isso implicaria por consequência a qualificação do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos enquanto aspecto fundamental do sistema de justiça penal desse EM). Em segundo lugar, e em relação aos bens jurídicos próprios da UE (ou, no caso, em relação à consideração, por parte de um Estado-membro, que não existe naquela norma nenhum bem jurídico da UE merecedor de protecção penal), questiona-se mesmo a possibilidade de os EM autonomamente determinarem essa inexistência, e portanto concluírem pela *desnecessidade* de emprego do Direito Penal, uma vez que a matéria em causa não se encontra na sua esfera de disponibilidade legislativa, e por isso não poderiam determinar o incumprimento do que foi definido pela União sem com isso violarem o princípio do primado.

¹⁶⁷⁷ Criticamente, por assim se retirar o valor relativo da pena ao nível europeu, SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir»...”, pág. 779. O mais simples seria sem dúvida atribuir uma competência para descriminalizar ao legislador europeu que fosse o contraponto da sua competência para determinar novas incriminações – isso poderia não ser tão necessário quando esta competência penal era exercida no âmbito de uma partilha de poderes fundamentalmente interestatal, com pouca ou nenhuma intervenção das instâncias europeias na questão da criminalização: neste caso, a verdadeira responsabilidade era dos EM, já que todos concordavam com essa nova incriminação e poderiam depois de forma mais facilitada, eventualmente no âmbito interno, considerar que já não faria sentido criminalizar essa conduta, pois quais seriam na verdade as consequências para essa decisão, se o TJ não podia exercer qualquer controlo sobre os instrumentos do Terceiro Pilar? A divisão institucional dos poderes é agora (a partir do Tratado de Lisboa) diferente, e em relação à descriminalização tornou-se na verdade mais complicado; e sê-lo-á progressivamente, à medida que a União exercer a sua competência penal (nomeadamente anexa) e se chegar à conclusão, talvez imeditamente ou só após algum tempo, que existem na verdade crimes que não o deveriam ser.

¹⁶⁷⁸ Assim SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 308: “Die Möglichkeit, einen nicht mehr vom Rechtsgüterschutz gedeckten Einsatz des Strafrechts geltend zu machen, ist über diese Notbremse grundsätzlich denkbar”.

¹⁶⁷⁹ SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie...”, pág. 309: “Wo sich aber eine Berechtigung zum Einsatz des Strafrechts nicht aus seiner Schutzfunktion gegenüber Rechtsgüter ableiten lasse, könne auch ein Mitgliedstaat legitimerweise nicht zu dem Ergebnis kommen, dass sein Strafrecht eingesetzt werden müsse”.

Uma segunda solução poderia ainda passar pelo confronto dessa incriminação que se considera ilegítima com direitos fundamentais: ao determinar-se a sua incompatibilidade desproporcional com estes, utilizar-se-ia esse argumento para a expurgar do sistema penal¹⁶⁸⁰. O problema que se coloca, seja através da incompatibilidade com um direito fundamental, seja através do princípio da proporcionalidade, é que pode não ser fácil fundamentar a ilegitimidade da lei penal a partir desses princípios quando a questão se centra verdadeiramente na *falta* de um interesse digno dessa tutela¹⁶⁸¹. Por outro lado, e dado que isso apenas poderia ser finalmente determinado em juízo, isso levanta a questão de saber qual seria a instância jurisdicional apropriada para determinar essa incompatibilidade¹⁶⁸², e mesmo *se* essa estaria disposta a exercer esse controlo¹⁶⁸³.

Creemos que, tal como nos EM, deveria existir um controlo jurisdicional das normas penais incriminadoras, de modo a averiguar, quando levantada a questão, se realmente existe naquela um interesse digno de protecção penal. Assim, se o TJ se mostrasse disposto a fazer esse controlo da legitimidade da legislação penal europeia, a jurisdição a quem mais apropriadamente se deveria entregar essa decisão final seria realmente o TJ: este é responsável por interpretar a lei europeia e decidir sobre as questões que em relação a esta se levantam¹⁶⁸⁴. O que poderia na prática acontecer era, no âmbito do constitucionalismo existente na UE, uma certa partilha dessa competência: em matéria de bens jurídicos próprios não, dado que só a União poderia determinar a extensão de protecção destes (e da mesma forma, também a inexistência de um bem jurídico próprio ínsito à incriminação em causa, não devendo os EM

¹⁶⁸⁰ À semelhança, p. ex., do que foi sugerido pelo Tribunal Constitucional alemão acerca do controlo que poderiam exercer em relação à compatibilidade da legislação penal europeia com o princípio da culpa (§ 364, 2 BvE 2/08, vom 30. Juni 2009), mas num sentido mais alargado, de modo a abranger todos os direitos fundamentais.

¹⁶⁸¹ No mesmo sentido, NIETO MARTÍN, Adán, “*Saudade of the constitution...*”, pág. 32: “The most significant challenge in the future should be to provide autonomy to the legal interest protection principle”.

¹⁶⁸² Esta questão leva-nos de novo a toda a problemática da relação entre os Tribunais Constitucionais nacionais e o TJ, com cada uma dessas esferas a arrogar-se a competência final para julgar acerca da compatibilidade da legislação europeia com outros direitos ou princípios de natureza constitucional – v. p. ex. BECK, Gunnar, “The Lisbon Judgment...”, pág. 471 ss.

¹⁶⁸³ Em todos os EM existe uma certa relutância em avaliar jurisdicionalmente as escolhas do legislador – tirando alguns exemplos raros (como os exemplos portugueses referidos na Parte I, a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da negação do genocídio pela Espanha, e declaração de inconstitucionalidade da punição da negação do genocídio em França, por interferência com a liberdade de opinião e tarefa da ciência histórica – v. exemplos em ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico...”, pág. 18), é difícil que os juízes constitucionais se dirijam à questão da criminalização para que determinem a sua ilegitimidade por não se conseguir divisar um interesse digno da tutela penal (em alguns casos encontram-se mesmo impossibilitados de o fazer, como na França ou na Bélgica – v. nesta questão BACIGALUPO, Enrique, “Rechtsgutsbegriff und Grenzen...”, pág. 4: “Weder in Frankreich noch in Belgien, wo der Richter jeweils nicht dazu ermächtigt ist, die Legitimität eines vom Parlament erlassenen Gesetzes zu überprüfen, erkennt man der Lehre vom Rechtsgut eine das Strafrecht legitimierende Funktion zu”).

¹⁶⁸⁴ Este parece ser mesmo o modelo de justiça constitucional europeia pelo qual se vai lentamente optando, com a centralização das questões constitucionais na esfera de competência do TJ – em análise ao tema, SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale...*, pág. 453 a 460.

interferir nessa questão)¹⁶⁸⁵, mas em relação aos interesses comuns seria de esperar que se estabelecesse um certo diálogo constitucional entre os vários Tribunais para que ultimamente se chegasse a uma conclusão acerca da (i)legitimidade da norma penal europeia; isso implica, no entanto, que tanto os Tribunais nacionais quanto o Tribunal da UE estejam na disposição de efectivamente exercer esse controlo da actividade legislativa.

A existir tal controlo, e a verificar-se a inexistência de um interesse fundamental necessitado de tutela penal na norma em questão (seja um bem jurídico ou determinado através da aplicação do *harm principle*), a consequência deveria ser a mesma que se advoga para os casos em que tal se determina no plano interno: a ilegitimidade da norma penal determinaria a sua invalidade, e paralelamente a sua eliminação do ordenamento jurídico europeu¹⁶⁸⁶.

A verdade, no entanto, é que um controlo jurisdicional rigoroso acerca da legitimidade do conteúdo material da lei penal europeia não é (de momento¹⁶⁸⁷) muito provável: mesmo na esfera nacional (onde não existem tantas peculiaridades a ter em conta nem problemáticas como na UE) os juízes evitam esse controlo, com os Tribunais Constitucionais de alguns EM a determinar a inconstitucionalidade da lei penal só em escassos casos e outros recusando mesmo essa avaliação. Em sede europeia, e dado o historial do TJ¹⁶⁸⁸, que procura não se imiscuir na

¹⁶⁸⁵ Do mesmo modo, quando ou se em causa se encontrar um Regulamento penal, esse controlo estará inevitavelmente na disposição do TJ, motivo pelo qual é ainda mais premente que assumam essa responsabilidade.

¹⁶⁸⁶ À semelhança do que aconteceu no caso C-293 e 594/12 (*Digital Rights Ireland*). Embora a questão assuma aqui contornos diferentes daqueles existentes ao nível puramente nacional: se essa norma constar de uma Directiva ainda não transposta, os EM deixam naturalmente de ter a obrigação de a transpor; se já se encontrar integrada no ordenamento jurídico interno, é muito duvidoso que o julgamento do TJ implique a invalidade da norma penal interna, apesar da sua invalidade em relação ao ordenamento jurídico europeu, já que se trata nesse momento de uma disposição verdadeiramente nacional. Neste caso, a eliminação dessa norma dependerá da vontade desse EM, e apenas quando (ou se) for levantada a falta de compatibilidade dessa norma *interna* com alguma norma ou princípio europeu perante o TJ pode este determinar a inaplicabilidade da mesma, nos termos em que já a determina para outras normas existentes no ordenamento jurídico dos EM (isso não implica que não devam os juízes nacionais desaplicar essa norma, se conflitar com direitos garantidos pelo DUE ou objectivos da União, como acontece já em geral). Se, no entanto, se cogitar a possibilidade de a UE legislar penalmente através de Regulamentos, é claro que a declaração de invalidade do mesmo (ou de normas desse Regulamento) por falta de um interesse legítimo de protecção determinaria a sua expurgação tanto do ordenamento jurídico da União quanto dos EM, dado que se trata de legislação directamente aplicável, sem intermediação de qualquer acto nacional.

¹⁶⁸⁷ “[...] in view of the jurisprudence of the Constitutional Courts and the European Courts, they have not served to constitute an effective limit for the legislator” – NIETO MARTÍN, Adán, “*Saudade of the constitution...*”, pág. 28.

¹⁶⁸⁸ V. em ÖBERG, Jacob, “Do we really need Criminal Sanctions...”, pág. 380 ss; ÖBERG, Jacob, “Union Regulatory Criminal Law...”, pág. 294 ss. Não obstante este não se coibir de controlar as escolhas normativas (penais) dos EM, determinando a sua incompatibilidade com o DUE sempre que se mostrem desproporcionais ao objectivo pretendido ou constituam obstáculos ao funcionamento do mercado interno, hesita em controlar de forma consistente as opções legislativas europeias, revelando uma atitude mais deferencial para com as opções do legislador europeu – v. também MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy...*, pág. 118 / 119; em comparação com a experiência federal americana, MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo...*, pág. 281. Essa relutância encontramos também p. ex. em relação ao controlo do respeito pelo princípio da subsidiariedade, devido ao carácter iminentemente político das escolhas em causa (conforme já referido na exposição desse princípio). Há mesmo quem critique a assunção dessa tarefa por parte dos Tribunais Constitucionais, alegando que estes não se encontram legitimados para o efeito – assim a opinião de STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, in HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Orttiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona,

tarefa própria do legislador, também não parece crível que se venha a controlar *rigidamente* a legitimidade material do DPE, embora cada vez mais se necessite de um Direito Penal crítico (também europeu, *indispensavelmente* europeu, já que os legisladores internos não podem descriminalizar autonomamente algo definido na esfera supranacional) para que não se sucumba a impulsos legislativos baseados em acontecimentos momentâneos, crenças ingénuas no poder do Direito Penal, moralidades sociais ou exigências populistas.

No futuro, no entanto, tendo em conta o activismo judicial que sempre demonstrou – por vezes acolhendo mesmo soluções que só dificilmente se compaginariam com o permitido pelos Tratados –, e à medida que surgem mais disposições penais, e que o TJ assume mais tarefas de teor verdadeiramente constitucional¹⁶⁸⁹, talvez seja legítimo esperarmos que seja este Tribunal o precursor de um poder de descriminalização europeu, ao interferir com a escolha legislativa penal por considerar que aquela em particular não demonstra cumprir com função alguma legítima no plano europeu, curando assim de manter o ordenamento penal europeu em sintonia com a sociedade que pretende regular, e prevenindo o acumular de infracções penais que se venham a revelar (ou que desde sempre tenham sido) desnecessárias.

Marcial Pons, 2007, pág. 123/124. Numa posição diametralmente oposta, a maioria da doutrina reconhece que os Tribunais Constitucionais poderão legitimamente actuar como “legislador penal negativo”, quando determinam a inconstitucionalidade de uma norma de incriminação – CUERDA RIEZU, Antonio, “Ostentan *Ius Puniendi* las Comunidades Europeas?”, pág. 624 e 625.

¹⁶⁸⁹ Pense-se p. ex. no controlo que passou a exercer sobre a defesa dos direitos fundamentais, mesmo em detrimento do princípio do reconhecimento mútuo, principalmente desde a decisão no caso C-404 e 659/15 PPU (*Aranyosi e Căldăraru*).

Parte III

Aplicação do quadro teórico – a função do
Direito Penal Europeu e o contrabando de
migrantes

Introdução

A terceira parte desta dissertação destina-se a verificar a utilidade do critério proposto no final do título anterior. Neste sentido, foi escolhida uma incriminação problemática e que tem suscitado controvérsia na doutrina – a criminalização do contrabando de migrantes – para se submeter as condutas aí descritas ao critério de legitimidade material da lei penal europeia anteriormente delineado.

Inicialmente é necessário compreender o fenómeno, o que implica não só uma análise das condutas de um ponto de vista fáctico – a descrição empírica dessas condutas –, como também de um ponto de vista legal, ou seja, o tratamento de que esses comportamentos são alvo quando assumem relevância legal (mormente penal). Esta segunda perspectiva, dada a incriminação em causa, será igualmente bipartida: por um lado, a posição adoptada no âmbito internacional, e por outro a resposta especificamente europeia (leia-se, da UE e dos Estados-Membros).

O que se pretende testar é a aptidão dos critérios propostos para desenhar a incriminação do contrabando de migrantes no Direito Europeu, justificando positivamente a criminalização de certas condutas e impedindo, correlativamente, a criminalização de condutas sem qualquer relevância penal, conducente a um alastramento desmedido do ordenamento penal europeu (e nacional), que prioriza uma função securitária em detrimento da sua função protectora, e afecta desproporcionalmente os direitos e liberdades dos cidadãos europeus.

1. Contrabando de migrantes¹⁶⁹⁰ – um estudo a partir da função do Direito Penal Europeu

A migração enquanto fenómeno global não é algo recente: desde sempre houve necessidade de procurar oportunidades diferentes noutras locais do mundo, por vários motivos¹⁶⁹¹. É no entanto só com a criação do Estado-nação, com fronteiras fixas e o correspondente exercício de soberania dentro dessas fronteiras, que surge o fenómeno do contrabando de migrantes: com o policiamento das fronteiras e a aplicação da lei interna sobre quem podia legitimamente atravessá-las, simultaneamente cria-se a necessidade paralela de aceder às oportunidades representadas por aquele território sem respeitar os requisitos por ele exigidos para entrada¹⁶⁹². É, portanto, a *formalização* (da entrada) que gera posteriormente a irregularidade da presença de certas pessoas num dado território¹⁶⁹³; e dada a virtual inexistência de espaços não reclamados na superfície terrestre, hoje o movimento humano é mais fiscalizado do que nunca¹⁶⁹⁴.

Historicamente existem vários exemplos de acontecimentos que geraram distintos movimentos de contrabando de migrantes: nos EUA, por exemplo, a proibição da escravatura logo após a guerra civil deu origem a contrabando de pessoas¹⁶⁹⁵, assim como a proibição imposta a certos imigrantes (nacionais chineses). Na II Guerra Mundial são vários os actos de contrabando de migrantes, perpetrados de modo a salvar as pessoas alvo das políticas nazis ou, posteriormente, a permitir que viessem da República Democrata Alemã para a República Federal da Alemanha; na Espanha, França, no leste da Europa, em fuga de conflitos armados

¹⁶⁹⁰ Apesar de se reconhecer que é geral e oficialmente traduzido para “tráfico de migrantes” do original inglês “smuggling of migrants”, optou-se aqui por se utilizar a expressão “contrabando”, por dois motivos: desde logo porque é importante distinguir entre tráfico de seres humanos (*human trafficking*) e contrabando de migrantes (*smuggling*), o que se tornaria mais complexo de compreender se a mesma palavra – no caso, tráfico – se referisse a dois fenómenos e regimes jurídicos bastante distintos, para além de, se se encontrar em causa realmente uma situação de *tráfico*, não se dever distinguir entre *seres humanos* e *migrantes* (pois estes são de facto seres humanos). Por outro lado, e como veremos depois ao longo do estudo, no contrabando de migrantes existe uma certa objectificação do migrante, que é visto, numa determinada acepção, como o objecto do crime: assim, a utilização de “contrabando” pretende ilustrar a componente económica que deverá estar associada a esta conduta.

¹⁶⁹¹ Como se refere em International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence*, Geneva, 2010, pág. v, “For most of human history, when population density rose or land became scarce or exhausted or communities felt insecure, people moved...”.

¹⁶⁹² Devido à desproporção verificada entre intenções de migração e as possibilidades existentes para que o façam de forma legal – LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight into Europe’s Criminalisation of Human Smuggling”, in Swedish Institute for European Policy Studies, January 2016, pág. 2

¹⁶⁹³ “People smuggling has its roots in the border control measures of our countries, inasmuch as alcohol smuggling stemmed out of the prohibition policies.” – CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling: Migration Containment over Refugee Protection”, in SELM, Joanne van; KAMANGA, Khoti; MORRISON, John (etc.), *The Refugee Convention at Fifty. A View from Forced Migration Studies*, Lanham, Lexington Books, 2003, pág. 181.

¹⁶⁹⁴ International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. v.

¹⁶⁹⁵ LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 2. Ainda que se encontre referido como contrabando, esta situação aproximar-se-ia mais, hoje, daquela tipicamente reconhecida como tráfico de seres humanos.

ao longo da história¹⁶⁹⁶. Mais recentemente, no Mediterrâneo, com a introdução dos vistos para migrantes provenientes do Magrebe (por parte da Espanha e Itália), gerou-se também um ambiente propício para o fenómeno do contrabando de migrantes que não tinham acesso a esses vistos, o que até então (1991) não se verificava¹⁶⁹⁷.

A questão do contrabando de migrantes é bastante plástica, no sentido em que pode ser utilizada para justificar posições antagónicas, dependendo do ponto de vista que se lhe quer imprimir. As dicotomias geradas são principalmente três: em relação ao *fenómeno*, deve distinguir-se o contrabando de migrantes do tráfico de seres humanos, tarefa que teoricamente não se reveste de grande dificuldade, mas cuja execução prática pode ser problemática. Em relação aos *interesses* tutelados, a questão pode ser tratada do ponto de vista da protecção do Estado ou da protecção dos direitos dos migrantes; e em relação à *resposta*, pode advogar-se a criminalização do fenómeno sem mais, ou insistir na maior eficácia de outros vectores de acção.

Todas estas questões serão tratadas no local devido, ficando aqui por agora apenas a sua menção para que seja posteriormente facilitada a identificação dos problemas.

1.1 O fenómeno da migração e alguns conceitos associados

As causas das migrações (e por conseguinte da migração irregular) são variadas: desde longas crises políticas, guerras civis e respectivas atrocidades, pobreza, alterações climáticas ou simplesmente a existência de melhores oportunidades num outro local. Estas causas podem ser divididas naquilo que a doutrina denomina *factores de impulso* ou de *atração*¹⁶⁹⁸ – os primeiros incluem as causas que levam à decisão do migrante de sair do país de origem¹⁶⁹⁹ (p. ex. guerra civil, perseguição, falta de oportunidades económicas), e os segundos respeitam àqueles factores que influenciam a escolha por um determinado país de destino (p. ex. condições de acolhimento ou integração, existência de amplas oportunidades económicas, etc.).

Especificamente quanto à UE, após o início da Primavera Árabe e subsequentes conflitos e falta de governos centrais, o clima de guerra generalizado, aliado ao facto de não existir qualquer controlo de migração no país de origem (uma vez que os acordos bilaterais com os países de destino deixaram de estar em vigor) fez com que o controlo tenha passado a

¹⁶⁹⁶ CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 181.

¹⁶⁹⁷ LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 1.

¹⁶⁹⁸ Do original “push and pull factors” – conforme definido em MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling: Analysis of the Distinction through the Lens of the “European Migration Crisis” and of the Italian Policy Response*, Master of Laws in International Criminal Justice with Human Rights, University of Kent, 2016, pág. 11.

¹⁶⁹⁹ A expressão “país de origem” será utilizada no contexto deste estudo para designar o ponto de partida do migrante, que pode não coincidir com o país da sua nacionalidade; assim como “país de destino” será utilizado para descrever o destino último do migrante, e não as paragens que poderá efectuar ao longo do seu percurso por vários países.

ser feito quase integralmente pelos países europeus¹⁷⁰⁰. Os factores de impulso são geralmente determinados¹⁷⁰¹ por conflitos armados (Nigéria, Síria, Líbia, Egipto), falta de oportunidades económicas para subsistência (Nigéria, após o confisco de terras sem compensação para exploração petrolífera por parte de empresas internacionais; Marrocos e Tunísia, após pescadores – agora contrabandistas de pessoas – terem perdido o seu trabalho devido a legislação da UE e os seus governos terem vendido as suas quotas de pesca à Espanha e Itália¹⁷⁰²), terrorismo (Boko Haram, ISIS), situações de direitos humanos precárias ou regimes totalitários (Argélia, Líbia, Egipto...). Os países de destino mais procurados por estes migrantes foram a Alemanha, Hungria, Suécia, Áustria, Itália e França¹⁷⁰³, e os factores de atracção são normalmente ideais de prosperidade ou situações de acolhimento bastante favoráveis (Suécia, Alemanha), o que não é de todo a situação padrão em todos esses países europeus (em Itália usa-se a detenção dos migrantes irregulares como medida normal para quem não tem direito a protecção internacional, quando deveria ser excepção; e na França optou-se por uma política de fronteiras mais fechada¹⁷⁰⁴).

Numa aproximação mais concreta ao âmbito deste estudo, tanto temporal como geograficamente, a situação actual de crise na UE em relação à migração e aos refugiados tem sido descrita como “a mais severa [...] desde a II Guerra Mundial”¹⁷⁰⁵, tendo atingido o seu pico em 2015 com a contabilização da entrada de mais de 1 milhão de migrantes irregulares. A questão da contabilização dos migrantes em situação irregular no território europeu tem sido bastante criticada por parte da doutrina, que identifica uma exacerbação (ou contagem incorrecta) dos números apresentados para que assim se justifiquem medidas mais repressivas, ou mais medidas repressivas¹⁷⁰⁶. Os problemas identificados com os números apresentados pelos estudos financiados pela União Europeia são três¹⁷⁰⁷: o aparente tratamento da

¹⁷⁰⁰ As principais rotas de entrada na União determinam os EM que mais sofreram as consequências da crise migratória: a Rota do Mediterrâneo Este leva à entrada pela Grécia, Bulgária e países de leste; a Rota do Mediterrâneo Oeste leva à Espanha e França; e a Rota do Mediterrâneo Central atinge primariamente a Itália e Malta. Estas rotas referem-se ao fluxo de migrantes entre o norte de África e o sul da Europa. Outras rotas, com origem no sul de África (Rota Africana Este e Oeste) podem interceptar-se eventualmente com as primeiras, caso o destino seja a UE – MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 10 e 15. Para uma perspectiva global, e não só europeia, v. ainda os artigos compilados em SANCHEZ, Gabriella, and ACHILLI, Luigi (Eds.), *Critical Insights on Irregular Migration Facilitation: Global Perspectives*, European University Institute, 2019.

¹⁷⁰¹ MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 17 ss.

¹⁷⁰² LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 1.

¹⁷⁰³ Em 2015, de acordo com a Eurostat – MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 21.

¹⁷⁰⁴ MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 23 ss.

¹⁷⁰⁵ RUETE, Matthias, “Foreword”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. i.

¹⁷⁰⁶ CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Addressing Irregular Migration, Facilitation and Human Trafficking: The EU’s Approach”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 2.

¹⁷⁰⁷ Em CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Addressing Irregular Migration...”, pág. 3.

irregularidade da situação da pessoa como uma categoria existencial, empiricamente verificável e imutável; a desconsideração da fluidez do movimento humano e da eventual saída do território europeu daquelas pessoas que entraram irregularmente¹⁷⁰⁸ (ou seja, a UE é permanentemente vista como o “país” de destino nessas estimativas, quando pode em vários casos ser apenas um território de trânsito, o que significa que os números apresentados para a percentagem de população composta por migrantes irregulares podem ser inflacionados); e os dados fornecidos pelas autoridades responsáveis pelas fronteiras e imigração são muitas vezes considerados incorrectos pelos autores desses estudos.

Na verdade, a situação irregular de um migrante é fluida, no sentido em que pode entrar ou sair da mesma facilmente, já que essa irregularidade é definida apenas em relação às leis internas de um país, que estabelece os requisitos da legitimidade de permanência no seu território. Por seu turno, essa irregularidade só existe em função do tratamento conferido pelas autoridades responsáveis pela sua definição em cada Estado, pelo que se não a reportarem como tal, ela de facto não existirá¹⁷⁰⁹ (isto para além de, tirando circunstâncias óbvias, poder não ser fácil distinguir quem se encontra em situação irregular¹⁷¹⁰, fazendo com que mesmo que a situação seja objectivamente irregular, se não for reportada enquanto tal a entrada será para todos os efeitos regular).

Importa, neste momento, fazer algumas distinções entre conceitos próximos pertinentes para o tema em análise.

Em primeiro, a *migração*. O acto de migrar implica a deslocação de uma pessoa de um território onde se encontrava para outro; essa deslocação pode ser nacional ou internacional, temporária ou definitiva, mas não tem um carácter intrinsecamente regular ou irregular. Os migrantes são definidos de variadas formas no plano internacional¹⁷¹¹, podendo a expressão designar pessoas que se encontram fora do território do Estado das quais são nacionais ou cidadãos; pessoas que não possuem os direitos normalmente concedidos pelo Estado de acolhimento aos refugiados, residentes permanentes ou semelhantes; pessoas que não gozam de protecção internacional dos seus direitos fundamentais em virtude de acordos diplomáticos,

¹⁷⁰⁸ Incluímos aqui a situação descrita em LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 1, de existir um risco de “dupla contabilização” nas estatísticas apresentadas, pois muitas vezes os migrantes irregulares entram num EM, saem das suas fronteiras e reentram na UE por um outro EM, sendo contabilizada a sua entrada duas vezes – o que faz com que a possibilidade de exagero nos números apresentados seja maior. Também CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Addressing Irregular Migration...”, pág. 5 referem essa possibilidade em relação aos refugiados, que são duplamente contabilizados: aquando da sua entrada e do seu pedido de asilo.

¹⁷⁰⁹ O exemplo apresentado em CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Addressing Irregular Migration...”, pág. 3 parece-nos ilustrar bem essa situação: se um migrante em posse de um visto legal deixar expirar o prazo para a sua renovação por alguns dias e de seguida o for renovar, a sua situação só adquire as consequências negativas de irregularidade se for enquanto tal tratada pelas pessoas responsáveis pelos serviços de renovação do visto.

¹⁷¹⁰ Em referência à circunstância de os agentes das fronteiras da UE terem aproximadamente 12 segundos por pessoa para determinar a sua entrada regular ou irregular no território da União – Frontex, *Twelve Seconds to Decide. In search of excellence: Frontex and the principle of best practice*.

¹⁷¹¹ Definições em International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 15.

vistos particulares ou outros acordos; pessoas que vivem temporária ou permanentemente num Estado no qual não nasceram, mas no qual adquiriram laços sociais relevantes; e pessoas que se deslocaram de um local para outro para viver ou trabalhar, de modo temporário ou permanente.

Já por *migração irregular* entende-se a entrada ou permanência num determinado Estado sem autorização ou em violação das condições por ele estabelecidas¹⁷¹². Aqui é importante distinguir entre os dois momentos mencionados – de entrada e permanência –, uma vez que não se encontram necessariamente interligados (um migrante pode entrar no país de forma irregular e depois regularizar a sua situação, ou pode entrar de modo regular e em virtude de regras internas ficar posteriormente irregular).

A irregularidade¹⁷¹³ do migrante pode ainda advir de vários factores: em primeiro, a entrada do migrante no território do Estado em causa é feita de modo irregular, seja porque entrou clandestinamente, porque não possui documentos, ou porque os documentos que apresenta são fraudulentos. Pode ainda acontecer que a entrada do migrante no Estado seja regular, mas subseqüentemente não abandona o território ao perder o direito de permanecer naquele (porque deixou algum prazo passar, ou porque alguma situação fez com que o Estado retirasse a autorização de permanência que havia concedido); finalmente, pode resultar do abuso do sistema de asilo.

O terceiro conceito relacionado com esta questão é o de *refugiados*. Os refugiados (e requerentes de asilo) são aquelas pessoas que se encontram fora do país correspondente à sua nacionalidade devido ao medo de perseguição por motivos de religião, política, raça, pertença a minorias étnicas, etc¹⁷¹⁴. Não existe uma sobreposição entre os conceitos de refugiado e migrante irregular, embora alguns pontos de conexão possam ser encontrados: desde logo, um refugiado pode entrar de forma irregular no território de um país, passando a estar regular assim que faz o pedido de asilo e este é concedido (a situação da sua entrada irregular não deve ter influência na consideração do seu pedido¹⁷¹⁵, até porque, não existindo um visto humanitário¹⁷¹⁶, muitas vezes essa é a única forma pela qual conseguem alcançar um Estado onde pedir protecção). Depois, mesmo que entre de forma regular (ou não), o requerente de asilo poderá posteriormente entrar em irregularidade (de novo) se o seu pedido for rejeitado e não abandonar o território onde se encontra.

¹⁷¹² LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 2.

¹⁷¹³ O termo “migrante ilegal” já não se utiliza, uma vez que uma pessoa, ao contrário de uma acção, não pode ser legal ou ilegal; e depois porque a utilização desse termo leva a uma identificação com o Direito Penal, o que não é o caso na maior parte dos países – International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 16.

¹⁷¹⁴ International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 15, nota 21.

¹⁷¹⁵ LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 2.

¹⁷¹⁶ Para um estudo sobre os visos humanitários e as suas potenciais vantagens para a Europa, v. BALLEGOIJ, Wouter van, and NAVARRA, Cecilia, *Humanitarian Visas: European Added Value Assessment accompanying the European Parliament’s legislative own-initiative report (Rapporteur: Juan Fernando López Aguilar)*, European Parliamentary Research Service, October 2018.

Os últimos dois conceitos que serão referidos – o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes – são os mais próximos entre si. O Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças (Protocolo sobre Tráfico) e o Protocolo adicional contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea (Protocolo sobre Contrabando), os denominados “Protocolos de Palermo”, são a fonte normalmente utilizada para se tentar definir o tráfico e contrabando de pessoas. Assim, diz a al. a) do art. 3º do Protocolo sobre Tráfico¹⁷¹⁷ que por tráfico de pessoas se deve entender, entre outras, a deslocação ou acolhimento de pessoas com recurso a coacção ou engano, para fins de exploração (segue-se ainda um elenco exemplificativo desses fins).

Este fenómeno irá diferir da definição típica do contrabando de migrantes em cinco aspectos¹⁷¹⁸: no *consentimento* – a vítima de tráfico nunca expressa o seu consentimento, ou se o faz numa fase inicial este é invalidado pelo uso de coacção, fraude, abuso e exploração; na *intenção* – a intenção do traficante é sempre a de exploração da vítima no destino final; o *estatuto* – a pessoa traficada, que tem efectivamente a sua liberdade retirada pelo traficante, é sempre a vítima do crime; a *transnacionalidade* – o tráfico de pessoas não implica sempre um elemento transnacional: basta que a vítima seja transportada ou mantida num outro local, podendo ainda assim encontrar-se na mesma região ou país; e no *lucro* – a vantagem obtida pelo traficante advém sempre da exploração da vítima, independentemente do fim para o qual é traficada.

Por sua vez, o Protocolo sobre Contrabando, na al. a) do art. 3º afirma: “Por «introdução clandestina de migrantes» entende-se o facilitar da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um benefício financeiro ou outro benefício material”.

Uma vez que este será o objecto do presente estudo e será, portanto, dissecado em todos os seus aspectos, por agora limitar-nos-emos a distingui-lo do tráfico de pessoas a partir dos cinco factores acima referidos¹⁷¹⁹. Quanto ao *consentimento*, ao contrário do que acontece no tráfico, o migrante dá o seu consentimento a quem o transporta e introduz no território de outro Estado obviando o cumprimento das leis deste. Uma situação de contrabando pode facilmente tornar-se numa de tráfico (invalidando por isso esse consentimento inicial) quando o contrabandista utiliza posteriormente coacção ou explora o migrante para através deste obter

¹⁷¹⁷ Transcrição da norma: “por «tráfico de pessoas» entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coacção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos”.

¹⁷¹⁸ Human Rights First, “Human Trafficking and Migrant Smuggling: How They Differ”, Fact Sheet: June 2014; e OLU-IBUKUN, Yewande, “The Distinction between Human Trafficking and the Smuggling of Migrants”, pág. 3/4.

¹⁷¹⁹ Human Rights First, “Human Trafficking and Migrant Smuggling: How They Differ”, Fact Sheet: June 2014; e OLU-IBUKUN, Yewande, “The Distinction between Human Trafficking and the Smuggling of Migrants”, pág. 3/4.

lucro. A *intenção* também difere, na medida em que a intenção do contrabandista é transportar o migrante até ao país de destino (ou facilitar a sua introdução nesse território) evitando as leis de imigração do mesmo. Os riscos que essa viagem implica são voluntariamente assumidos pelo migrante. Quanto ao *estatuto*, no Protocolo ao migrante não é concedido o estatuto de vítima, uma vez que (pelo menos idealmente) compra um serviço que deseja. É por isso que é muitas vezes visto como o objecto deste crime, e o Estado a vítima. Relativamente ao elemento de *transnacionalidade*, o contrabando de pessoas implica sempre atravessar a fronteira de um Estado sem a devida autorização deste; e finalmente em relação ao *lucro* – a vantagem financeira aqui advém de uma taxa de transporte, uma quantia prévia e / ou posteriormente paga pelo migrante. Idealmente, a relação entre contrabandista e migrante acaba assim que este chega ao destino.

2. O processo do contrabando e as várias perspectivas nele existentes

Como pudemos ver pelas definições acima efectuadas, a diferença entre o tráfico e o contrabando de pessoas, apesar de teoricamente aparentar ser clara, na prática não se presta a uma distinção fácil; e as opiniões das entidades que normalmente intervêm na questão tendem a considerar o processo migratório ou no *ponto de partida* – como fazem os Estados, averiguando se existiu consentimento do migrante ou não –, ou no *ponto de chegada* – como acontece com os defensores dos direitos humanos¹⁷²⁰, averiguando que elementos do tráfico estarão ou não presentes nessa altura.

O processo de contrabando, no entanto, não é estanque e limitado a esses dois pontos no tempo: a viagem pode demorar meses ou até anos, e nesse período a demarcação entre tráfico e contrabando pode ser bastante ténue, e a situação do migrante pode ir alternando entre as duas, dependendo das escolhas com que é confrontado em cada etapa do seu percurso (o que deve influenciar no facto de se considerar escolha consentida ou coagida, importante para a distinção do regime a aplicar). Por exemplo, e considerando apenas as rotas supramencionadas, na viagem de um país até à Líbia o migrante que é vítima de furto ou que não consiga pagar a taxa imposta pelo contrabandista pode ser forçado a trabalhar em condições de exploração numa localização intermédia até que os seus exploradores permitam que prossiga viagem. O mesmo se diga do migrante que, chegado à Líbia (e tendo por isso cumprido parte da viagem) tem que procurar nova pessoa disposta a facilitar a próxima etapa da sua viagem, e enquanto migrante irregular já aí deve trabalhar em condições precárias e muitas vezes de exploração para conseguir reunir o pagamento exigido para prosseguir para a Europa¹⁷²¹.

¹⁷²⁰ MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 31.

¹⁷²¹ Um estudo bastante interessante, que infelizmente não podemos analisar integralmente aqui, dos vários problemas e etapas da viagem dos migrantes africanos até à Europa (especificamente até à Itália, pelo Mediterrâneo) pode ser lido em MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 33 ss. A autora descreve várias situações que ilustram os perigos dessa viagem, as ideias erróneas, as dívidas contraídas para com as pessoas que acompanham o migrante (que variam consoante a relativa

Como se pode constatar, ao longo desta brevíssima descrição existiram elementos tanto de contrabando de migrantes – logo no início da viagem, quando existe uma decisão e a “contratação de um serviço” (consentimento), ou a meio da mesma, quando se inicia uma nova etapa, e portanto, um novo “contrato” –, como de tráfico (quando são explorados para pagar a viagem pretendida ou a próxima etapa da mesma, quando subestimam o nível de abuso a que serão submetidos, mesmo que tenham alguma consciência dos riscos que esse “serviço” comporta, etc.).

Mas para além da dificuldade ínsita ao fenómeno, derivada das circunstâncias em que ocorre, a sua identificação é ainda mais problemática devido aos mitos e equívocos normalmente associados ao contrabando de pessoas. Passemos à análise dos mais comuns¹⁷²². A ideia de que os contrabandistas de migrantes se encontram organizados em grupos criminosos transnacionais é fundamentalmente errada: as pessoas condenadas por esse crime são na sua maioria agentes independentes que ajudaram familiares ou amigos a percorrer a viagem até ao país onde se encontram. Para além disso, as poucas informações a que se tem acesso quanto ao percurso feito pelos migrantes levam a crer, na verdade, que as pessoas que lucram com a facilitação de entrada ou permanência irregular num país actuam em conexão com outros agentes individuais ou grupos pequenos, sem hierarquia definida e maioritariamente encaminhando os migrantes para outras pessoas que os consigam ajudar nas etapas seguintes da viagem.

Os contrabandistas são por isso maioritariamente locais¹⁷²³ (e não estrangeiros), residentes numa determinada localização que vêem a oportunidade de lucrar com a passagem de migrantes irregulares, ajudando-os a atravessar a fronteira ou um trecho particularmente

segurança da viagem em si), e os possíveis intervenientes nesse percurso – incluindo na Líbia, que mesmo estando teoricamente vinculada a proteger os direitos humanos e o direito de asilo, na prática não é o que se verifica, sendo mais uma das localizações onde os migrantes sofrem tratamentos desumanos ou degradantes. Mesmo aqueles que conseguem chegar à Itália podem depois vir a ser explorados, ou porque ainda não pagaram toda a dívida que contraíram, ou porque não pedem asilo, receando ter que regressar ao ponto de partida; a situação de irregularidade e precariedade destes migrantes é exacerbada por no sul de Itália haver procura de mão-de-obra extremamente barata e por, durante o processo de asilo, não poderem trabalhar (o que faz com que permaneçam irregulares e não possam recorrer às autoridades para reportar abusos).

¹⁷²² Com SANCHEZ, Gabriella, “Five Misconceptions About Migrant Smuggling”, in Policy Brief, Issue 2018/07, May 2018.

¹⁷²³ SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020, pág. 190 – destaca-se aqui a particularidade de os contrabandistas de migrantes serem normalmente pessoas que estes encontram ao longo do seu percurso (sejam residentes locais ou outros migrantes que por algum motivo permanecem nesse local), e que utilizam o seu conhecimento da região em causa para obterem algum rendimento extra (já que tendem a ser marginalizados ou extremamente afectados por desigualdades).

perigoso de terreno¹⁷²⁴ – conforme descrito acima, a migração é fragmentada e com intervenção de várias pessoas, organizadas e pagas separadamente¹⁷²⁵.

Apesar de se argumentar que o contrabando de migrantes é extremamente lucrativo¹⁷²⁶, o facto de cada vez mais se fragmentar a viagem destes significa que os lucros, individualmente considerados, são mais moderados e são investidos de novo na comunidade onde se insere o contrabandista¹⁷²⁷.

Estes factos também não se coadunam com a ideia geralmente verbalizada que os terroristas, traficantes de droga ou de pessoas estão lentamente a apoderar-se do contrabando de migrantes – ainda que possam entrar em contacto uns com os outros, esses grupos normalmente têm as suas próprias rotas e não dependem do contrabando de migrantes, que muitas vezes implica trajectos perigosos e lentos¹⁷²⁸.

Por último, é também ingénuo assumir que ao combater o contrabando de migrantes através da sua criminalização estes ficarão seguros e o fluxo de migração irregular abrandará. Por um lado, porque a situação precária dos migrantes advém da sua irregularidade, de não terem à sua disposição vias legais para aceder à protecção de um outro país¹⁷²⁹; por outro, porque as políticas de migração hostis não mostram ter qualquer impacto na decisão de tentar chegar a outro país¹⁷³⁰.

¹⁷²⁴ COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries and Fragmented Migration”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 19.

¹⁷²⁵ Muitas vezes o destino final não é sequer determinado no início da viagem, podendo antes essa escolha resultar de constrições económicas ou perspectivas erradas ao longo da viagem do migrante – COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries...”, pág. 19.

¹⁷²⁶ V. p. ex. a afirmação da Comissão Europeia no Plano de Acção contra o contrabando de migrantes, COM(2015) 285 final, pág. 1, que coloca o lucro estimado numa só embarcação interceptada na ordem dos € 2.5 milhões.

¹⁷²⁷ Alguns estudos apontam para o reinvestimento desses lucros marginais na economia local, contribuindo para a criação de novos empregos; os locais mais comuns nas rotas de contrabando de migrantes passam assim a depender também dessa actividade para a sua subsistência económica, dirimindo o impacto de salários demasiado baixos, desemprego e pobreza generalizados – SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, pág. 191.

¹⁷²⁸ Outra circunstância que não consegue explicar a associação normalmente efectuada entre crime organizado e contrabando de migrantes é os contrabandistas constituírem na verdade uma espécie de protecção para o migrante, devido aos seus conhecimentos e auxílio que lhe prestam para que atinja o seu destino da forma mais segura possível, dadas as circunstâncias; por isso, “if the services facilitators provide are indeed a form of protection, why would migrants opt to obtain it from transnational organized crime, dangerous trafficking networks, mafias, cartels and militias?” – SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, pág. 186. Neste sentido, as narrativas que associam o crime organizado ao contrabando de migrantes, para além de serem incompletas, pretendem favorecer uma perspectiva que destaque a necessidade de criminalização do fenómeno, ao invés de reconhecer a diminuição das vias legais para migrar para outros territórios.

¹⁷²⁹ SANCHEZ, Gabriella, “Five Misconceptions...”, pág. 3, mencionando a “ ‘prolongada condição de ilegalidade’ que advém do seu estatuto de migrantes irregulares” (tradução livre).

¹⁷³⁰ Como demonstra o exemplo do Reino Unido. Nas palavras de COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries...”, pág. 21, “[...] for the last 15 years, the increasingly hostile environment of northern France has done nothing to deter a small but growing number of migrants from camping out in often appalling conditions for months at a time in the hope of getting an

Estas concepções erradas têm, por seu turno, o efeito de influenciar as políticas (da União) de combate ao contrabando de migrantes – por exemplo, informação¹⁷³¹ sobre percursos, períodos temporais ou pessoas é muito mais difícil de obter (e mais errado assumir que se irá conseguir obter e a partir daí planear acções) no caso de uma viagem fragmentada que conta com a intervenção de várias pessoas só remotamente ligadas entre si.

Uma correcta identificação do fenómeno em causa, apesar de ser difícil, tem, no entanto, consequências relevantes, não só no plano das sanções aplicáveis¹⁷³², mas também no dos direitos que assistem à pessoa traficada ou contrabandeada¹⁷³³, suscitando ainda questões complexas de jurisdição¹⁷³⁴.

Para melhor conceptualizar o processo e as dinâmicas próprias do contrabando de migrantes são por vezes utilizados modelos que se pretende que auxiliem na proposta de políticas eficazes ao seu combate. São sugeridos (pelo menos na União Europeia) três modos de ver a questão, retirados da abordagem normalmente concedida ao tráfico de drogas¹⁷³⁵: a perspectiva de mercado, a perspectiva de negócio, e a perspectiva social¹⁷³⁶.

opportunity to reach the U.K. [...] it is clear that 15 years of developing ever more sophisticated security technology to stop them has had little effect on the numbers of those who try.”.

¹⁷³¹ COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries...”, pág. 20.

¹⁷³² Não obstante os Protocolos não indicarem níveis de sanções, na UE a Directiva 2011/36/UE estabelece mínimos de sanções máximas não inferiores a cinco ou dez anos (art. 4º) para o tráfico de pessoas, enquanto a Directiva 2002/90/CE deixa aos EM a liberdade de escolherem as sanções mais adequadas ao crime de contrabando de migrantes, desde que sejam efectivas, proporcionadas e dissuasivas (art. 3º) – a DQ 2002/946/JAI menciona apenas o limite de não menos de 8 anos de pena de prisão (limite mínimo do máximo da sanção) nos casos em que se pretenda obter lucro com o contrabando dos migrantes e se verifique que essa acção é praticada no âmbito de uma organização criminosa ou coloque em causa a vida dos migrantes. A errónea identificação da situação pode por isso, no caso dos autores, fazer com que a sanção cominada não corresponda ao desvalor do acto.

¹⁷³³ A disparidade quanto às vítimas é ainda mais evidente, uma vez que no contrabando os EM têm liberdade para tomar as atitudes que entenderem quanto ao migrante, sendo que a única recomendação (presente no Protocolo) é que este não deve ser criminalizado por ter sido objecto da conduta criminosa; nas vítimas de tráfico, estabelece a Directiva 2002/90/CE uma série de medidas de protecção às mesmas (arts. 11º e 12º em geral).

¹⁷³⁴ Exemplos podem ser encontrados em MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 45, como uma situação de tráfico ocorrida exclusivamente na Líbia, cujo traficante se encontra na altura em Itália. Outras situações mais complexas são estudadas em ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean Sea: States’ Responsibilities and Human Rights*, Master’s thesis in Peace and Conflict Transformation, Faculty of Humanities, Social Sciences and Education, The Arctic University of Norway, May 2018, pág. 20 ss., exclusivamente quanto ao contrabando de migrantes por via marítima (as situações problematizadas incluem o direito de passagem inocente, ou ainda o direito de agirem contra embarcações em alto mar).

¹⁷³⁵ European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants. Characteristics, responses and cooperation with third countries – Final Report*, September 2015, pág. 109 ss.

¹⁷³⁶ Para além destas, existem na abordagem ao tráfico de pessoas três posições distintas (referidas em KÖPPEN, Luise, *The European Union approaching trafficking in human beings: Walking a tight rope between security and values and objectives of the EU*, Bachelor Thesis European Studies, pág. 9-14), que aqui poderão ser úteis (com as necessárias adaptações) para explicar a utilização das diversas medidas legislativas ao combate ao contrabando de migrantes: a abordagem *securitária*, que tende a ver o migrante como uma ameaça à segurança interna (o que normalmente envolve respostas estaduais mais focadas na criminalização de condutas); a abordagem de *direitos humanos*, que se centra nas dimensões do migrante que necessitam de protecção (as políticas assim informadas tendem a ter uma visão mais humanitária e liberal, rejeitando muitas das soluções repressivas, que

2.1 O mercado do contrabando de migrantes

Esta perspectiva pretende avaliar se existe um mercado para o contrabando de migrantes, ou seja, se existe procura e oferta sensíveis às flutuações de preço e risco, e se as políticas de combate existentes respondem a esta natureza do fenómeno. Do ponto de vista desta análise é possível concluir que existe uma oferta relativamente elástica, que pode ser comparada (p. ex. nas redes sociais), e cujo preço varia de acordo com a qualidade do serviço (se é personalizado, se é mais ou menos perigoso, etc.¹⁷³⁷). O progressivo incremento nos controlos fronteiriços e restrições estaduais fazem, paradoxalmente, com que a procura por este tipo de serviços aumente (pois os migrantes não conseguem entrar no país de destino sem auxílio, devido às dificuldades crescentes), mantendo-se constante (ou seja, não diminuindo) quando os riscos associados a essa conduta aumentam. Isso significa que “se a oferta é relativamente sensível a aumentos de procura e a procura é relativamente indiferente a aumentos de preço, então [...] programas de combate ao contrabando de migrantes que se foquem apenas desproporcionalmente em reduzir a oferta, podem resultar ou em aumentos de preços ou riscos acrescidos sem que tenham um impacto no volume de migrantes contrabandeados”¹⁷³⁸, sendo por isso importante que as políticas se dirijam à resposta ao lado da procura também (as sugestões vão no sentido de melhorar as condições económicas existentes nos países de origem ou a abertura de vias legais para chegar aos países de destino).

2.2 O negócio do contrabando de migrantes

Esta perspectiva analisa o processo de contrabando ao longo da cadeia de intervenientes, avaliando se as políticas existentes respondem também às características próprias deste modelo. A pesquisa disponível destaca a presença de pessoas com distintas funções neste fenómeno, como os contrabandistas em si, aqueles que recrutam migrantes, guias, mensageiros, condutores, falsificadores de documentos, funcionários corruptos, entre outros¹⁷³⁹, que funcionam “em rede” uns com os outros (pedindo colaboração ou algum serviço

consideram ilegítimas); e a abordagem *económica*, que reconhece que na sociedade actual os programas sociais se encontram principalmente nos países mais desenvolvidos, enquanto a procura acrescida por mão-de-obra barata determinada pelo aumento do consumo fez com que a situação em alguns países ficasse ainda mais problemática, pelo que políticas anti-contrabando de migrantes eficazes serão aquelas que respondem aos problemas nesses países de origem, procurando equilibrar a sua economia. V. ainda as perspectivas dos contrabandistas e dos migrantes em SANCHEZ, Gabriella, “Critical Perspectives on Clandestine Migration Facilitation: An Overview of Migrant Smuggling Research”, *in* Journal on Migration and Human Security, Vol. 5, No. 1, 2017, pág. 12 a 17.

¹⁷³⁷ European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 110, com alguns exemplos.

¹⁷³⁸ European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 111 (tradução livre). Alguns exemplos podem ser encontrados em International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 21.

¹⁷³⁹ European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 112. Devemos no entanto sublinhar que embora essas categorias ou funções possam de facto existir, isso não significa que façam todos parte do mesmo grupo organizado ou que actuem de forma concertada uns com os outros. Como vimos, assumir que o contrabando de migrantes

conforme necessitem). Quando funcionem em rede ou em locais de grande concentração de migrantes (denominados “centros” – *hubs*), apesar de a recolha de informação por parte das autoridades ser mais facilitada, os dados disponíveis sugerem que as operações conjuntas para desmantelamento desses centros não são muito eficazes, uma vez que podem simplesmente mudar de localização geográfica; neste caso, a política considerada mais eficaz é de facto o efectivo sancionamento judicial do contrabando de migrantes¹⁷⁴⁰.

2.3 A dimensão social do contrabando de migrantes

Nesta última perspectiva pretende-se avaliar até que ponto os laços sociais e culturais influenciam tanto o mercado como o negócio do contrabando de migrantes, e averiguar assim se as políticas existentes se dirigem a essas preocupações ou não. Nestes empreendimentos, a decisão de deixar um país de origem para se dirigir a um outro, seja por que motivos for, raramente é tomada de forma unilateral ou isolada; o normal é essa decisão surgir após envolvimento de pessoas ligadas ao migrante¹⁷⁴¹ (família, amigos, conhecidos, outros migrantes com sucesso). Neste ponto é realçada a importância que a comunicação e as redes sociais adquirem, também como meio de publicidade aos contrabandistas. Os dados disponíveis advertem que qualquer medida designada a combater o contrabando de migrantes tem poucas probabilidades de ser eficaz se o envolvimento nessa actividade se dever a motivações sociais, familiares ou comunitárias; em vez disso, são necessárias outras medidas, que se dirijam às motivações dos migrantes e aos riscos da migração irregular¹⁷⁴².

3. O quadro legislativo relativo ao contrabando de migrantes

Enquanto fenómeno intrinsecamente transnacional, o contrabando de migrantes não poderia de forma eficaz ser alvo de políticas exclusivamente nacionais; por isso, e reconhecendo a ineficácia de muitas das medidas internas de controlo de imigração, os Estados começaram a cooperar no combate a este crime¹⁷⁴³. Uma visão compreensiva do quadro legislativo relevante (no nosso caso) deve, por isso, ter primeiramente em conta os Protocolos de Palermo, seguindo-se uma visão do cenário exclusivamente europeu, e referindo-se a lei portuguesa quando relevante.

se faz com auxílio a grandes grupos criminosos hierarquizados é erróneo – exemplos do funcionamento da rede no mesmo documento, pág. 113.

¹⁷⁴⁰ European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 114.

¹⁷⁴¹ MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 33; SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, pág. 186.

¹⁷⁴² European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 115.

¹⁷⁴³ International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 22.

3.1 Os Protocolos de Palermo

Historicamente, estes Protocolos são os primeiros a definir e a abordar os problemas (em geral) do tráfico de seres humanos e do contrabando de migrantes de forma internacional¹⁷⁴⁴, e cada um teve na sua base acontecimentos distintos que despoletaram a sua necessidade: o Protocolo sobre Tráfico surge no ano 2000, após se verificar nos anos 90 a vontade de um grande número de nacionais da antiga União Soviética de migrarem para o Oeste, muitas vezes com traficantes que apresentavam falsas perspectivas ou propostas de trabalho¹⁷⁴⁵. Já o Protocolo sobre Contrabando surge na esteira de maiores preocupações estaduais com o fluxo de migração que se verificava. Assim, em 1997¹⁷⁴⁶ é apresentada pela Áustria uma proposta à ONU para uma Convenção definindo o contrabando de migrantes como crime transnacional; no mesmo ano é submetida pela Itália à OMI uma proposta de Convenção Multilateral para combater a migração ilegal por mar – eventualmente, a proposta da Áustria, com o apoio da Itália e pressões da OMI levaram a que fosse discutido e aprovado este Protocolo no âmbito da Convenção contra a criminalidade organizada transnacional (CCOT).

Apesar de ambos os Protocolos terem implícita uma vantagem financeira ou material para quem comete o crime, foi retirado do contrabando o elemento de exploração do migrante, colocando-se mais ênfase no acto de se atravessarem fronteiras ilicitamente do que propriamente no impacto que isso poderia ter no migrante. No entanto, há alguns direitos que lhe assistem (como p. ex. não dever ser criminalizado por ter entrado ilicitamente no Estado), o que faz com que a figura do migrante neste Protocolo seja algo ambígua em termos de Direito Internacional: por um lado, não é visto como vítima do crime (o que lhe retira os direitos específicos a que teria acesso nesse caso, como acontece com as vítimas de tráfico), e por outro também não pode ser visto como autor¹⁷⁴⁷, o que o deixa numa situação também

¹⁷⁴⁴ Anteriormente existiram Convenções que se focavam em aspectos específicos do tráfico de pessoas (ou de certas pessoas), concentrando-se apenas no acto de recrutamento e na travessia da fronteira de um Estado – são elas, p. ex., a Primeira Convenção contra o tráfico de Escravos Brancos, que se focava na intercepção e repatriamento de mulheres traficadas para “fins imorais”, e a Convenção das Nações Unidas para a Supressão do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição de Outros – v. com mais detalhe GALLAGHER, Anne, “Trafficking in Transnational Criminal Law”, in PIOTROWICZ, Ryszard; RIJKEN, Conny; UHL, Baerbel Heide (Eds.), *Routledge Handbook of Human Trafficking*, London, Routledge, 2018, pág. 21, e nota 2.

¹⁷⁴⁵ V. as conclusões do estudo de MAI, Nick, “Embodied cosmopolitanisms: the subjective mobility of migrants working in the global sex industry”, in *Gender, Place & Culture*, Vol. 20, Issue 1, 2013, pág. 107 ss.

¹⁷⁴⁶ Já na esteira de uma visão repressiva do fenómeno, devido à resolução das Nações Unidas de 1993 que pedia à comunidade internacional uma resolução para o contrabando de migrantes, e também à primeira política internacional de resposta a este fenómeno, em 1994, por parte dos EUA e a Organização Marítima Internacional (OMI), que almejava a “Melhoria da Segurança da Vida no Mar através da Prevenção e Supressão do Contrabando de Estrangeiros por Navio” – v. a exposição dos eventos que levaram ao surgimento deste Protocolo em GALLAGHER, Anne, “Migrant Smuggling”, in BOISTER, Neil and CURRIE, Robert, *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, London, Routledge, 2015, pág. 189 ss.

¹⁷⁴⁷ MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 29.

particularmente vulnerável, apenas com a garantia dos direitos humanos que a todos assiste simplesmente por serem pessoas¹⁷⁴⁸.

O Protocolo sobre Contrabando, fazendo parte da CCOT, deve ser lido em conjunto com esta¹⁷⁴⁹, o que significa que o crime de contrabando de migrantes deve em princípio obedecer a três requisitos (para a conduta ser criminalizada ao abrigo deste Protocolo): deve ser um *crime sério*¹⁷⁵⁰, com uma *natureza transnacional*¹⁷⁵¹, envolvendo um *grupo criminoso organizado*¹⁷⁵². Esta questão é importante no seguimento das disposições sobre a criminalização desta conduta, nomeadamente quanto à questão de o migrante¹⁷⁵³ ou actos humanitários¹⁷⁵⁴ não deverem ser alvo de criminalização (até porque se exclui o requisito de obtenção de vantagem financeira ou material)¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁴⁸ Esta diferenciação entre direitos concedidos a vítimas de tráfico ou a migrantes em situações de contrabando é criticada pela doutrina, p. ex. por MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling...*, pág. 30, por dois motivos principais – primeiro, porque a vaga expressão “abuso de posição de vulnerabilidade” utilizada no Protocolo sobre Tráfico não esclarece se se inclui uma situação de pobreza extrema (caso em que migrantes assim motivados poderiam aceder aos direitos concedidos a vítimas de tráfico, uma vez que deixariam de ser abrangidos pelo Protocolo sobre Contrabando), deixando a cada juiz a tarefa de determinar essa questão; e depois porque, para além de serem já condutas difíceis de distinguir na prática, também não é claro que tratamento conferir às situações de “exploração mutuamente vantajosa”: a vantagem financeira ou material obtida pelo contrabandista resulta da exploração efectiva do migrante, que no entanto concorda com ela em troca do acesso a outro território e outras oportunidades (exploração não coactiva).

¹⁷⁴⁹ Art. 1º do Protocolo.

¹⁷⁵⁰ “acto que constitua uma infracção punível com uma pena privativa de liberdade não inferior a 4 anos ou com pena superior” – al. b), art. 2º CCOT.

¹⁷⁵¹ Definido nas als. do nº 2, art. 3º como um crime cometido ou com efeitos em vários Estados, ou cujos vários actos de preparação ou autores se encontrem em mais do que um Estado.

¹⁷⁵² “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material” – al. a), art. 2º. Este requisito não é necessário, no entanto, na criminalização da conduta nos Estados Parte – European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 72.

¹⁷⁵³ Art. 5º Protocolo. O migrante não pode ser criminalizado por ter sido alvo do seu contrabando ou por ter facilitado a sua própria entrada irregular; pode, no entanto, ser criminalizado se actuar em grupo, para obter uma vantagem financeira, ao facilitar a entrada de outros migrantes irregulares num Estado (excluindo assim motivos humanitários ou baseados em laços familiares) – OCONTRILLO, Pablo Rodríguez, *Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)*, United Nations High Commissioner for Refugees, 2014, pág. 4 / 11. O Protocolo não proíbe os Estados, no entanto, de fazer com que o migrante seja alvo de medidas legais por ter desrespeitado leis de imigração (nº 4 do art. 6º).

¹⁷⁵⁴ Art. 19º Protocolo.

¹⁷⁵⁵ A inclusão do requisito de obtenção de uma vantagem financeira ou de outra natureza pretendia precisamente criminalizar o contrabando de migrantes que ocorresse no seio de um grupo organizado criminoso, não sendo intenção do Protocolo criminalizar o migrante ou outras pessoas que o auxiliassem motivados por razões humanitárias ou de laços familiares – v. as notas interpretativas referidas em MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, Issue 1, 2019, pág. 69 / 70, e 71. Apesar disso, estudos mostram que na prática os Estados-parte acabaram por se distanciar do verdadeiro objectivo do Protocolo de proteger os migrantes, na medida em que a ajuda humanitária é muitas vezes criminalizada, assim como pessoas que não obtêm qualquer lucro ou mesmo os próprios migrantes – SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, pág. 187 e 188.

Existem outras disposições neste Protocolo¹⁷⁵⁶ que se revestem de alguma importância para este estudo e que serão avaliadas de seguida, nomeadamente: o fim do protocolo (simultaneamente combater o contrabando de migrantes e proteger os seus direitos – art. 2º); as condutas alvo de criminalização (para além do contrabando em si, cuja descrição consta do art. 3º, também se referem outros comportamentos no art. 6º, como falsificação de documentos¹⁷⁵⁷); e a verificação de documentos também por parte de transportes comerciais (art. 11º).

a) A criminalização do contrabando de migrantes

Apesar de o fenómeno do contrabando de migrantes não ser recente, a sua criminalização surge apenas com este Protocolo e com uma mudança no pensamento dos Estados, que sofriam (e temiam) já então as pressões próprias de receberem nos seus territórios, irregularmente, uma grande quantidade de pessoas, nomeadamente em relação aos seus sistemas de asilo¹⁷⁵⁸; mesmo os poucos direitos que lhes são aí concedidos surgiram quase forçadamente após várias negociações¹⁷⁵⁹, fruto da circunstância de o migrante surgir mais na óptica de objecto do crime do que propriamente como vítima do mesmo. Por este motivo, há quem afirme que o Protocolo sobre Contrabando confere antes aos Estados as medidas necessárias para combater a migração irregular, o que é demonstrado por várias disposições, que passaremos a mencionar.

Para além da directa criminalização da conduta¹⁷⁶⁰ operada pelo art. 6º (al. a) do nº 1), existem outras que devem ser igualmente alvo de legislação penal, como o facto de produzir, obter, fornecer ou possuir um documento de viagem ou de identidade fraudulento (al. b) do nº 1), o que muitas vezes é a única maneira de os migrantes conseguirem entrar num país para,

¹⁷⁵⁶ Para uma análise mais completa do Protocolo, v. OCONTRILLO, Pablo Rodríguez, *Non-criminalization of smuggled migrants...*

¹⁷⁵⁷ O facto de possuir documentos falsos para facilitar a sua própria entrada no Estado também não deve ser criminalizado, uma vez que falta o elemento de obtenção de vantagem financeira – OCONTRILLO, Pablo Rodríguez, *Non-criminalization of smuggled migrants...*, pág. 11.

¹⁷⁵⁸ Como se pode verificar pelo preâmbulo da proposta inicial do Protocolo, num dos seus considerandos (entretanto retirado da versão que efectivamente entrou em vigor): “Preocupados que o contrabando de migrantes leve a um abuso dos procedimentos de imigração estabelecidos, incluindo aqueles para procurar asilo” – em CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 176 (tradução livre).

¹⁷⁵⁹ Apenas na nona sessão de negociações, e após uma intervenção conjunta de vários organismos de defesa dos direitos humanos – CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 176.

¹⁷⁶⁰ Aqui será interessante sublinhar uma crítica de CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 177, que compara as sanções abstractas atribuídas no Canadá a este crime (que pode chegar a prisão perpétua), e p. ex. ao de agressão sexual com arma (cujo máximo se encontrava nos 14 anos de pena de prisão), chegando à conclusão que a sanção atribuída ao crime de contrabando de migrantes era extremamente desproporcional na escala de sanções existente, tendo em vista que o dano ou prejuízo por ele causado não era sequer dos mais graves segundo um estudo efectuado no âmbito da criminalidade organizada.

p. ex., fazerem o pedido de asilo¹⁷⁶¹. A tentativa, participação e instigação são também susceptíveis de criminalização (nº 2), o que permite aos Estados abranger uma miríade de condutas, incluindo aquelas que seriam praticadas com fins humanitários ou motivadas pela existência de laços familiares (não obstante estas deverem ser excluídas, de acordo com o art. 19º). Este artigo estabelece ainda como circunstâncias agravantes o contrabando ser efectuado em termos que coloquem em perigo a vida ou segurança dos migrantes, ou que impliquem tratamento desumano ou degradante (incluindo para exploração do migrante) – nº 3.

Outra disposição com um carácter essencialmente repressivo é aquela constante do art. 11º, que insta os Estados a tomar medidas legislativas de forma a assegurar que os transportes comerciais não serão utilizados para fins de contrabando de migrantes, afirmando que os operadores desse sector devem confirmar sempre os documentos de viagem ou identidade dos passageiros, e a necessidade do estabelecimento de sanções quando tal obrigação não seja cumprida¹⁷⁶².

Devem ainda ser mencionados, enquanto exemplos do favorecimento da visão repressiva em prejuízo da protecção dos migrantes, o art. 10º (a partilha de informação entre os Estados Parte) e o art. 18º, que postula o regresso sem demoras injustificadas dos migrantes “objecto” do contrabando.

Após a distinção feita entre os dois Protocolos e uma análise mais aprofundada deste último, podemos concluir que neste o migrante se encontra mais desprotegido, por força da importância indevida colocada no consentimento dado ao contrabandista que facilita a sua entrada num país. Para além disso, e de poderem ser cometidas verdadeiras injustiças (como sancionar pessoas cuja intenção não é a obtenção de lucro indevido), existe ainda o risco acrescido de vítimas de tráfico serem confundidas com os migrantes, o que faz com que o processo de retorno sem avaliação devida da sua posição constitua uma segunda vitimização da pessoa em causa, para além da violação de obrigações internacionais assumidas pelos Estados na protecção dos direitos humanos (os migrantes também podem ser alvo desta segunda vitimização, quando o regresso acelerado não permita avaliar devidamente a sua motivação para ter migrado irregularmente ou a sua necessidade de protecção internacional)¹⁷⁶³.

A precária posição do migrante, que se situa algures entre os tradicionais papéis de “vítima” e “autor” (pois não conseguindo provar o seu direito a asilo será devolvido ao país de

¹⁷⁶¹ CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 179, menciona o exemplo de um caso nos Tribunais canadianos de um residente acusado de obter e possuir documentos falsos, que utilizou para, com fins humanitários, levar a mulher do seu filho e neto para o país; essa acusação mantinha-se apesar do pedido de asilo de ambos os cidadãos estrangeiros ainda não estar decidido.

¹⁷⁶² Obrigatoriedade que antes deste Protocolo só existia na área Schengen (para quem transportava passageiros do exterior para o interior da mesma) como medida de compensação para a liberdade de circulação interna – art. 26º da Convenção de Schengen.

¹⁷⁶³ Tendo estas considerações em conta, os efeitos práticos da aplicação eficaz deste Protocolo tornam-se evidentes e perturbadores quando se pensa em todas as vidas que não teriam sido salvas durante períodos anteriores da História se já estivesse então em vigor – exemplos de CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 181.

origem, e em princípio não deverá ser criminalizado apenas por ter sido objecto de contrabando), não sofrerá alterações a menos que a lei internacional passe a prever o “direito a ter direitos”¹⁷⁶⁴ e a acessibilidade das fronteiras dos Estados, independentemente dos motivos na base da decisão das pessoas de abandonarem o seu país (cujo controlo de migração não deverá passar por uma securitização da mesma)¹⁷⁶⁵.

Pode-se assim com relativa segurança afirmar que este Protocolo (e mais exacerbadamente ainda, como se irá averiguar mais adiante, a legislação da UE) pretende na verdade controlar a migração irregular¹⁷⁶⁶, mais do que oferecer uma verdadeira protecção às pessoas que recorrem a estes “serviços” para escapar de situações de vida instáveis¹⁷⁶⁷.

3.2 O cenário europeu

No plano europeu, o combate ao contrabando de migrantes é um tema que atravessa vários domínios de acção, pelo que se passarão a explorar de seguida.

a) Agendas e planos de acção

Mesmo sendo a segurança das fronteiras externas do espaço da União uma prioridade já desde a criação do espaço Schengen, a preocupação com o contrabando de migrantes exacerbou-se em anos recentes devido à crise migratória de que foi alvo (pese embora a legislação europeia date ainda de 2002)¹⁷⁶⁸. É assim que em Abril de 2015, na sua Agenda

¹⁷⁶⁴ KASLI, Zeynep, “Criminalising and Victimising the Migrant: Reflections on the UN Protocol and UNHCR’s Position against Smuggling”, *in* Oxford Monitor of Forced Migration, Vol. 1, No. 2, Oct. 2011, pág. 67.

¹⁷⁶⁵ Como afirmado por António Guterres, num discurso proferido em 2007: “Let us use [the International Migrants Day], and let us use this Dialogue, to reaffirm the need to respect the rights of all those people who have left their own country, irrespective of their legal status or their motivation for moving.” – *in* KASLI, Zeynep, “Criminalising and Victimising the Migrant...”, pág. 66.

¹⁷⁶⁶ “apesar [...] de nem todos os migrantes contrabandeados serem irregulares em sentido próprio (muitos deles sendo refugiados e requerentes de asilo), o contrabando é apesar disso uma das formas mais evidentes [...] através da qual a migração irregular tem lugar; combatê-lo pode por isso ser uma forma de combater a migração irregular propriamente dita. [...] De um certo modo, os migrantes são antes *parte do problema*” visado no combate ao contrabando de migrantes – SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From complicity to exploitation?”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 33 (tradução livre).

¹⁷⁶⁷ Em especial refugiados que não têm outra opção legal para procurarem a sua própria segurança. A propósito disso, escreve de forma que nos parece elucidativa CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 174: “States in the West have established all the barriers they could think of to prevent refugees from coming: imposition of visas for all refugee-producing countries, carrier sanctions, ‘short stop operations’, training of airport or border police personnel, lists of ‘safe third countries’, list of ‘safe countries of origin’, readmission agreements with neighboring countries forming a ‘buffer zone’, immigration intelligence sharing, reinforced border controls, armed interventions on high seas, [...] military intervention [...]. Despite all these barriers, the refugees are still coming, because they need to come.”

¹⁷⁶⁸ Apesar de esta ter sido sempre uma preocupação da UE: já desde 1976 que a Comissão pretende harmonizar as disposições dos EM para combater a imigração e emprego ilegais, como se vê pela atribuição dessa competência ao inicial grupo TREVI – v. CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites...*, pág. 413, nota 1037 e pág. 415/416. A preocupação com os migrantes também não é exclusiva desta última crise migratória: já em 2008 se denotava a associação de certos problemas sociais com o aumento da

Europeia para a Segurança, a Comissão Europeia identifica o contrabando de migrantes como uma das três prioridades de acção (sendo as outras duas o terrorismo e o cibercrime), justificando essa opção através da menção a “grupos criminosos organizados envolvidos no contrabando de migrantes”, que “exploram as vulnerabilidades das pessoas que procuram protecção ou melhores oportunidades económicas e que são responsáveis pela perda de vidas em nome do lucro”¹⁷⁶⁹. No seguimento desta, surge um mês depois a Agenda Europeia para a Migração, que menciona em primeiro lugar a necessidade de proteger os direitos de quem procura a Europa para obter protecção, sem no entanto se descurar a segurança das fronteiras da União e a coesão social europeia¹⁷⁷⁰. Nesse sentido, elencam várias medidas que necessitam de ser colocadas em prática, nomeadamente: operações conjuntas marítimas de salvamento, operações de combate ao contrabando de migrantes (de identificação, captura e destruição de embarcações, transformando as operações de contrabando de “baixo risco, alto lucro” para “alto risco, baixo lucro”), redistribuição dos migrantes pelos EM (para aliviar a pressão migratória sentida primeiramente nos EM costeiros), o realojamento dos refugiados, a parceria com Estados terceiros¹⁷⁷¹ (de forma a intervir no fluxo migratório na origem, e a assegurar uma taxa mais alta de regresso das pessoas a quem não tenha sido concedido asilo), e ainda o estabelecimento do sistema de focos de crise (*hotspots*¹⁷⁷²), permitindo à EU auxiliar os EM

migração para a UE – v. o artigo do *The Economist* mencionado em GEDDES, Andrew, “Tampere and the Politics of Migration and Asylum in the EU: Looking Back to Look Forwards”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020, pág. 7. Alguns dos aspectos mais recentemente criticados, como o recurso por parte da UE a acordos com países terceiros para que estes limitem o fluxo de migrantes que pretendem chegar a território europeu, também não é novidade: já com o Tratado de Amesterdão (1997) se pode observar uma actividade da UE voltada a garantir a colaboração de países de origem ou trânsito na prossecução dos seus objectivos de política de imigração, no sentido de se celebrarem acordos de readmissão, transferir o modelo de controlo de imigração da UE para o exterior (nomeadamente através da adopção de leis penais para controlo da migração irregular) e providenciando ainda apoio operacional a esses países – v. GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s Agenda on ‘Illegal Migration’: Policy Continuity in spite of Unintended Consequences”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020, pág. 149.

¹⁷⁶⁹ The European Agenda on Security, COM(2015) 185 final, pág. 12.

¹⁷⁷⁰ The European Agenda on Migration, COM(2015) 240 final, pág. 2.

¹⁷⁷¹ Alvo de uma comunicação da Comissão posterior, estabelecendo uma parceria com países terceiros, COM(2016) 385 final. Em exemplo disso é a recente JOIN(2020) 4 final, “Towards a comprehensive Strategy with Africa”.

¹⁷⁷² O sistema de identificação de *hotspots* e a subsequente intervenção europeia nos mesmos foi alvo de várias críticas, começando pela base legislativa para o seu estabelecimento e papel das agências europeias, e terminando nas efectivas condições existentes nas instalações para migrantes nesses locais. Para além disso, a pressão para que se identifiquem e categorizem rapidamente os migrantes que chegam a esses locais pode dar origem ao repatriamento dos migrantes a países não seguros, e à não verificação (pelo menos correcta) dos seus pedidos de asilo – v. estas e outras críticas em CAMPESI, Giuseppe, “Normalising ‘The Hotspot Approach?’ An Analysis of the Commission’s most recent Proposals”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020, pág. 93 ss.

mais afectados na identificação, registo e encaminhamento dos migrantes para os procedimentos aplicáveis ao seu caso¹⁷⁷³.

Com um espaçamento de uns dias é publicado o Plano de Acção da UE contra o contrabando de migrantes, que após sublinhar o grande perigo que os contrabandistas representam para a vida e segurança dos migrantes, elenca uma série de medidas a tomar, todas de natureza repressiva ou com ênfase na cooperação entre países¹⁷⁷⁴.

As conclusões do Conselho da União Europeia quanto a este tema, que datam de 2016¹⁷⁷⁵, apesar de mencionarem brevemente num Considerando que é necessário “respeitar por completo os direitos humanos e a dignidade dos migrantes contrabandeados, assim como daqueles que prestam ajuda humanitária, assim como o princípio de *non-refoulement* e a proibição de expulsão colectiva”, não centram as recomendações em qualquer um desses aspectos, mas sim, mais uma vez, em todas as medidas úteis à repressão do fenómeno de contrabando de migrantes.

b) Operações conjuntas

Tendo em consideração, simultaneamente, que as fronteiras são responsabilidade de cada Estado Membro, e que existem desafios que exigem uma acção concertada entre os Estados, foi estabelecida em 2004 a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos EM da UE (Frontex) – posteriormente Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira, com o objectivo de auxiliar os EM na gestão das fronteiras externas da UE. Neste sentido, foram várias as operações efectuadas, já desde 2006, com o objectivo de responder aos desafios colocados pela migração irregular¹⁷⁷⁶ (como p. ex. a *Hera*, voltada a desviar as embarcações de volta ao ponto de partida, ou *RABIT*, para auxiliar a Grécia com a defesa das suas fronteiras); em 2013 a Itália efectuou uma operação militar (*Mare Nostrum*) de um ano no Mediterrâneo, com uma missão marcadamente humanitária (que ao ser descontinuada foi substituída pela operação da Frontex *Triton*, já informada por objectivos claramente repressivos, e não de salvamento, assim como a operação *Themis*).

¹⁷⁷³ Também se reconhece, no entanto, a necessidade de manter a Europa um destino atractivo para os migrantes, devido aos desafios demográficos e de sistemas de apoio social que enfrenta.

¹⁷⁷⁴ COM(2015) 285 final. Entre essas medidas encontram-se: identificar, capturar e eliminar as embarcações utilizadas pelos contrabandistas; retirar o aspecto lucrativo a essa operação através da apreensão de lucros e combatendo o branqueamento de capitais; variadas medidas de troca de informação entre os EM, assim como entre a UE e países terceiros; assegurar a cooperação de entidades civis – nomeadamente de transporte – no combate à migração irregular; e aumentar a eficácia das decisões que determinam o regresso dos migrantes ao país de origem, bem como a acção contra o emprego ilegal de migrantes irregulares. A única medida referida que se prende remotamente com a protecção dos migrantes envolvidos é de facto a menção a acções de informação sobre os riscos do contrabando de migrantes e a hipotética revisão da Directiva 2004/81/EC (relativa à residência) para vítimas de tráfico e migrantes contrabandeados *que cooperem com a polícia*.

¹⁷⁷⁵ Conclusões do Conselho acerca do contrabando de migrantes, 6995/16, de 10 de Março de 2016.

¹⁷⁷⁶ Para maior desenvolvimento neste tema, v. MORTICELLI, Annalisa, *Reducing Irregular Migration and Human Rights: an Impossible Combination?*, pág. 13 ss, e LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 4.

Após as catástrofes humanitárias de 2015, a UE iniciou a sua primeira operação militar de combate ao contrabando de migrantes (ainda que intergovernamental): a EUNAVFOR Med ‘Sophia’ (Força Naval da UE Mediterrâneo, renomeada “Sophia” devido a uma criança nascida a bordo de um navio, após o resgate de alguns migrantes). Esta operação representa o culminar de uma política cada vez mais voltada para a securitização¹⁷⁷⁷, e cada vez menos para a protecção dos migrantes em causa¹⁷⁷⁸.

c) Os organismos envolvidos

Vários organismos desempenham funções nesta área, nomeadamente: CEPOL, Europol, a Eurojust, Frontex, o Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO), a Agência de Direitos Fundamentais (FRA), a Agência Europeia de Segurança Marítima (EMSA), o Centro Europeu para o Contrabando de Migrantes (EMSC), os agentes de ligação da imigração (ILO) e os agentes de ligação europeus da migração (EMLO). Existe ainda uma equipa de especialistas em matéria de migração que apoia as autoridades na recolha de informação e na investigação de operações de contrabando de migrantes no Mediterrâneo (JOT MARE¹⁷⁷⁹). Nesta secção deve ainda ser referido o *Eurosur*, o Sistema Europeu de Vigilância de Fronteiras, que permite a partilha de informação recolhida pelos vários EM, centralizando-a.

d) A cooperação com países terceiros

Parte da resolução do problema, na perspectiva da UE, passa por uma colaboração mais estreita com os países de origem dos migrantes irregulares (objecto, portanto, do contrabando). A acção a desenvolver nesses países passa não só por campanhas de informação, que procuram fomentar o desincentivo à migração irregular através da disseminação dos vários riscos desse comportamento, como também, recentemente, pela celebração de acordos de readmissão com esses países¹⁷⁸⁰. Assim, para tentar travar o fluxo de migrantes (e não sobrecarregar o sistema

¹⁷⁷⁷ Reflectindo o “receio crescente acerca do uso das principais vias de contrabando por parte de combatentes do Estado Islâmico para entrar nos países da Europa Oeste e espalhar violência” – in MANN, Lori, *Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants in ACP Countries: Key Challenges and Ways Forward*, Brussels, International Organization for Migration, 2018, pág. 60.

¹⁷⁷⁸ Em especial quando se têm em conta as várias fases da operação Sophia, que inclui a possibilidade de abordar, fazer buscas e apreender embarcações suspeitas de traficarem ou contrabandarem migrantes – v. para maior desenvolvimento nas suas fases e alguns problemas desta operação VENTRELLA, Matilde, “The impact of Operation Sophia in the exercise of criminal jurisdiction against migrant smugglers and human traffickers”, in QJL, Zoom-in, no. 30, 2016; e École Nationale de la Magistrature, French Team, “The fight against migrant smuggling: European criminal cooperation from a French perspective”, THEMIS competition, 2018, pág. 14 ss; assim como CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Migrant Smuggling in the EU: What do the facts tell us?”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 11 ss.

¹⁷⁷⁹ Para alguns exemplos das suas investigações, v. CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Migrant Smuggling in the EU...”, pág. 13 ss.

¹⁷⁸⁰ A necessidade destes acordos resultou também, como veremos depois na questão dos direitos dos migrantes, de os EM quererem evitar a sua responsabilização pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), por práticas que desrespeitam

de asilo europeu) foram celebrados acordos entre a UE e a Turquia, a UE e a Líbia, a Itália e a Líbia, a Alemanha e a Tunísia, e a Alemanha e o Egipto (todos eles criticados à luz da falta de protecção dos direitos humanos vastamente conhecida e documentada nestes países)¹⁷⁸¹. O objectivo central destes acordos é impedir, logo no país de origem (ou anterior à partida para a Europa) a saída dos migrantes irregulares, fornecendo para isso os países europeus o suporte material (veículos, fundos, tecnologia) e pessoal (treino das autoridades) necessários ao seu cumprimento¹⁷⁸².

O acordo com a Turquia, de 2016, compromete a UE a aceitar um sírio por cada sírio devolvido à Turquia, para além de fornecer apoio financeiro e de agilizar os vistos para cidadãos turcos; em troca, as fronteiras turcas são reforçadas contra o contrabando de migrantes, e o retorno dos requerentes de asilo para o primeiro país de admissão é facilitado (ou seja, reenviar os requerentes de asilo vindos da Turquia de volta para este país, para que não sejam os EM a tramitar os seus pedidos)¹⁷⁸³.

O acordo com a Líbia destinou-se a replicar o anterior acordo existente (antes da queda do governo precedente), com a diferença de que agora deve ser a Líbia a realizar as operações de interdição marítimas, para que os EM evitem a sua posterior responsabilização à luz das obrigações emergentes da CEDH¹⁷⁸⁴. Em troca, é fornecido apoio financeiro, técnico, e treino. As críticas a este acordo salientam o facto de existir uma situação generalizada de desrespeito dos direitos humanos dos migrantes na Líbia, para além de não possuir sequer um processo para requerer asilo.

os direitos da Convenção (CEDH) que aplica – nomeadamente em casos de expulsão colectiva; assim, não sendo na prática uma acção levada a cabo por um país membro da CEDH, apesar de existir um acordo, essa conduta não poderá ser julgada pelo Tribunal.

¹⁷⁸¹ ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 6. Devemos mencionar, no entanto, que nem sempre se pode atribuir a responsabilidade à UE: alguns dos acordos são realizados à margem das instituições da UE, sem intervenção ou consulta do Parlamento, sendo que o TJ, não sendo na prática nem um acto da União nem um acto dos Estados que infrinja competências atribuídas à União, não possui competência para averiguar da conformidade desses acordos com a legislação europeia (nomeadamente com a protecção dos direitos humanos) – sobre esta questão, GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 152.

¹⁷⁸² V. p. ex. Council EU, 9202/17, de 15 de Maio de 2017, pag. 36, § 130.

¹⁷⁸³ ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 57.

¹⁷⁸⁴ A sua responsabilização directa, pelo menos. A sua responsabilidade indirecta é teorizada em ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 59, baseando-se esta na possibilidade de obrigações assumidas quanto a direitos humanos e direito de asilo serem igualmente vinculativas no caso de o Estado procurar transferir as suas obrigações para um outro Estado. Esta teoria assenta no art. 16º da proposta de responsabilização dos Estados por actos internacionalmente ilícitos, nomeadamente por se assistir a Líbia a cometer um acto internacional ilícito ao fornecer apoio de qualquer tipo. É ainda mencionado o exemplo de a Líbia ter impedido uma Organização não governamental (ONG), em Maio de 2017 (após ter recebido embarcações de patrulha oferecidas pela Itália), de proceder ao salvamento de migrantes, levando-os de volta para a Líbia – dado que a situação de desrespeito pelos direitos humanos neste país estar amplamente documentada, a responsabilidade da Itália em relação à CEDH poderá ser arguida, uma vez que assistiu a Líbia na comissão desse acto ilícito ao fornecer o equipamento necessário (sendo que o mesmo acto, cometido pela Itália, seria igualmente ilícito). Sobre a responsabilização pela violação de direitos humanos dos migrantes v. ainda COSTELLO, Cathryn and MANN, Itamar, “Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations”, in *German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 3, 2020, e FINK, Melanie, “The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable”, in *German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 3, 2020.

e) A criminalização do contrabando de migrantes na UE

Também na União Europeia não se sentiu a necessidade de legislar neste âmbito até 2000, altura em que, após um incidente mediático¹⁷⁸⁵, foi sugerida a Decisão Quadro relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (DQ 2002/946/JAI) – instrumento que é ainda hoje o existente na UE relativamente ao contrabando de migrantes. Esta DQ, no entanto, diz apenas respeito à penalização da conduta; para a sua definição foi aprovada na mesma altura a Directiva 2002/90/EC, relativa ao auxílio à entrada, trânsito ou residência irregulares – em conjunto, são normalmente referidas como “pacote relativo aos facilitadores” (*Facilitators Package*).

Apesar de estas serem as principais peças legislativas nesta matéria, existem outras a ter em consideração: em primeiro, a já mencionada Directiva 2004/81/CE, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes – o título de residência concedido ao abrigo desta directiva está sujeito ao preenchimento de algumas condições, tem carácter temporário e destina-se a incentivar a cooperação com as autoridades nacionais na acusação dos traficantes ou contrabandistas¹⁷⁸⁶.

Também importantes são o referido art. 26º da Convenção de Schengen, e a Directiva 2001/51/CE que o complementa, relativos à responsabilidade das transportadoras de assegurar a regularidade das pessoas que transportam, a fazer regressar aqueles que se encontrarem irregulares ao local de origem, e à necessidade do estabelecimento de sanções nos EM para as que não cumprirem com esta obrigação¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁵ O que ficou conhecido como “incidente de Dover”, assim denominado por as autoridades fronteiriças do Reino Unido terem encontrado em Dover um camião com 58 nacionais chineses mortos e dois sobreviventes, todos imigrantes irregulares que tinham pago para entrar no Reino Unido.

¹⁷⁸⁶ Enquanto nenhuma especial menção é feita em relação às vítimas de tráfico, será interessante notar que quanto aos migrantes contrabandeados é referido que só se aplicará esta Directiva àqueles que possam ser vistos como vítimas desse crime (portanto, nem todos), ou seja, aqueles que tenham sofrido algum dano com esse crime, como p. ex. danos físicos ou ter as suas vidas arriscadas – European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 71.

¹⁷⁸⁷ Esta obrigação deu já origem a casos que colocavam em causa a legislação alemã que implementa as obrigações resultantes de ambas as disposições, alvo de julgamento conjunto a título de pedido de decisão prejudicial pelo TJ: casos C-412 e 474/17 (*Touring Tours and Travel*). A situação em causa neste julgamento dizia respeito ao transporte (e subsequente sancionamento das empresas), dentro da UE, de nacionais de países terceiros sem que as transportadoras em causa (uma alemã e outra espanhola) tivessem procedido à averiguação de posse de documentos de identificação – uma vez que, como alegavam, os serviços que forneciam se deslocavam apenas dentro do território da União, e proceder a tal fiscalização de documentos iria na prática consubstanciar uma medida equivalente a um controlo de fronteira, proibido pelo art. 22º do Código das Fronteiras Schengen (equivalente porque não seria efectuado na fronteira, mas sim ainda no território de um EM). A Opinião do Advogado Geral Bot procede no mesmo sentido, assim como o julgamento ultimamente proferido pelo Tribunal, que após analisar a natureza das medidas em causa afirma que o seu carácter sistemático e o facto de terem que ser efectuadas antes de os passageiros atravessarem a fronteira faz com que estas tenham como objectivo impedir a entrada num EM de passageiros sem os documentos exigidos, o que implica que equivalham àquelas levadas a cabo pelas autoridades fronteiriças dos EM (sendo que aqui são efectuadas por pessoas civis, desprovidas da autoridade daquelas) – § 29, 45, 58-62, 68, 71, 72 do Acórdão do TJ.

A Directiva 2001/40/CE, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros, deve igualmente ser tida em consideração, assim como a Directiva 2009/52/CE, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

Por último, também a Directiva 2008/115/CE, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, se reveste de importância para esta temática, implicando esta o regresso de todos os migrantes irregulares que não tenham direito a permanecer na UE¹⁷⁸⁸.

Voltando agora à definição do crime de contrabando de migrantes na UE, dispõe o art. 1º da Directiva 2002/90/CE (a partir de agora, “a Directiva”) que os EM devem sancionar “quem auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros” (al. a) do nº 1), e ainda “quem, com fins lucrativos, auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a permanecer no território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de residência de estrangeiros”. Ou seja, ao contrário do que acontece no Protocolo relativo ao contrabando, para que seja considerado crime, o auxílio prestado à entrada ou trânsito irregulares não necessita sequer de ter como intenção a obtenção de um lucro financeiro por parte do autor, enquanto o auxílio à residência já faz referência a esse requisito¹⁷⁸⁹. Este aspecto suscita de imediato a possibilidade da criminalização de pessoas que actuam sem intenção criminosa, seja em auxílio dos migrantes por motivos puramente humanitários ou de prossecução legítima do seu negócio¹⁷⁹⁰. Esta

¹⁷⁸⁸ Esta Directiva apresenta também alguns problemas, como p. ex. permitir à pessoa objecto da decisão de retorno interpor recurso da mesma sem, no entanto, conceder efeito suspensivo automático a essa decisão (sendo este apenas uma possibilidade); assim, o recurso, mesmo que decidido a seu favor, poderá não ter feito algum, se o requerente não se encontrar já no território – para análise mais detalhada da Directiva, v. MORTICELLI, Annalisa, *Reducing Irregular Migration...*, pág. 18 ss.

¹⁷⁸⁹ Embora a al. b) do nº 1 do art. 1º da Directiva mencione de facto a intenção de obter um ganho financeiro com o auxílio à residência de um migrante irregular, alguns EM não transpuseram esse requisito, o que faz com que pessoas que actuam com o intuito de abrigar familiares, amigos, ou simplesmente por motivos cívicos e humanitários, sem qualquer obtenção de vantagem financeira, possam ser criminalizados (para uma lista dos EM nessa situação, v. CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update*, Study Requested by the PETI committee, pág. 11). Devemos aqui mencionar ainda a lei portuguesa que criminaliza estas condutas – L 23/2007 –, que no seu art. 183º, nº 1 e 2, transpõe a Directiva. O nº 1, relativo à entrada e trânsito do migrante irregular, não refere de facto nenhuma intenção lucrativa subjacente à conduta criminalizada, enquanto o nº 2, relativo à *entrada, trânsito e permanência*, inclui essa menção, funcionando esse elemento como circunstância agravante da moldura penal no caso das condutas de auxílio à entrada e trânsito (algo não previsto na Directiva). A afirmação (em CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 11) de que a legislação portuguesa seria uma de apenas quatro (dos EM) de acordo com o Protocolo, não obstante a definição operada pela Directiva, exigindo um requisito de intenção lucrativa para criminalizar estas condutas, não é por isso verdadeira.

¹⁷⁹⁰ Nesta questão há também um caso interessante que foi a julgamento no TEDH – *Trampevski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* – que apesar de não se dirigir directamente a uma situação relativa a Direito da União consegue ilustrar os problemas a que aquela disposição pode dar origem. Os factos que deram origem ao caso envolviam um taxista que alegadamente transportou até perto da fronteira da Grécia dois migrantes irregulares, mesmo sabendo que estes não possuíam

questão é ainda agravada pelo facto de a legislação europeia não possuir uma cláusula geral de salvaguarda, como aquela presente no art. 19º do Protocolo, mas fazer apenas menção à *possibilidade* de os EM escolherem não criminalizar actos com intenções humanitárias (nº 2 do art. 1º da Directiva) relativos ao auxílio à entrada e trânsito, não cobrindo por isso o auxílio à permanência ou residência com fins humanitários¹⁷⁹¹. A doutrina realça que a definição operada pela Directiva se encontra em clara violação dos compromissos assumidos internacionalmente pela UE (e pelos EM) para protecção dos direitos humanos¹⁷⁹², bem como dos valores em que se funda a União¹⁷⁹³ (art. 2º TUE) e da ajuda humanitária que se

documentos, tendo sido posteriormente condenado no seu país por contrabando de migrantes (a questão submetida a julgamento no TEDH prendia-se, no entanto, com a particularidade de não lhe ter sido possível em julgamento confrontar os migrantes, em cujos depoimentos se baseou a sua condenação). Os depoimentos dos migrantes são contraditórios em alguns aspectos e não muito relevantes para o que aqui se pretende ilustrar: se o taxista transportasse os migrantes para o local que lhe foi pedido, cobrando apenas o seu lucro normal, seria legítimo ser condenado pelo crime de contrabando de migrantes? A nossa opinião, por motivos que posteriormente serão expostos, é de que deveria no máximo ser sujeito a uma coima, quando actuasse em negligência dos seus deveres enquanto transportador profissional de passageiros – ou seja, deveria averiguar os documentos dos passageiros, quando transportasse pessoas de fora do território da União para dentro deste; dentro da União não teria que proceder a essa fiscalização, e não poderia, por isso, ser sujeito sequer a um procedimento contra-ordenacional.

Outro problema levantado por esta disposição diz respeito aos operadores no sector da habitação temporária, seja em regime de arrendamento, hotelaria tradicional ou AirBnB, que podem inconscientemente incorrer na infracção penal assim definida, por retirarem lucro (ainda que não ilícito) da permanência de migrantes irregulares no território de um EM – CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 11.

¹⁷⁹¹ A França foi com efeito já levada a julgamento perante o TEDH por ter condenado um residente regular (de nacionalidade marroquina) por contrabando de migrantes, apenas por ter na sua residência o genro, também marroquino, após o visto deste ter expirado – v. *Mallah c. France*. Infelizmente o que se encontrava em causa seria uma ingerência ilegítima na vida privada e familiar do requerente, e não a legitimidade da lei francesa, pelo que a França não foi condenada nesta instância.

¹⁷⁹² A tentação de regular a migração também através do seu sancionamento penal não é exclusiva aos EM da União, ou à UE em si. Em 2015, no caso *R. v. Appulonappa*, o Supremo Tribunal do Canadá colocou limites à criminalização do auxílio à migração ilegal efectuada por este país por esta se encontrar em claro desacordo com as obrigações assumidas internacionalmente (pela ratificação do Protocolo relativo ao contrabando de migrantes): na perspectiva – correcta – do Tribunal, criminalizar condutas humanitárias, de auxílio mútuo ou familiar iria contra os compromissos internacionais assumidos, pelo que apenas aquele auxílio cujo objectivo fosse a obtenção de lucro, num contexto de crime organizado, poderia ser criminalizado. Esta posição relembra assim não só a verdadeira intenção do legislador internacional, mas também a importante função que os Tribunais podem desempenhar enquanto “legisladores negativos”. Também sobre este caso, v. MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 71.

¹⁷⁹³ Sendo o auxílio a outras pessoas um desses valores, expresso no estatuto de heróis concedido a quem auxiliou a entrada irregular de judeus noutros países de forma a salvar as suas vidas durante o Holocausto – ALLSOPP, Jennifer, “The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the impact on the whole community”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 50, nota 15. Mas para além da legislação existente se encontrar em desacordo com os valores da UE, também as *ações* desta colocam esses valores em causa, como realça GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 155: “Engaging with regimes in source and transit countries in exchange for emigration control has been very costly, and I do not refer it to money but leverage and credibility. What is the cost of migration control when the EU legitimizes regimes in Libya and Sudan?”. Um exemplo da autora desse custo em relação à vantagem que adquirem os países com que se negocia em termos de migração é a ameaça do Presidente turco Erdogan (em Dezembro de 2019) de deixar os refugiados sírios alcançar o território da UE se esta condenasse a sua incursão militar na Síria, o que demonstra com precisão o poder – também político – que os países que se situam na rota de migração adquirem apenas devido à sua localização geográfica. Com mais desenvolvimento acerca da relação entre a crise migratória e a crise democrática na UE, GATTA, Francesco Luigi, “Migration and the Rule of (Human Rights) Law: Two ‘Crises’ Looking in the Same Mirror”, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 15 No. 1, 2019.

compromete a prestar (art. 214^o TFUE)¹⁷⁹⁴. Como no Protocolo, também a instigação, comparticipação ou tentativa devem ser punidas (art. 2^o Directiva), com sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas (art. 3^o); as sanções não são objecto de maior definição na DQ correspondente, limitando-se o n^o 1 do respectivo art. 1^o a reproduzir a mesma expressão padrão. Existe ainda a previsão de algumas sanções acessórias (n^o 2) e factores agravantes da pena (n^o 3)¹⁷⁹⁵, sendo que estes requerem uma análise mais atenta.

A DQ estabelece que em certas circunstâncias o crime de contrabando de migrantes deve ser sancionado com pena privativa da liberdade de duração máxima não inferior a 8 anos: quando for praticado no âmbito de uma organização criminosa; e quando coloque em risco a vida do migrante. Em relação à primeira, deve-se salientar que aquilo que é visto no Protocolo como requisito para que se possa criminalizar a conduta funciona na DQ como factor agravante, o que implica um âmbito de aplicação muito mais alargado desta disposição do que daquela; em relação à segunda, deve sublinhar-se que *apenas* a colocação em risco da vida do migrante, e já não da sua integridade física ou de qualquer outro bem jurídico ou interesse seu, pode dar lugar a uma agravação da moldura penal, o que também nos parece criticável¹⁷⁹⁶.

Quanto à possível criminalização do migrante, não existe qualquer menção na Directiva ou DQ, limitando-se o art. 6^o desta última a referir o respeito pelo Direito Internacional dos refugiados.

α) Apreciação crítica

A primeira crítica a tecer à definição operada pela Directiva é esta não conter o elemento de intenção lucrativa ou obtenção de outra vantagem material presente no Protocolo, o que aumenta de forma exponencial o número de condutas potencialmente abrangidas por esta disposição. O argumento da Comissão de que mesmo que as regras mínimas europeias contivessem o elemento de obtenção de vantagem financeira ou material isso não impediria os EM de legislar mais amplamente, excluindo este elemento da definição, não nos parece ser suficiente (ou sequer procedente¹⁷⁹⁷) para diminuir a responsabilidade da UE por essa definição ampla.

¹⁷⁹⁴ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 11.

¹⁷⁹⁵ Para outros factores agravantes existentes na legislação de outros países, v. European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 74.

¹⁷⁹⁶ SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration...”, pág. 36. A legislação portuguesa não apresenta tanto esta limitação, mencionando outros factores que podem dar origem a essa agravação – n^o 3 do art. 183^o L 23/2007.

¹⁷⁹⁷ Como referem CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 39: “The answer given by the Commission seems to disregard that those standards serve a purpose, which is to harmonise Member States’ legislation [...]. Thus, even though Member States have some liberty regarding the wording or to set higher standards than the Directive’s, its essence and predicted outcomes still must be followed”. A justificação da Comissão não exige, na verdade, a UE, enquanto entidade independente dos EM, pelas suas próprias opções de criminalização: esta podia ter escolhido colocar a criminalização do contrabando de migrantes mais em linha com os valores que proclamadamente defende e com as obrigações internacionalmente assumidas. Se eventualmente os EM escolhessem criminalizar de forma mais ampla, como o art. 83^o TFUE

Uma das grandes críticas dirigidas à Directiva é ainda, na prática, permitir a criminalização do auxílio com fins humanitários¹⁷⁹⁸, uma vez que não tem uma cláusula obrigatória de excepção de condutas com esses fins. Para além de essa criminalização ser inaceitável em face das obrigações internacionais assumidas pelos EM¹⁷⁹⁹, a desconsideração dos fins humanitários também afecta a população europeia que deseja prestar apoio aos migrantes: a par da óbvia consequência de os cidadãos poderem ser injustamente sujeitos a uma sanção penal¹⁸⁰⁰, outros exemplos de consequências indesejáveis nesta questão específica incluem o desfasamento existente entre a lei e a identidade nacional dos cidadãos¹⁸⁰¹; o aumento do sentimento de insegurança e desconfiança na população em geral¹⁸⁰²; e ainda a

permite, não estaria igualmente excluída a possibilidade de a UE vir a avaliar a conformidade dessa lei interna com os objectivos da legislação europeia como um todo e com os valores espelhados pela sua “Constituição”, podendo chegar à conclusão que também aos EM estaria vedada a hipótese de criminalizar determinadas condutas por violação das obrigações por si assumidas (como p. ex. seria claramente o caso, pensamos, da criminalização do auxílio humanitário).

¹⁷⁹⁸ Esta crítica não provém só da doutrina dedicada ao estudo desta temática, mas também da própria UE (oficiais e instituições, como a FRA), e de ONG’s – ALLSOPP, Jennifer, “The European Facilitation Directive...”, pág. 49; para além da ONU e do Parlamento Europeu – CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 17 e 53 ss. Deve notar-se que ambos os instrumentos em causa – tanto a DQ como a Directiva – são anteriores à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o que significa que foram adoptados pelo Conselho sem grande debate acerca de possíveis problemáticas, as quais se reflectem de modo claro na rejeição, por parte do Parlamento Europeu, das propostas (da Directiva e da DQ) da França – A5-0315/2000, Official Journal of the European Communities C 276/244, 1.10.2001. Entretanto foi adoptada uma Resolução do PE com algumas directrizes para os EM de forma a estes evitarem a criminalização da assistência humanitária – (2020/C 118/21) “European Parliament resolution of 5 July 2018 on guidelines for Member States to prevent humanitarian assistance from being criminalised (2018/2769(RSP))” –, assim como uma Comunicação da Comissão voltada para o esclarecimento do âmbito de aplicação da legislação europeia, tendo em conta as críticas levantadas à mesma e a consecutiva criminalização da ajuda humanitária nos EM – (2020/C 323/01) “Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence”.

¹⁷⁹⁹ Em relação à Itália, v. p. ex. CANCELLARO, Francesca, “L’Italia è sotto Osservazione dell’ONU con Riferimento alla Criminalizzazione del Soccorso in Mare, alla Politica dei Porti Chiusi ed al Decreto Immigrazione e Sicurezza”, *in* Diritto Penal Contemporaneo, 12 marzo 2019. A Comissão procura salvaguardar a legalidade das normas europeias afirmando que estas, quando conferem aos EM a possibilidade de *não* criminalizar a ajuda humanitária, isso se refere apenas àquelas situações em que tal não é legalmente exigível a nível internacional – 2020/C 323/01, pág. 5 e 6. Aqui será interessante denotar a diversa posição da Comissão / UE em relação aos comportamentos que se destinam a apoiar requerentes de asilo, algo que só dificilmente se pode considerar conjugável com o regime existente para o auxílio aos migrantes – v. “Asylum: Commission takes next step in infringement procedure against Hungary for criminalising activities in support of asylum applicants”, Press Release, 24 January 2019, e BERNARDI, Silvia, “La Criminalizzazione delle Condotte di Assistenza ai Migranti Richiedenti Asilo Viola il Diritto dell’Unione: La Commissione Europea Porta Avanti la Procedura d’Infrazione contro l’Ungheria”, *in* Diritto Penal Contemporaneo, 30 gennaio 2019.

¹⁸⁰⁰ V. p. ex. o caso de voluntários espanhóis acusados na Grécia de contrabando de migrantes na sequência de acções humanitárias exposto em CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 12.

¹⁸⁰¹ Como no caso francês, em que a população não se revia no facto de se sujeitarem a julgamento pessoas que pretendiam apenas auxiliar os migrantes, exprimindo dessa forma o conceito de “fraternidade” tão caro à sua cultura – ALLSOPP, Jennifer, “The European Facilitation Directive...”, pág. 50. Esse desfasamento levanta naturalmente a questão da legitimidade (material) da lei penal, quando esta exprime valores nos quais os cidadãos sujeitos a ela não se revêem – neste sentido a afirmação de ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’...”, pág. 396: “[...] an interest, be it that of an individual, of a social group, or of the state, must have the express or tacit approval of the public at large. [...] To force one’s own interests upon the criminal legislation of a country at the expense of other individuals has always been a sign of dictatorship”.

¹⁸⁰² Como demonstrado pelo exemplo da campanha britânica incentivando os imigrantes irregulares a voltar para o seu país ou arriscar serem presos, que efectivamente aumentou o sentimento de insegurança de todas as pessoas da comunidade expostas a

desadequação entre a lei penal e a consciência pessoal de quem deseja prestar auxílio a familiares ou amigos¹⁸⁰³. Outra questão levantada por esta disposição é a de as organizações humanitárias serem conseqüentemente vistas como auxiliares dos contrabandistas de migrantes, o que não só gera conflitos com outros actores envolvidos nas políticas de imigração da UE (uma vez que a sua acção é diametralmente oposta à das ONG's, procurando parar o fluxo de migrantes¹⁸⁰⁴, e não aumentá-lo ao proporcionar-lhes passagem segura para a Europa), como também previne essas organizações de concretizar a sua missão sem medo de repercussões judiciais¹⁸⁰⁵, procedendo-se agora a um verdadeiro “policciamento de actores da sociedade civil e de cidadãos”¹⁸⁰⁶. A consequência mais evidente e mais gravosa, no entanto, é para os migrantes, cujas vidas simplesmente não são salvas, nem os seus direitos humanos respeitados¹⁸⁰⁷.

essa campanha, para além de fomentarem o preconceito e desconfiança em relação a todos os imigrantes – ALLSOPP, Jennifer, “The European Facilitation Directive...”, pág. 52.

¹⁸⁰³ Neste caso, e ainda que remotamente se possa considerar que o auxílio a familiares se encontra protegido pelo art. 8º CEDH e correspondente art. 7º CDFUE, apesar de jurisprudencialmente essa via argumentativa poder não proceder (como no caso *Mallah* do TEDH), a situação no caso de amigos é ainda mais desprovida de defesa – ALLSOPP, Jennifer, “The European Facilitation Directive...”, pág. 53. Como já referido noutra local deste estudo, uma legislação socialmente desadequada fomenta a desobediência aos seus preceitos, e diminui assim a eficácia do Direito Penal como um todo.

¹⁸⁰⁴ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 13.

¹⁸⁰⁵ Como se pode averiguar pelo impacto que teve nas missões de salvamento no Mediterrâneo, que diminuíram drasticamente, e também nas fronteiras terrestres e zonas de trânsito – para uma análise detalhada, v. CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 14 ss. De facto, há EM que abriram já processos judiciais contra organizações ou pessoas que agem por motivos humanitários – Bélgica, Grécia, Itália, Malta e Reino Unido (*ibid.* pág. 11).

¹⁸⁰⁶ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 10. De forma bastante directa e acutilante, referem os autores que este policiamento se originou precisamente por as disposições da Directiva e DQ não deixarem claro “o que (não) é crime de contrabando de migrantes” (tradução livre; sublinhados no texto original), ficando assim a crítica implícita ao extremamente amplo conjunto de condutas abrangidas pela legislação da UE. Este policiamento gera atitudes de suspeita, intimidação e assédio para com os actores humanitários e impede os cidadãos europeus de gozarem todos os direitos que lhes são atribuídos pela sua sociedade (como o direito de associação) – para uma análise profunda, *ibid.*, pág. 59 ss. Denotando também a “constante suspeita” a que fica sujeita a actividade das ONG's e criticando a posição da Comissão, MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 80 e 81.

¹⁸⁰⁷ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 16. Mesmo no mar, onde em princípio existiria mais liberdade para as organizações humanitárias cumprirem a sua missão, uma vez que existe direito de passagem inocente e não existe jurisdição de nenhum Estado, a tarefa destas organizações não se encontra facilitada, sendo muitas vezes obrigadas a fazer o mesmo tipo de negociações com as autoridades estaduais que fazem quando operam no solo – para uma análise mais detalhada sobre a questão do direito de passagem inocente, v. ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 25 ss; para as questões relacionadas com as operações de salvamento humanitárias no mar, v. ainda CUSUMANO, Eugenio, “The sea as humanitarian space: Non-governmental Search and Rescue dilemmas on the Central Mediterranean migratory route”, *in Mediterranean Politics*, 2018; CUSUMANO, Eugenio, e GOMBEER, Kristof, “In deep waters: The legal, humanitarian and political implications of closing Italian ports to migrant rescuers”, *in Mediterranean Politics*, 2018; e MANN, Itamar, “The Right to Perform Rescue at Sea: Jurisprudence and Drowning”, *in German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 3, 2020.

Ainda quanto a quem presta auxílio com fins humanitários, refere-se também a ausência de uma resposta legal uniforme para a sua conduta¹⁸⁰⁸, o que leva a incertezas na sua actuação, uma vez que a liberdade concedida aos EM de excluir ou não essas acções do âmbito de criminalização faz com que o regime aplicável a essas organizações ou pessoas singulares possa variar conforme o EM (ou jurisdição do mesmo) em que actuam.

A falta de certeza em relação à posição legal de que são alvo estende-se aos operadores comerciais que de alguma forma podem entrar em contacto com migrantes irregulares, nomeadamente no sector dos transportes e do alojamento, uma vez que não há qualquer referência no âmbito europeu quanto à necessidade do lucro obtido com o migrante ser “injusto”¹⁸⁰⁹.

Em contraste com o Protocolo das Nações Unidas, a legislação europeia não menciona a questão de o migrante não dever ser criminalizado por ter sido “objecto” do crime de contrabando, o que concede aos EM a liberdade de o fazer¹⁸¹⁰; a amplitude das sanções possíveis e a desproporcionalidade das mesmas¹⁸¹¹ é também um factor de desarmonia europeia, mais do que a pretensa resposta conjunta que deveria advir da adopção de um quadro legislativo transnacional.

A única limitação a essa margem de discricionariedade dos EM resulta da jurisprudência do TJ no âmbito da sua interpretação da Directiva relativa ao regresso dos migrantes irregulares que não tenham motivo válido para poder permanecer no território de

¹⁸⁰⁸ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 31. Em análise à legislação da UE e de alguns Estados-Membros, questionando ainda a própria *legitimidade* que apresentam essas normas, PROVERA, Mark, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, in CEPS Paper In Liberty and Security in Europe, Nº 80, February 2015; e ainda a análise da Comissão no seu guia (2020/C 323/01), pág. 4 e 5.

¹⁸⁰⁹ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 11 e 32.

¹⁸¹⁰ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 32; VAVOULA, Niovi, “C-61/11 PPU – *El Dridi. Criminalisation of Irregular Migration in the EU: The Impact of El Dridi*”, in MITSILEGAS, Valsamis, DI MARTINO, Alberto & MANCANO, Leandro (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2019, pág. 274. Neste caso, não se consegue efectivamente descortinar uma função válida a ser cumprida pelo DP, já que a política de imigração poderia ser regulada suficientemente apenas com recurso a medidas de carácter administrativo. Como afirma correctamente MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 81: “It is unclear what criminal law is designed to achieve, where the harm in the criminalised conduct lies and what the legal interest to be protected consists of”. A lei penal é neste caso utilizada para se estigmatizarem determinados indivíduos, reforçando a sua dimensão simbólica na repressão de condutas não desejadas pelo Estado sem que no entanto se consiga determinar o desvalor especificamente penal da conduta em questão (no caso, o simples facto de atravessar uma fronteira de modo irregular). Sobre a utilização meramente simbólica do DP aqui em causa v. ainda MINETTI, Marta, “The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 11, Issue 3, 2020, sobretudo pág. 340 ss.

¹⁸¹¹ Variando entre simples multas (no mínimo) até aos 14 anos de prisão (com factores agravantes) – CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 32. A existência e desproporção das medidas penais previstas para os migrantes em si mostra a verdadeira finalidade das mesmas: desincentivar os migrantes em geral de entrar no território dos EM de modo irregular, e prevenir uma nova tentativa de o fazer em relação àqueles que são detectados e retirados desse território, numa óptica de prevenção geral e especial predominantemente negativas. Em relação à restante população dos EM, a doutrina argumenta que as finalidades da criminalização da migração irregular se manifestam mais numa óptica de “prevenção geral integradora” destinada a “catalisar o consenso da maioria da população” no âmbito de uma “política criminal da segurança” – BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea”, in *Politica Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio 2010, pág. 81 e 82.

um EM. Nestes casos, em que um nacional de um país terceiro deva ser afastado do território da UE e repatriado, o EM em causa deve fazê-lo com a maior brevidade possível, com “condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e pela dignidade das pessoas”¹⁸¹², objectivos esses que seriam frustrados se aos migrantes (ou outras pessoas em situação irregular) fossem sempre aplicadas sanções penais que teriam que cumprir antes de poderem ser efectivamente repatriados¹⁸¹³. A jurisprudência do TJ nesta matéria constitui um importante limite à liberdade do legislador nacional em relação à criminalização dos migrantes, e permite tentar conciliar a legislação europeia existente sobre contrabando de migrantes com a intenção original do legislador internacional¹⁸¹⁴ (e obrigações assumidas pelos EM ao abrigo do respectivo Protocolo), apesar de não constituir uma resolução definitiva do problema, nem impedir em todos os casos a criminalização operada pela lei nacional¹⁸¹⁵.

¹⁸¹² C-61/11 PPU (*El-Dridi*), § 31.

¹⁸¹³ O caso pioneiro nesta matéria é o C-61/11 PPU (*El-Dridi*), no qual, sumariamente, se verificou a incompatibilidade da lei italiana com a Directiva 2008/115/CE ao impor o sancionamento das pessoas em situação irregular apenas devido ao facto de se encontrarem irregulares; neste caso verificava-se ainda um desfazamento considerável entre o procedimento adoptado pela Directiva e a lei italiana, que não havia transposto a primeira para o ordenamento nacional. Apelando mais uma vez à doutrina do efeito directo, bem como ao princípio da cooperação leal, o TJ relembra aos EM que mesmo nas áreas onde retêm maior competência e soberania (como na questão da imigração) se encontram sujeitos ao cumprimento dos objectivos da legislação europeia, não os podendo colocar em causa pela previsão de normas internas incompatíveis com os mesmos: “[...]os Estados-Membros não podem prever, para remediar o fracasso das medidas coercivas tomadas para proceder ao afastamento forçado [...] uma pena privativa de liberdade [...] somente porque um nacional de um país terceiro, depois de ter sido notificado de uma ordem para deixar o território nacional e de ter expirado o prazo fixado nessa ordem, continua irregularmente presente no território de um Estado-Membro, antes devendo os Estados-Membros prosseguir os seus esforços para executar a decisão de regresso, que continua a produzir efeitos” – § 58. As medidas que prevêem penas de prisão para os migrantes irregulares são assim efectivamente limitadas por este julgamento, podendo os EM continuar a prever “disposições que regulem a situação em que as medidas coercivas não lograram o afastamento de um nacional de um país terceiro que permanece irregularmente no território daqueles” (§ 60), desde que essas medidas se encontrem de acordo com os objectivos da Directiva e não atrasem a prossecução dos mesmos, nomeadamente o célere e eficaz repatriamento das pessoas em situação irregular. Para uma análise deste julgamento, v. com detalhe VAVOULA, Niovi, “C-61/11 PPU – *El Dridi*...”, pág. 276 ss.

¹⁸¹⁴ O TJ salienta deste modo a função protectora da lei europeia, o que não deixa de ser surpreendente quando para tal utiliza um instrumento criticado precisamente pela sua falta de garantias para os migrantes e focado na eficácia da sua remoção da UE – MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 83.

¹⁸¹⁵ De facto, esta jurisprudência não se dirige à questão se saber se “ser estrangeiro é crime” (Opinião do AG Szpunar no âmbito do processo C-290/14 (*Celaj*), § 1), sendo apenas eficaz nos casos em que a imposição de medidas penais aos migrantes irregulares consubstancie um impedimento à prossecução dos objectivos da Directiva em causa, ou seja, quando atrase o retorno da pessoa em situação irregular ao seu país e consequente afastamento do território da União, sendo que se revela ineficaz (enquanto limite à liberdade legislativa nacional) em todos os outros casos – isso é demonstrado pelos Acórdãos seguintes ao de *El-Dridi*, que passaremos a referir liminarmente. No caso C-329/11 (*Achughbabian*), o Tribunal reitera que *qualquer* criminalização que imponha o cumprimento de uma pena de prisão será em princípio incompatível com os objectivos da Directiva em causa, ainda que aquela pena tenha sido determinada quando ainda não existia ordem de retorno do migrante irregular (ao contrário do afirmado por alguns EM, como Alemanha e Estónia – § 44). Em C-47/15 (*Affum*), a doutrina desenvolvida com os dois Ac. precedentes, relativos à *permanência* irregular no território de um EM, é estendida também à *entrada* irregular sob pena de se criarem resultados materialmente injustos para os migrantes. No entanto, as penas que se revelassem de acordo com os objectivos da Directiva poderiam continuar a ser impostas, como demonstrado pelo caso C-430/11 (*Sagor*), em que uma pena de multa ou expulsão foi considerada compatível com o ordenamento europeu, já que não atrasa nem impede o procedimento de retorno do migrante irregular (§ 35 a 37); já a comutação daquela numa obrigação de permanência no domicílio, sem a garantia de que a remoção do migrante irregular se faria assim que possível ainda que não cumprida toda a pena, foi também considerada

Por fim, a implementação da Directiva é também em si mesma susceptível de crítica, uma vez que permite aos EM um grau de variação incompatível com a certeza, consistência e eficácia pretendidas na adopção de medidas legislativas europeias¹⁸¹⁶.

Podemos concluir então que o quadro legislativo europeu formado pela Directiva e DQ apresenta de igual modo uma natureza mais repressiva do que protectora dos migrantes (ainda de forma mais patente do que o Protocolo), evidenciando o papel da utilização de medidas com carácter sancionatório na regulação da imigração para o território da UE. Tal característica é anunciada logo no considerando (1) da Directiva, onde se menciona o “combate à imigração ilegal”, e no título da mesma (“auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares”). O que se pune é, na verdade, a imigração não autorizada¹⁸¹⁷ segundo as regras da UE, e não um comportamento que coloca em risco interesses legítimos de pessoas individuais. No entanto, uma política puramente repressiva, sem regras comuns relativa à imigração e ao asilo na UE, nunca terá o efeito desejado de controlar a migração irregular no território europeu¹⁸¹⁸, facto que é ilustrado pelo “ciclo vicioso”¹⁸¹⁹ em que se encontra a UE: as mortes de migrantes que tentam entrar na União de forma irregular por falta de vias legais levam a acesos apelos ao combate ao contrabando de migrantes, que por sua vez originam medidas mais repressivas e mais controlos fronteiriços, levando a que os migrantes e aqueles

incompatível com a Directiva (§ 43 a 47). Por último, em relação às situações em que um migrante reentra no território de um EM em violação de uma proibição de entrada – C-290/14 (*Cela*), o TJ considerou que a imposição de uma pena nestes casos, ainda que de prisão efectiva, não é incompatível com a Directiva (§ 26 a 30), apesar de referir que isso se deve encontrar de acordo com o art. 11º da mesma e com os direitos fundamentais do arguido (§ 31 e 32). Este último julgamento foi criticado pela doutrina, na medida em que não se consegue identificar, também neste caso, um interesse relevante que deva ser protegido pela lei penal: “[...] the distinctiveness in the interests protected by national law criminalising re-entry or the harm in re-entry are difficult to pin down unless re-entry is viewed as na additional affront to state sovereignty as translated in its capacity to guard the border effectively” – MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 83 e 84. Para mais comentários e análise destes casos, v. ainda VAVOULA, Niovi, “C-61/11 PPU – *El Dridi*...”, pág. 281 ss. Não obstante, e tendo em conta que o objectivo final da política de imigração é precisamente devolver os migrantes em situação irregular aos seus países de origem, esta jurisprudência veio com eficácia demonstrar que existem alguns limites à liberdade estadual colocados pelas normas europeias (pelo que perseguir objectivos distintos não será exequível), para além de lembrar que qualquer actuação dos EM nesse âmbito deve indubitavelmente respeitar os direitos fundamentais – *ibid*, pág. 279. Sobre os limites impostos pela UE à criminalização nos EM v. com detalhe MITSILEGAS, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, London, Springer, 2015, pág. 57 ss.

¹⁸¹⁶ ALLSOPP, Jennifer and MANIERI, Maria, “The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and indirect effects on the provision of humanitarian assistance to irregular migrants”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 85. Em análise à legislação europeia, do ponto de vista dos efeitos práticos que tem quanto ao princípio da legalidade em particular, e do populismo penal que agravou (em Itália), MINETTI, Marta, “The Facilitators Package...”, pág. 341 e 342.

¹⁸¹⁷ O fenómeno entendido na literatura especializada como “criminalização da migração” compreende a utilização de três processos para controlo da migração: “a adopção de medidas de Direito Penal substantivo, [...] o recurso a mecanismos de execução da lei penal tradicionais, incluindo vigilância e detenção, bem como [...] o desenvolvimento de mecanismos de prevenção e preempção” – critérios apontados por MITSILEGAS, Valsamis, *The Criminalisation of Migration...*, pág. 2. Isso torna ainda mais notável a jurisprudência do TJ desenvolvida no âmbito da Directiva de repatriamento dos migrantes irregulares, uma vez que protege as pessoas de uma criminalização que a própria lei europeia potencia (ou não restringe).

¹⁸¹⁸ CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 56.

¹⁸¹⁹ LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 5.

que facilitam a sua entrada optem por percursos cada vez mais arriscados, o que faz o ciclo voltar ao início, com a provocação de mais mortes de migrantes e assim sucessivamente.

As consequências desta política fazem-se sentir também quanto aos requerentes de asilo, sendo que agora as autoridades se centram mais na forma como estes chegaram à Europa e quem os ajudou nesse percurso do que propriamente nas razões por que queriam fugir do seu país. Curiosamente, ao focar progressivamente a sua atenção no combate ao contrabando de migrantes e ao reforçar as suas fronteiras, a UE cria proporcionalmente um maior “mercado” para esses serviços, que se tornam cada vez mais profissionais, esquecendo assim que o contrabando de migrantes é apenas uma resposta à crescente fortificação das fronteiras, e não a causa da migração irregular¹⁸²⁰.

O controlo acrescido nas fronteiras, acoplado à diminuição de hipóteses de sucesso, leva ainda a que os riscos das viagens sejam cada vez mais transferidos para os migrantes, em vez de assumidos pelos contrabandistas: p. ex. no Mediterrâneo são colocados demasiados migrantes em barcos nos quais seria impossível fazer a travessia completa, uma vez que já esperam que os migrantes sejam ou interceptados ainda em águas territoriais da Líbia e enviados para trás, ou por alguma organização de auxílio e levados em segurança até à Europa. É também por este motivo que cada vez mais facilitadores do percurso optam por não acompanhar os migrantes: deste modo, se forem interceptados não poderão ser acusados (ou pior, um dos migrantes é visto como aquele que auxiliou a entrada irregular dos outros e é criminalizado, em vez daquele). Por essa razão há quem argua que os níveis das sanções existentes não relevam de todo em relação à tentativa de prevenção ou diminuição do fenómeno, uma vez que os verdadeiros autores ou não sofrem as consequências ou, sendo um grupo organizado, não são as pessoas que o controlam que são apreendidas¹⁸²¹.

Ao adoptarem medidas mais restritivas, seja admitidamente para controlar a imigração ou sob o título de combate ao contrabando de migrantes, a concessão de vistos por parte dos Estado também é dificultada, afectando as pessoas que em situações normais poderiam legitimamente entrar em território europeu ao abrigo de vistos de estudante, de trabalho ou mesmo turísticos¹⁸²², reduzindo desta forma ainda mais as vias legais realmente existentes para a imigração, o que aumenta o número de migrantes irregulares.

A possibilidade de os migrantes serem sancionados por se encontrarem na posse de documentos fraudulentos, para além de ser questionável a criminalização da sua conduta, gera ainda preocupações acrescidas no sector dos transportes, uma vez que o controlo destes

¹⁸²⁰ LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight...”, pág. 7.

¹⁸²¹ DG Home, “Summary of Replies to the Public Consultation on ‘Tackling Migrant Smuggling: is the EU Legislation Fit for Purpose?’”, pág. 13.

¹⁸²² International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 27.

documentos é efectuado por pessoas com pouco ou nenhum treino e experiência nessa temática, assim como sem meios de detecção adequados¹⁸²³.

Por último, é também uma consequência do controlo apertado existente nas fronteiras a corrupção dos agentes que aí trabalham, de modo a não interferirem nas acções dos contrabandistas. Esta conclusão, para além de algo lógica, é ainda comprovada por estudos conduzidos na Bulgária¹⁸²⁴ e informações provenientes da Líbia¹⁸²⁵, que dão conta de uma cooperação activa com quem auxilia os migrantes a sair do país.

β) A eficácia das medidas

A resposta da União Europeia ao contrabando de migrantes não se limita, como vimos, à previsão da sua criminalização, existindo antes outras disposições legislativas com relevância neste tema, bem como outras medidas de natureza não jurídica¹⁸²⁶. Para aquilo a que a este tema importa iremos focar-nos apenas nas medidas de criminalização existentes e expulsão de migrantes irregulares da UE, de forma a procurar determinar a sua eficácia. Esta “eficácia” depende sobretudo, no entanto, de quem a procura determinar, e se é avaliada nos seus efeitos a curto, médio ou longo prazo¹⁸²⁷ – p. ex., a eficácia da operação EUNAVFOR MED (Sophia) foi colocada em questão pelo Reino Unido, após concluir que existiam várias falhas no conhecimento daqueles que a integravam em relação às operações de contrabando de migrantes na Líbia¹⁸²⁸.

A eficácia não pode também ser simplisticamente avaliada em termos quantitativos, apesar de ser essa a intenção das medidas destinadas a conferir uma maior eficácia às decisões que pretendem remover do território da UE os migrantes “que não têm ou já não têm o direito de permanecer na Europa”¹⁸²⁹, buscando a maior aproximação possível entre duas grandezas matemáticas: o número de expulsões judicialmente ordenadas e aquelas realmente efectuadas durante um determinado período de tempo (bem como, p. ex., entre o número de migrantes irregulares que devem sair do território e aqueles devolvidos ao país de origem através das “readmissões” operadas ao abrigo de acordos bilaterais com esses países). Esta visão puramente

¹⁸²³ DG Home, “Summary of Replies...”, pág. 15.

¹⁸²⁴ COLLN, Friederike von, “The EU’s commitment to fight Trafficking in Human Beings – What’s the Problem?”, 2014, pág. 8.

¹⁸²⁵ VENTRELLA, Matilde, “The impact of Operation Sophia...”, pág. 5.

¹⁸²⁶ Como p. ex. medidas de investigação, de cooperação com países terceiros, campanhas de informação junto das comunidades dos países de origem, etc. Para uma lista completa sistematizada, v. European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 80 ss.

¹⁸²⁷ CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum: Problematizing ‘Effectiveness’ as a Frame for EU Criminalization and Expulsion Policies” in SERVENT, Ripoll A. and TRAUNER, F. (Eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2017, pág. 70.

¹⁸²⁸ House of Lords, European Union Committee, 14th Report of Session 2015–16, “Operation Sophia, the EU’s naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge”, pág. 19.

¹⁸²⁹ COM(2015) 453 final, pág. 2.

estatística não tem em conta, porém, os *motivos* pelos quais as duas grandezas não coincidem, conferindo ao intérprete uma imagem provavelmente errónea: seja porque o número de decisões judiciais de remoção poderá estar incorrecto devido à inclusão de pessoas que não poderiam ser removidas, porque existem processos de asilo ainda pendentes, porque não se consegue determinar a identidade do migrante, dificultando a tarefa de saber qual o país a que deve retornar, ou ainda porque não tem em conta se existem ou não recursos disponíveis suficientes para efectuar todos esses retornos¹⁸³⁰.

Quanto ao número de expulsões efectivamente realizadas, as estatísticas (e políticas utilizadas) também não têm em conta a respectiva eficácia a longo prazo, desde logo porque ignoram a possibilidade de “remigração”, para além de esse retorno só ser eficaz (no sentido de não provocar mais a necessidade de sair da comunidade de origem) quando se demonstre existirem oportunidades concretas para garantir a subsistência do migrante nessa comunidade, a possibilidade da sua integração na mesma, e a adequação dessa medida em relação ao carácter liberal e democrático do país que o expulsa do seu território¹⁸³¹ (tendo especialmente em conta as obrigações desses países quanto a requerentes de asilo).

Do exposto ao longo deste estudo resulta também um quadro bastante dúbio quanto à eficácia das medidas legislativas destinadas a combater os contrabandistas de migrantes¹⁸³², uma vez que as suas operações não foram descontinuadas, optando estes antes pela escolha de outras rotas ou estratégias que evitam a sua captura. Se se optar por ver a questão da óptica da diminuição do número de migrantes que chegam ao território da União (comparando as estatísticas de vários anos), a conclusão também não é clara quanto aos factores que a determinaram, uma vez que terá sido a retenção do fluxo nos pontos de partida para a Europa (através da cooperação com países terceiros), em conjunto com o patrulhamento das rotas (e intercepção dos migrantes) e os acrescidos obstáculos fronteiriços a ditar esse abrandamento, mais do que propriamente as medidas de criminalização existentes.

As medidas tradicionalmente utilizadas no âmbito do Direito Penal, agora utilizadas para fazer face à imigração (como a detenção dos migrantes), ou as medidas destinadas a desincentivar a sua vinda, concedendo-lhes condições de acolhimento praticamente

¹⁸³⁰ CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum...”, pág. 74 / 75, com várias estatísticas.

¹⁸³¹ É ainda referida esta visão “miópica” das expulsões quanto às condições que os migrantes realmente enfrentam no país de destino, muitas vezes não estando de todo familiarizados com a região para a qual são enviados (p. ex. no Afeganistão, dado que nem todas são seguras) ou não se sentindo já parte daquela comunidade, fazendo com que a sua integração não seja bem sucedida e procurem voltar ao país que os expulsou em primeiro lugar – CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum...”, pág. 77 (com estatísticas).

¹⁸³² Mesmo em termos estatísticos, não se deve atentar apenas ao número de condenações existentes ou número de processos abertos, desde logo porque podem ser acusações injustas, como no caso do auxílio a membros da família ou efectuado por motivos humanitários, mas também porque os efeitos da criminalização da conduta não se limitam àqueles processuais ou judiciais, antes reflectindo-se logo de início quando os supostos autores são “detidos, interrogados, presos e processados [...], mesmo que essas intervenções [do Estado] não resultem eventualmente numa condenação e imposição de uma sanção” – ALLSOPP, Jennifer and MANIERI, Maria, “The EU Anti-Smuggling Framework...”, pág. 87 (tradução livre).

inexistentes (como as que foram referidas em relação ao Reino Unido e França) também não provaram ser eficazes no seu objectivo de deter o fluxo de migrantes, antes servindo para marginalizar ainda mais aqueles e aumentar o sentimento geral de insegurança e desconfiança da sociedade onde potencialmente eles teriam que se integrar no futuro¹⁸³³ (quando são libertos da detenção inicial ou quando é permitida a sua permanência no território, p. ex. por serem legítimos requerentes de asilo). Mesmo as medidas de intimidação às organizações humanitárias são eficazes apenas em impedir o salvamento de vidas em risco, ou a injustamente criminalizar acções que não preenchem nenhum dos tradicionais requisitos penais.

Em conclusão, as medidas actualmente existentes na UE só podem ser consideradas moderadamente “eficazes” quando vistas da perspectiva do controlo numérico dos migrantes¹⁸³⁴, o que se encontra de facto alinhado com os objectivos claramente repressivos da legislação existente; não poderão, contudo, ser consideradas eficazes quando se adopta uma perspectiva de respeito pelos direitos dos migrantes ou de legitimidade no âmbito de uma sociedade democrática e liberal.

γ) Os direitos dos migrantes

O acervo de direitos a que podem aceder os migrantes é sempre mais difícil de determinar, tendo em conta a posição ambígua que ocupam no tema do contrabando (como vimos acima, em princípio nem vítimas nem autores), e ainda, ao contrário do crime de tráfico de pessoas, a inexistência de qualquer menção a direitos específicos que lhes assistam¹⁸³⁵. Deste modo, e simplesmente por serem pessoas, existem naturalmente direitos humanos que devem ser respeitados – nomeadamente aqueles expressos em Convenções de Direito Internacional¹⁸³⁶, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (CER), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC), a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, e a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias; no espaço europeu temos ainda a CEDH e a CDFUE.

¹⁸³³ CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum...”, pág. 78.

¹⁸³⁴ CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum...”, pág. 80.

¹⁸³⁵ Tirando a breve menção da Directiva 2004/81/EC a um potencial direito de permanência para migrantes que colaborem com as autoridades dos EM.

¹⁸³⁶ Para mais desenvolvimentos quanto a alguns destes instrumentos especificamente para o caso dos migrantes irregulares, v. International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 49 ss.

Existem contudo alguns direitos que se aplicam exclusivamente a pessoas que se encontram fora do seu país de origem, e dizem respeito a circunstâncias em que não devem ser devolvidas ao mesmo: falamos aqui do direito de sair de um país e a ele retornar, direito a obter asilo e protecção internacional, *non-refoulement*, e a proibição de expulsão colectiva.

O *direito a sair de um país*¹⁸³⁷ (e de voltar) encontra-se expresso no art. 13º da DUDH, art. 12º PIDCP e art. 2º do Protocolo nº 4 da CEDH, mas não é um direito absoluto, o que significa que pode sofrer limitações por vários motivos, incluindo de segurança nacional, saúde pública ou de prossecução de acções criminais, entre outros¹⁸³⁸. Apesar disso, as restrições impostas não podem significar uma completa anulação desse direito, devem ser excepcionalmente aplicadas, e não devem ser arbitrárias. Mas este direito não é absoluto também na medida em que a sua realização completa depende não só do Estado de origem (ao não colocar proibições de saída irrazoáveis), mas também do Estado de destino, ao permitir a entrada do migrante¹⁸³⁹.

Inextricavelmente relacionado com este direito está aquele de *pedir asilo e protecção internacional*, o que no nosso tema se reflecte de modo mais importante na questão de os requerentes de asilo não deverem ser criminalizados por entrarem de forma irregular no país onde pretendem pedir protecção, e não deverem ser repelidos (*non-refoulement*) para países onde a sua vida e liberdade se encontrem ameaçadas¹⁸⁴⁰ (art. 14º DUDH e art. 31º e 33º CER), pelo menos sem terem a possibilidade de ver o seu caso individualmente apreciado pelas autoridades competentes do país onde pretendem pedir asilo¹⁸⁴¹.

A aplicação prática do *direito de non-refoulement* dos migrantes complica-se um pouco quando estes são interceptados no decurso da sua viagem, principalmente quando alguns se encontram ainda tecnicamente no Estado de origem e não podem, por isso, alegar que não podem ser devolvidos – deve, assim, ser feita uma distinção entre os migrantes, de acordo com as suas nacionalidades. Exemplifiquemos com uma situação de travessia do Mediterrâneo, da Líbia para a Itália¹⁸⁴², em que os migrantes objecto de contrabando são interceptados ainda em águas territoriais da Líbia (por entidades não pertencentes à Líbia,

¹⁸³⁷ Para uma análise mais geral desse direito, com vários exemplos de casos concretos, v. GUILD, Elspeth, “To protect or to forget? The Human Right to Leave a Country”.

¹⁸³⁸ ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 50.

¹⁸³⁹ Em relação ao direito de saída, afirmou o TEDH no caso *Amuur v. France* (§ 48) que esse direito é apenas teórico se as pessoas (no caso, quatro irmãos que pretendiam pedir asilo na França e que se encontravam confinados a um hotel, proibidos de entrar nesse país) ao sair não encontrarem um nível de protecção dos seus direitos equivalente ao do país do qual saem – neste caso, ao sair da zona ainda internacional do aeroporto na França teriam que voltar à Síria, país que, mesmo que lhes reconhecesse o direito de asilo, não lhes concederia o mesmo grau de protecção que a França.

¹⁸⁴⁰ ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 52.

¹⁸⁴¹ A responsabilidade dos membros da CEDH pelas violações de direitos em que podem incorrer ao adoptar tais práticas é repetidamente afirmada pelo TEDH – para uma análise, v. CARDOSO, Raquel, *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, pág. 20 ss.

¹⁸⁴² Exemplo em ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 54.

senão seriam simplesmente levados de volta para esse país). A situação na Líbia não se considera segura, de acordo com os padrões europeus de defesa dos direitos humanos, pelo que ao abrigo do Direito Internacional os requerentes de asilo não deveriam ser devolvidos à Líbia; no entanto, em teoria dever-se-ia distinguir nesta situação os migrantes com nacionalidade líbia daqueles com nacionalidade diferente, uma vez que os primeiros não se encontram ainda fora do território do seu país, pelo que não gozam ainda do direito de *non-refoulement*. Na prática, no entanto, é difícil fazer esta distinção, uma vez que os migrantes tendem a não ter identificação, pelo que se defende que a lei mais favorável deve ser aplicável, o que no caso seria proceder ao desembarque dos migrantes no local considerado seguro mais próximo¹⁸⁴³.

Por fim, existe ainda no espaço europeu uma *proibição de expulsão colectiva*, que no nosso tema proíbe a um país expulsar indiscriminadamente um conjunto de migrantes sem individualmente avaliar a sua responsabilidade em termos de protecção de direitos humanos. O caso mais relevante até à data é o de *Hirsi Jama v. Italy*, julgado no TEDH, que diz respeito a nacionais da Somália e da Eritreia interceptados por autoridades italianas em águas da responsabilidade de Malta; tendo sido detectados e colocados a bordo do navio italiano, foram sem demoras levados para Trípoli, forçados a sair do barco italiano e entregues às autoridades líbias, mesmo referindo repetidamente que desejavam pedir asilo e que não queriam regressar à Líbia. Após questões de jurisdição¹⁸⁴⁴ (uma vez que a Itália negava a aplicação dos princípios da CEDH por não se encontrarem, à altura, em território italiano), o TEDH acaba por decidir, de acordo com a sua jurisprudência anterior, que a Itália, detendo o controlo efectivo sobre os migrantes (e logo, jurisdição), deliberadamente os expôs a tratamentos contrários ao art. 3º CEDH¹⁸⁴⁵, para além de ser responsável também pela sua remoção indirecta (pelo risco de serem arbitrariamente expulsos para a Somália e Eritreia)¹⁸⁴⁶, consubstanciando a sua acção uma expulsão colectiva, uma vez que transferiram todos os migrantes para o território de outro Estado sem lhes dar a oportunidade de apresentarem individualmente o seu caso perante as autoridades competentes¹⁸⁴⁷. O Tribunal menciona ainda que, apesar de reconhecer o direito dos Estados de estabelecer as suas próprias políticas de imigração, os problemas que

¹⁸⁴³ ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 54. Para uma análise das obrigações dos Estados em relação aos migrantes (resultantes tanto do quadro internacional como europeu) v. FISCHER-LESCANO, Andreas, LÖHR, Tillmann, e TOHIDIPUR, Timo, “Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law”, *in* *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, Issue 2, July 2009, pág. 256 ss.

¹⁸⁴⁴ *Hirsi Jama v. Italy*, § 70 ss.

¹⁸⁴⁵ *Hirsi Jama v. Italy*, § 122 ss.

¹⁸⁴⁶ *Hirsi Jama v. Italy*, § 146 ss.

¹⁸⁴⁷ *Hirsi Jama v. Italy*, § 166 ss. O Tribunal decidiu neste caso pela primeira vez a aplicação do Protocolo nº 4 a casos de expulsão colectiva de estrangeiros que se encontram ainda fora do território do Estado que os expulsa, mencionando que uma decisão em contrário iria excluir do âmbito de aplicação dessa norma “uma componente significativa dos padrões migratórios contemporâneos”, levando na prática a uma situação de injustiça, uma vez que “os migrantes que entram no mar, muitas vezes arriscando a sua vida, não teriam direito a um exame das suas circunstâncias pessoais antes de serem expulsos, ao contrário daqueles que viajam por terra” – *ibid.* § 177. Este caso difere do mais recente *Khlaifia and Others v. Italy*, onde nenhuma violação do Protocolo foi encontrada, devido a terem tido oportunidade de apresentar o seu caso perante as autoridades – § 254.

eventualmente surjam no controlo de fluxos migratórios não podem ser resolvidos à revelia das obrigações assumidas perante a CEDH, devendo as disposições dos Tratados ser interpretadas de boa-fé¹⁸⁴⁸.

O TEDH reafirmou assim, mais uma vez, a aplicação extraterritorial das garantias da CEDH quando o acto que coloca em causa o respeito por essas garantias é ainda da responsabilidade fáctica do Estado Parte em causa, contornando assim, pelo menos na questão da jurisdição, alguns obstáculos utilizados pelos Estados para não cumprirem com as obrigações internacionalmente assumidas para protecção de refugiados¹⁸⁴⁹. Estas decisões e a constante jurisprudência do TEDH levaram eventualmente os Estados a celebrar acordos bilaterais (já acima referidos) de modo a tentar evitar a sua responsabilização ao abrigo das Convenções de direitos humanos de que são signatários.

δ) A adequação da criminalização do contrabando de migrantes

Ao longo da análise efectuada foi sendo possível vislumbrar a lógica resposta a esta questão; no entanto, mesmo avaliações por parte da UE concluem que a legislação existente não é adequada ao fim a que se destina¹⁸⁵⁰. Os problemas apontados mencionam sobretudo o carácter opcional da cláusula humanitária, apesar de os EM não concordarem com uma definição mais estrita do crime de contrabando de migrantes, argumentando antes que os

¹⁸⁴⁸ *Hirsi Jama v. Italy*, § 179.

¹⁸⁴⁹ Como as mencionadas em ELSEPHY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean...*, pág. 47, p. ex. o caso da França, que declarou os aeroportos e portos como sendo zonas internacionais, procurando assim devolver sumariamente os migrantes irregulares ao país de onde procederam (como, aliás, aconteceu no já referido caso *Amuur v. France*). Uma das causas dos problemas de jurisdição nestes casos é o facto de esta continuar a ser estabelecida primariamente através do critério territorial, para além de ser também uma conduta que não se deixa enquadrar facilmente pelos normais critérios de extensão da jurisdição (personalidade activa ou passiva), dado que são normalmente cometidas por nacionais de países terceiros em relação a outros nacionais de países terceiros – sobre os problemas de jurisdição existentes no plano europeu e proposta de solução, ainda que em geral e não especificamente relacionados com o contrabando de migrantes, v. também SEGUIN, John, “The Case for Transferring Territorial Jurisdiction in the European Union”, *in Criminal Law Forum*, Vol. 12, 2001. Tendo isso em conta, foi já sugerido que o contrabando de migrantes deveria passar a ser considerado um crime contra a humanidade, fazendo assim com que a jurisdição pelo mesmo se estenda ao abrigo do princípio da universalidade – v. Council EU, 9202/17, de 15 de Maio de 2017, pag. 36, § 129; uma última hipótese seria considerar esse crime em relação à soberania dos Estados em si (o que seria problemático, uma vez que “a soberania” é algo demasiado vasto para que se consiga aí identificar um interesse ou dano produzido pela conduta em causa). A consideração do contrabando de migrantes enquanto crime contra a humanidade é problemática devido a vários aspectos: para além de se centrar exclusivamente numa visão securitária do contrabando, trivializa a gravidade dos verdadeiros crimes contra a humanidade, para além de ser um problema essencialmente de território (o atravessar das fronteiras de modo irregular), e ainda de ser procurada apenas para garantir a eficiência da sua investigação e acção penal (ou seja, é uma questão de eficiência que dita a sua qualificação enquanto crime contra a humanidade, e não o contrário) – v. com maior detalhe em MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 72 a 75; o autor acaba por concluir que a qualificação dos crimes *contra os migrantes* como crimes contra a humanidade seria mais adequada, na medida em que coloca ênfase na dimensão de protecção dos direitos humanos destes, e não no objectivo de eficácia no controlo e prossecução de uma qualquer política de imigração.

¹⁸⁵⁰ SWD(2017) 120 final, Commission Staff Working Document, Executive Summary of the REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA).

contrabandistas poderiam aproveitar esse facto para cometer o crime sem serem punidos, e que uma definição mais ampla deixa aos Estados individualmente considerados a margem de interpretação necessária. A conclusão apresentada relativamente à coerência com as outras normas de Direito da UE (“satisfatória”) e em relação ao Protocolo sobre Contrabando, do qual a UE é também signatária (“diferenças não problemáticas”), merece, no entanto, muitas reservas, tendo em conta tudo o que foi exposto até agora¹⁸⁵¹.

De facto, concordamos que esta legislação não é adequada, e que a oportunidade para a modificar de acordo com as novas normas do Tratado de Lisboa foi desperdiçada¹⁸⁵². Do mesmo modo, a margem de apreciação que deixou aos EM fomentou a sua ineficácia¹⁸⁵³, mesmo enquanto instrumento de pretensa aproximação legislativa.

Por estes motivos, iremos de seguida analisar a conduta alvo de criminalização à luz do critério proposto para a função a cumprir pelo Direito Penal Europeu, procurando determinar *se* deverá ser considerada crime, e se sim, *porquê* e *em que moldes*.

4. A avaliação do crime de contrabando de migrantes à luz da função do DPE

De acordo com o que foi definido na secção anterior, em qualquer proposta de intervenção legislativa penal europeia deve iniciar-se por se identificar o interesse em causa, para que a partir daí se aplique o critério diferenciado de avaliação da legitimidade da incriminação proposta. A primeira possibilidade a averiguar será a possibilidade de se tratar de meros interesses dos EM, caso em que a União não deverá intervir. Neste caso, como se trata de uma conduta que releva *globalmente*¹⁸⁵⁴, uma exclusiva responsabilidade pela sua

¹⁸⁵¹ Em relação à avaliação e documento de 2017. A avaliação de 2018 (CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update*, Study Requested by the PETI committee) chega a conclusões bastante distintas.

¹⁸⁵² CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 12. A Comissão, mesmo reconhecendo as críticas tecidas à legislação em causa, afirma não possuir dados suficientes para justificar uma mudança legislativa (nem em relação à criminalização da ajuda humanitária, nem no que concerne ao elemento de obtenção de lucros, argumentando aqui que a dificuldade em obter provas relativamente aos fluxos financeiros gerados pelo contrabando de migrantes iria desproporcionadamente dificultar a acção penal nestes crimes), pelo que não descortinava o valor adicional de se modificar a legislação já existente – SWD(2017) 120 final. Esta opinião é obviamente criticada pela doutrina especializada, que afirma que, para além de se justificarem incriminações com base em fundamentos processuais (maior facilidade da investigação e de acção penal), ao negar a necessidade de se modificar a legislação europeia existente nesta matéria a Comissão perdeu de facto três oportunidades (MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 79 / 80): a oportunidade de alinhar a legislação europeia com as obrigações internacionais assumidas; a oportunidade de modernizar essa legislação para que tivesse em conta a dimensão constitucional da UE reconhecida desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (uma UE mais voltada para a protecção dos direitos fundamentais do que anteriormente); e a oportunidade de, pela primeira vez, *descriminalizar* uma conduta enquanto escolha de política criminal europeia. Relativamente a esta última questão, note-se que não seria problemático à luz das possibilidades conferidas ao legislador penal europeu pelo TFUE: ao efectuar uma revisão de legislação já existente e impor outros limites ao poder de criminalização dos EM ao sublinhar que o migrante ou ajuda humanitária não deveriam ser criminalizados (e não se limitar a descriminalizar *qua tale*, uma vez que não chega a criminalizar essas condutas), não se poderia argumentar que estaria a ultrapassar os limites de competência definidos pelos Tratados.

¹⁸⁵³ ALLSOPP, Jennifer and MANIERI, Maria, “The EU Anti-Smuggling Framework...”, pág. 85.

¹⁸⁵⁴ A migração enquanto problema global é desde logo evidente no âmbito europeu – v. p. ex. Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Implementation of the Global Compact for safe, orderly and regular migration based on EU

tutela (caso necessária) por parte dos EM encontra-se excluída, pelo que poderemos passar a avaliar se o que se encontra aqui em causa será um interesse próprio da União ou comum, e em que medida se encontra este harmonizado, se for esse o caso.

Como já referido em outros locais deste estudo, o Direito Penal deve actuar simultaneamente enquanto limite aos poderes do Estado (protecção do cidadão em relação ao Estado) e enquanto fundamento dos poderes do Estado (protecção do cidadão em relação a outros)¹⁸⁵⁵, sendo que em cada nova incriminação se deve pesar, segundo o interesse em causa, qual a dimensão que irá naquele caso prevalecer, e em que medida: favorecem-se as pretensões punitivas porque de facto aquele interesse o merece, ou limitam-se aquelas porque as condutas não adquirem gravidade suficiente, e o cidadão deve nesse caso manter a sua esfera de liberdade intacta? Uma clara orientação de política criminal é, portanto, necessária.

Em relação ao contrabando de migrantes, essa orientação parece existir *na esfera internacional*: apesar de o Protocolo também apresentar alguns problemas, a intenção parece ser de facto a protecção das pessoas que migram de forma irregular, punindo todos aqueles que dessa necessidade tiram lucros ilícitos e actuam num contexto de crime organizado¹⁸⁵⁶. Já no plano europeu a conclusão será forçosamente diferente, uma vez que o modo como se optou por criminalizar as condutas em causa revela uma perspectiva preponderantemente securitária e preventiva¹⁸⁵⁷, com a intenção de impedir os fluxos migratórios de alcançar o território europeu.

Esta conclusão encontra-se ainda de acordo com o que se foi afirmando noutros locais deste estudo: a política criminal europeia, até hoje, apresenta um carácter mais reactivo e

values', (2020/C 14/02). Mesmo em termos históricos torna-se evidente que a preocupação com os fluxos migratórios não poderia ser satisfatoriamente regulada pelos EM isoladamente considerados: já com a abolição dos controlos das fronteiras internas e a existência de crises migratórias em alguns Estados da União se recorria a acordos com países terceiros (em específico com a perspectiva de integrarem a UE) para tentar diminuir o fluxo de migrantes – analisando esta perspectiva, GEDDES, Andrew, “Tampere and the Politics of Migration...”, pág. 8 a 10. Para além disso, a tendência crescente para a supranacionalização do controlo de imigração ficou também patente com Tampere: “The Tampere summit consecrated the particular vision of JHA personnel in charge of immigration policy: shifting policy elaboration upwards to the supranational level and outwards to non-EU states” – GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 149 / 150.

¹⁸⁵⁵ V. a contraposição entre os valores *liberdade e segurança* patente na afirmação de Anabela Miranda Rodrigues citada por FIDALGO, Sónia, “Direito Penal Europeu...”, pág. 964: “Pede-se-lhe [ao Direito Penal] [...] que satisfaça ‘paradoxalmente’, duas ambições: que limite os poderes do Estado em nome da protecção dos direitos dos cidadãos; e que amplie os poderes do Estado, também em nome da protecção dos direitos dos cidadãos”. Colocando a mesma questão de um modo diferente, também BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, “The way forward...”, pág. 134: “[...] most debate on the content of the general principles of European criminal law is the result of a different focus on the *instrumental* or *protective* finality of criminal law” (sublinhados acrescentados).

¹⁸⁵⁶ Sublinhando a importância dessa direcção, MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 72.

¹⁸⁵⁷ MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 84 – segundo esta perspectiva, o contrabando de migrantes é visto enquanto uma ameaça à segurança da UE, o que impele a adopção de medidas com carácter antecipatório em relação à comissão da conduta tida como uma ameaça: as normas europeias dirigem-se assim ao objectivo último de impedir a chegada dos migrantes ao território europeu, precisamente porque é esse acto que é visto como uma ameaça de segurança. Esta visão transforma lentamente o Direito Penal em Direito securitário, desvinculando a criminalização tanto da acção penal como de um acto em concreto.

menos ponderado, sendo que a partir do momento em que os aspectos nucleares de uma determinada política se encontram fixos, a mudança institucional e a intervenção de outros actores (no caso da matéria penal, a intervenção da Comissão e do Parlamento no processo legislativo) podem não ser suficientes para mudar a direcção primeiramente definida para a mesma. No caso dos migrantes, essa política foi sendo definida ao longo da história da UE da perspectiva de reacção a “crises”¹⁸⁵⁸ migratórias e dos seus potenciais efeitos, e por isso, a resposta às mesmas (ou o objectivo último das políticas europeias) permanece a de procurar *evitar* essas crises, detendo os fluxos migratórios na origem sempre que possível. Esta narrativa é naturalmente auxiliada pela estigmatização a que se procede nesta questão: por um lado, as preocupações relativas à segurança por parte da opinião pública aumentam devido ao sentimento generalizado de falta de controlo (sobretudo em relação às fronteiras); e por outro, esse sentimento é também canalizado e exacerbado relativamente às pessoas que proporcionam o contrabando de migrantes, não só porque contribuem para o problema geral, mas também devido à sua caracterização por parte dos órgãos políticos responsáveis: o contrabandista é normalmente caracterizado como uma pessoa do sexo masculino que opera no seio de vastas organizações criminais de alcance transnacional (e logo, ligado a outros crimes graves como o terrorismo ou tráfico de droga), cuja única intenção é a obtenção de lucro, colocando para isso as vidas dos migrantes em perigo e muitas vezes cometendo ainda violentos crimes contra estes¹⁸⁵⁹.

Estabelece-se assim uma determinada visão da questão que não só é difícil de modificar, como favorece indubitavelmente uma aproximação à mesma através da punição, numa tentativa de ir de encontro ao que se afirma serem as necessidades vocalizadas pela

¹⁸⁵⁸ GEDDES, Andrew, “Tampere and the Politics of Migration...”, pág. 8 ss. O autor salienta ainda que essa continuidade se reflecte também nas soluções e ideias que vão surgindo em face do problema (*ibid.*, em especial pág. 11), para além da politização da migração ter atingido mesmo um ponto em que se tornou um dos factores fracturantes da política europeia, determinando o surgimento de partidos que se opõem à integração europeia principalmente por causa desta questão, bem como uma mudança de percepção radical do fenómeno na população europeia: de um sentimento de empatia inicial para um de alarmismo e preocupação de que toda a crise migratória não se encontraria de todo sob controlo (o que no artigo se contesta, em termos da sua veracidade fáctica, por se distinguir entre “sentimentos anti-imigração” *de per se* e saliência do problema na opinião pública – simplesmente porque uma determinada percentagem da população considera que esse assunto é relevante não implica terminantemente que tenham uma perspectiva negativa acerca do mesmo) – sobretudo pág. 14 a 16.

¹⁸⁵⁹ SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, pág. 183 / 184. A realidade, contudo, tende a ser diferente: como sublinha a autora, “While many migrant journeys can indeed be characterized by abuse and violence, the practices articulated as smuggling by law enforcement and other state actors are quite often void of criminal intention, and aim instead at preserving and improving the lives and dignity of those whose only options to travel are irregular, unsafe and undignifying”.

opinião pública¹⁸⁶⁰ – ainda que a utilização do Direito Penal nessa situação se mostre ineficaz ou agrave mesmo o que se pretende prevenir¹⁸⁶¹.

Mas o que se pretende, afinal, prevenir? A resposta a esta questão condicionará posteriormente todo o regime legal adoptado, pelo que começaremos por analisar o entendimento das instituições europeias. Na Directiva que define as condutas relevantes para o contrabando de migrantes fica claro que existe uma dupla motivação: por um lado, combater a imigração ilegal e, por outro, *através disso*, combater a exploração de seres humanos¹⁸⁶². Na DQ correspondente denota-se uma preocupação com a segurança na UE, sendo que depois se repetem as considerações já tecidas na Directiva: a problemática da passagem irregular das fronteiras e o vínculo da mesma à exploração de seres humanos¹⁸⁶³. Esta abordagem do legislador parece ser liminarmente adoptada também pela Comissão: tanto na avaliação destes dois instrumentos como nas directrizes para a sua aplicação, o interesse primário mencionado é o da migração irregular em si, a passagem das fronteiras (ou residência) de modo ilegal e o interesse dos Estados no controlo das suas fronteiras, e só depois surge a menção do risco que isso pode representar para as vidas dos migrantes envolvidos¹⁸⁶⁴.

A questão a que teremos que responder é, então, *qual o propósito* desta legislação: será proteger o território da UE, garantir uma execução eficaz da política de imigração europeia, serão preocupações securitárias em geral ou proteger os migrantes¹⁸⁶⁵?

¹⁸⁶⁰ Como afirma um oficial do Ministério do Interior da Áustria, citado em GEDDES, Andrew, “Tampere and the Politics of Migration...”, pág. 14, “[...] we must be close to public opinion. We must not follow it, but we must be aware of it and we have to reach conclusions which are at least compatible with public opinion”. Em termos políticos é importante que também a política criminal responda às necessidades da população a quem se irá posteriormente aplicar essa lei. No entanto, a emanação de normas penais *apenas e somente* para ir de encontro ao que num determinado momento é pretendido pela população (seja ou não na realidade uma maioria efectiva daquela), *sem que essas normas penais consigam ser justificadas ao nível dos princípios básicos do Direito Penal*, deve ser considerada ilegítima; isso corresponderia tão-somente, aliás, à criação de Direito Penal simbólico, condenando-se condutas tidas como imorais ou indesejadas, sem que nelas se conseguisse discernir um desvalor intrínseco.

¹⁸⁶¹ ARÊDES, Sirlene, “O conceito material de bem jurídico penal”, pág. 114, concluindo (com Zaffaroni) pela ilegitimidade do Direito Penal quando este é utilizado apenas para responder à opinião pública.

¹⁸⁶² Directiva 2002/90/CE, Considerandos (1) e (2). Esta ligação fica mais clara ainda com os outros instrumentos mencionados no considerando (5). Note-se, no entanto, a ordem de menção das questões: em primeiro surge uma preocupação com o facto de se atravessarem fronteiras da UE sem autorização para tal, e só depois se refere a preocupação com as pessoas envolvidas, e numa determinada acepção: a prevenção da sua exploração.

¹⁸⁶³ DQ 2002/946/JAI, Considerandos (1) e (2).

¹⁸⁶⁴ Em relação à avaliação dos dois instrumentos legislativos principais, SWD(2017) 117 final, pág. 11: “[...] affecting States’ legitimate interest to control borders and regulate migration flows”; no seu guia para aplicação dos mesmos, (2020/C 323/01), pág. 3: “The general objective of the Facilitators Package is to help fight against both irregular migration, by penalising facilitation in connection with unauthorised crossing of the border, and organised crime networks that endanger migrants’ lives”.

¹⁸⁶⁵ Entenda-se: mais do que simplesmente analisar o que se encontra realmente em causa – até porque é óbvio que se pretende regular a imigração através do uso de medidas de Direito Penal –, o que se pretende concluir é antes *qual deveria ser o propósito* da legislação europeia neste caso, analisando para isso estas condutas à luz do critério de legitimidade material do Direito Penal.

4.1 Primeira Fase – a tipologia do (verdadeiro) interesse em causa

Nesta fase será necessário analisar todos os interesses que poderão encontrar-se subjacentes às normas penais, determinando a sua legitimidade ou não em relação ao que deve ser a função do DPE, e no caso de vários serem legítimos, qual o que assumiria preponderância, de modo a definir o tipo de intervenção necessária por parte da UE¹⁸⁶⁶. Os interesses potencialmente em causa objecto de análise serão então: o território da União; o mercado comum; a política de imigração; a segurança; e a protecção dos interesses das pessoas envolvidas (os migrantes).

a) Território da União Europeia

Apesar de a UE não ser formalmente um Estado, concluímos já que possui um território susceptível de delimitação, pelo que o objectivo destas medidas poderia ser a defesa desse território¹⁸⁶⁷. No entanto, este interesse será liminarmente afastado porque as verdadeiras preocupações em causa se dirigem mais correctamente à *segurança* do mesmo – caso em que o interesse é a segurança, e não a integridade do território –, ou à *política de imigração* – procurando através desta assegurar a coesão do território europeu e sua população, bem como responder a outras preocupações relacionadas dessa população, como a distribuição dos recursos existentes (emprego, apoios, etc.) em face de um aumento exponencial e incontrolado do número de pessoas nesse dado território.

b) Mercado comum

A criminalização do contrabando de migrantes também poderá ter como objectivo proteger o mercado comum da UE, nomeadamente no que toca ao emprego: a presença de um grande número de imigrantes em situação irregular num ou em vários EM poderia distorcer o

¹⁸⁶⁶ O interesse preponderante seria determinado por dois vectores: ou se consegue estabelecer um vínculo mais estreito entre o que se pretende regular e um dado interesse (à semelhança do efectuado pelo TJ quando várias bases legislativas parecem ser possíveis), o que seria mais normal de acontecer; ou existindo vários interesses igualmente relevantes se adopta uma posição mais funcional e se determina a preponderância de um deles de acordo com as necessidades de harmonização sentidas naquele caso – ou seja, se em causa estiver um interesse próprio da União ou já amplamente harmonizado, e um interesse comum cuja tutela é ainda de facto partilhada, a preponderância de um ou outro poderia ser influenciada pelo tipo de aproximação legislativa necessária; assim, para uma maior harmonização deveria ser eleito o interesse próprio, e para uma maior margem de discricionariedade para os EM, o interesse comum.

¹⁸⁶⁷ Esta parece ser ainda a perspectiva adoptada mais recentemente pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CS), ao impor sanções a indivíduos suspeitos de se encontrarem envolvidos em actividades de contrabando de migrantes. Estas sanções incluem interdições de viajar e congelamento de bens, sendo que a intervenção do CS implica afirmar concomitantemente que o que se encontra em causa é “a paz e segurança internacionais”, algo que a utilização de medidas penais em relação ao contrabando de migrantes irá garantir. Estas sanções são ainda problemáticas do ponto de vista da potencial banalização do próprio conceito de paz e segurança internacional, para além de estabelecerem de momento um vínculo entre o contrabando de migrantes e outros crimes graves (como o tráfico de pessoas), e entre o contrabando de migrantes e a morte dos próprios migrantes; por último, questiona-se ainda (à semelhança do que aconteceu em relação ao terrorismo) a legitimidade da imposição dessas sanções por parte do CS relativamente à defesa dos direitos humanos e ao próprio Estado de Direito (mudança de actuação do CS, de um órgão executivo para órgão legislativo) – MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 75 a 77.

mercado comum relacionado com o emprego, pelo que a punição dessa conduta se destinaria a prevenir essa distorção¹⁸⁶⁸. Apesar de obviamente a regulação da imigração (e logo, da migração irregular e auxílio à mesma) se repercutir colateralmente no mercado interno, na medida em que previne alguns dos efeitos indesejados daquela nesse sector, não nos parece ser possível afirmar que este é o vínculo mais saliente na criminalização do contrabando de migrantes: o seu impacto nesta questão não só é longínquo (em relação à conduta em causa), como também a sua dimensão é incerta. Os efeitos que a resposta normativa nestas matérias poderá ter noutros sectores em que a União também intervém é secundária, e portanto não o verdadeiro interesse em causa quando se pondera a criminalização de uma conduta.

c) Política de imigração

Actualmente, a legislação europeia relevante enfatiza a importância destas medidas criminais no controlo da imigração ilegal: é esperado que a ameaça penal actue no sentido de desmotivar os migrantes de entrar ou permanecer em território europeu sem a devida autorização¹⁸⁶⁹. Esta política dirige-se ultimamente à defesa da soberania dos Estados¹⁸⁷⁰: a migração em si é um fenómeno puramente social, que só adquire alguma qualidade legalmente relevante quando avaliada à luz de determinadas normas existentes no ordenamento jurídico em causa (neste caso, os ordenamentos dos EM, uma vez que estes continuam a ser responsáveis pela sua própria política de imigração¹⁸⁷¹); a partir desse momento, a imigração é

¹⁸⁶⁸ Esta é a classificação, aliás, efectuada por KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 197 e 198, denotando ainda a estreita conexão da punição do contrabando de migrantes com a (na altura ainda só proposta) Directiva 2009/52/CE, que procura sancionar os empregadores de residentes em situação irregular.

¹⁸⁶⁹ O que se torna claro quando se considera a criminalização da conduta do próprio migrante, que embora não efectuada directamente pela legislação europeia, também não é limitada por esta – neste sentido também MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 81 ss.

¹⁸⁷⁰ A soberania neste caso reporta-se à prerrogativa de decidir, em relação aos seus não-nacionais, o seu estatuto e condições de entrada, permanência ou residência – GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 150.

¹⁸⁷¹ A política de imigração neste caso terá que ser vista como um interesse comum: os EM retêm uma grande parte da sua soberania nesta questão, estando atribuída à UE apenas alguns aspectos da mesma, como a concessão de alguns vistos Schengen de curta duração. Os Estados decidem acerca do estatuto legal dos não-nacionais, quem é deportado (com a excepção de algumas limitações decorrentes, p. ex., da jurisprudência do TEDH), expulsão, e regularização das pessoas estrangeiras, pelo que uma grande parte da própria definição do que constitui imigração ilegal depende das práticas adoptadas pelos EM – GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 150 e 151. À UE encontram-se atribuídas algumas tarefas, como aquelas mencionadas nos arts. 77º e 79º TFUE, sobretudo al. c), que permite a adopção de algumas regras comuns relativas à “imigração clandestina e residência ilegal”. Nesta questão será importante referir que, se se optar por uma visão mais expansiva da competência penal da União, esta poderia ser uma potencial base legal para a adopção de Directivas penais (ou mesmo Regulamentos, quando restritos à restante competência da União em matéria de imigração) para regulação deste fenómeno – v. p. ex. a recente Proposta legislativa para regulação da migração e asilo, *COM(2020) 610 final*, de 23.9.2020 (de notar nesta proposta será a ligação existente entre asilo, migração e retorno dos imigrantes sem direito ao primeiro, numa perspectiva de confiança e solidariedade entre todos os EM, e ainda a necessária referência à *segurança* da União – p. ex. pág. 7). Este foco securitário pode ainda ser observado em outras duas propostas relacionadas com a primeira: *COM(2020) 612 final*, que introduz um sistema de triagem para nacionais de países terceiros nas fronteiras externas da União, e *COM(2020) 614 final*, relativa ao estabelecimento da ‘Eurodac’ para a comparação

legal ou ilegal quando cumpre ou não com os requisitos estabelecidos para a entrada de não-nacionais naquele território. Como se pode desde já observar, a conduta de migrar, *em si*, não apresenta qualquer desvalor; e mesmo quando é ilegal, esse desvalor reporta-se ao desrespeito de normas estabelecidas para a regular.

Mas a “prevenção” da imigração ilegal também é questionável do ponto de vista da sequência temporal das acções em causa: como podem os imigrantes “ser” já ilegais antes de entrarem, permanecerem ou residirem no território de um EM em violação das suas regras internas? A abordagem europeia é, neste caso, “proactiva”¹⁸⁷², procurando impedir¹⁸⁷³ os *potenciais* actos de entrada, permanência ou residência ilegais e afastando do seu território os migrantes que considera indesejados¹⁸⁷⁴.

Sublinhe-se: é legítimo que os Estados tenham uma política de imigração voltada a impedir que o seu território seja subitamente confrontado com o aumento exponencial de população oriunda de outros países, em busca de emprego ou de benefícios sociais¹⁸⁷⁵; o que não é legítimo é que persigam esse objectivo a qualquer custo, descurando princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico¹⁸⁷⁶ e ainda obrigações internacionais assumidas¹⁸⁷⁷.

Assim, e já que na conduta em si, objectivamente observada, não existe qualquer desvalor específico correspondente à sanção própria do DP, será que a política de imigração serve um interesse tão fundamental do Estado que justifique a sua relevância penal? Pensamos

de dados biométricos que permitam a eficaz implementação dos outros Regulamentos propostos, para a identificação de imigrantes irregulares e ainda para a sua utilização com fins penais.

¹⁸⁷² GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 150.

¹⁸⁷³ Numa perspectiva de “controlo remoto” da imigração, implicando também a cooperação dos Estados terceiros – GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 155.

¹⁸⁷⁴ De facto, em análise à política de imigração, afirmam TRAUNER, Florian and LAVENEX, Sandra, “A Comparative View...”, pág. 222 e 228, que a regulação da imigração na União Europeia se centra no afastamento daqueles imigrantes que considera “indesejados”, enquanto procura permanecer atractiva para aqueles que deseja, o que demonstra uma selectividade intrínseca a essa política e justifica uma maior definição da mesma pela negativa (em relação aos imigrantes que não pretende que cheguem ao seu território), do que propriamente pela positiva (a regulação da admissão regular dos imigrantes). Esta continuidade na política de imigração justifica-se por, desde logo, ter sido o Conselho o primeiro a intervir na mesma, focando e definindo a política europeia em relação aos fluxos migratórios que não desejavam nos seus territórios; depois porque quanto mais se investe numa determinada política, menos se deseja admitir o seu fracasso, optando-se por isso em investir cada vez mais na tentativa de atingir os resultados procurados (ainda que fosse mais eficaz ou mais correcto mudar para uma nova abordagem). A circunstância de essas abordagens deverem ser aceites pelos EM também tem a sua influência, uma vez que é mais fácil fazer com que os EM concordem em investir na prevenção desses fluxos migratórios do que propriamente na sua redistribuição pelos vários Estados; e por último, deve ainda ter-se em consideração os Estados zelarem, também nesta matéria, pela manutenção da sua soberania, não querendo perder a prerrogativa de decidirem quem permanece nos seus respectivos territórios – em análise com maior detalhe, GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s...”, pág. 153 e 154.

¹⁸⁷⁵ PAOLI, Letizia, “How to Tackle (Organized) Crime...”, pág. 8.

¹⁸⁷⁶ Em princípio, o Direito Penal não deve ser utilizado para sancionar o desrespeito por aquilo que são essencialmente normas administrativas, assim como não deve ser empregue para dissuadir indivíduos ou organizações de prestar auxílio humanitário – assim, MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 78.

¹⁸⁷⁷ Em especial em relação ao *dever* de conceder asilo aos migrantes que dele necessitem (que muitas vezes não têm outra opção que não entrar no território de um EM de modo irregular) – em referência ao *direito de receber asilo* (como direito do indivíduo, e não prerrogativa do Estado), LENAERTS, Koen, “The Contribution of the European...”, pág. 289.

que não: neste caso inexistência penal do interesse em causa, para além de se ter já demonstrado que a sua utilização nesta situação é também ineficaz¹⁸⁷⁸.

A estrita funcionalização deste ramo do Direito à garantia de cumprimento de outras normas do ordenamento jurídico – nomeadamente aquelas que regulam os requisitos de entrada e permanência regular num território – não é tida como legítima, pelo que a violação destas deveria dar origem a sanções de origem *administrativa*, e não penal. Portanto, ainda que o controlo da imigração seja um dos principais objectivos da criminalização do contrabando de migrantes conforme se encontra efectuada na legislação europeia, devemos concluir que este não pode constituir, na verdade, um interesse penalmente relevante.

Por último, e mesmo que se considerasse que a política de imigração europeia constituía um interesse com relevo penal, este seria, de acordo com a nossa aceção, um *interesse comum não totalmente harmonizado*, já que os EM mantêm uma grande parte da sua soberania na questão, pelo que, segundo o critério anteriormente exposto, a UE deveria optar por uma avaliação da legitimidade da incriminação à luz do *harm principle* (algo que será analisado de seguida).

d) Segurança

A actual busca incessante pela segurança estendeu-se naturalmente também ao Direito Penal¹⁸⁷⁹, que na procura de um equilíbrio com a liberdade cada vez mais pende para a primeira; a resposta a qualquer novo receio ou a qualquer novo risco é progressivamente dada utilizando o Direito Penal, procurando o legislador com isso reintroduzir na sociedade um falso sentimento de segurança¹⁸⁸⁰. A UE também não ficou alheia a esta tendência: apesar de não existir uma política criminal coerente, é sempre identificável uma preocupação europeia

¹⁸⁷⁸ E é ineficaz de dois modos distintos. Por um lado, a ineficácia à qual se foi aludindo até agora: o contrabando de migrantes não mostrou ser sensível às flutuações de risco (o que inclui naturalmente o risco de acção penal), continuando por isso os migrantes a tentar entrar no território de Estados aos quais não conseguem aceder de modo regular. Por outro lado, é também ineficaz porque, se a intenção dos Estados é manter os migrantes *fora* do seu território, isso só dificilmente se compagina com a sua manutenção no território (por limitada que seja) para serem sujeitos a acção penal. Esta é uma situação que demonstra claramente a excessiva convicção do poder político em relação aos resultados que *quer* que o Direito Penal atinja, em comparação com aqueles que *pode* coerentemente atingir.

¹⁸⁷⁹ “Criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade” – RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 16. Associando ainda este fenómeno à sociedade do risco, DÍEZ RIPOLLÉS, José, “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un Debate Desenfocado”, *in* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 07-01, 2005, sobretudo pág. 10 ss.

¹⁸⁸⁰ A segurança foi desde sempre uma das grandes preocupações da União (e antes Comunidade) Europeia – analisando essa questão desde a sua origem, RODRIGUES, José Noronha, “A “Constituição Europeia” e o Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça”, *in* Direito, Vol. 17, nº2, 2008, pág. 9 ss. Um dos problemas desta reacção-tipo por parte do legislador é a lenta formação de uma política criminal de tipo populista, não mais fundada em critérios racionais e princípios de Direito Penal liberal – alertando para essa conexão, em conjunto com a obrigatória perda de liberdade que significa uma maior repressão (e uma maior *quantidade* de repressão), RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 18; exemplificando através, precisamente, da criminalização do contrabando de migrantes, MINETTI, Marta, “The Facilitators Package...”, pág. 335 ss.

com a *segurança* em cada conjunto de normas adoptado¹⁸⁸¹, ainda que o seu significado possa variar consoante a específica política a que se refere dentro do espaço de liberdade, segurança e justiça¹⁸⁸².

A segurança pode ser entendida em vários sentidos, o que faz com que seja um conceito caracterizado pela sua maleabilidade¹⁸⁸³ e ambiguidade, como se passa a referir.

A segurança em geral pode adquirir um sentido *negativo*, o que significa que actua como motivação para a adopção de medidas mais restritivas, ou mais medidas restritivas¹⁸⁸⁴; pode ainda ser vista em termos *positivos*, caso em que assume a dimensão de um direito, ou individual ou colectivo¹⁸⁸⁵. A segurança *interna* da UE engloba ainda uma dimensão

¹⁸⁸¹ As normas penais adoptadas servem por isso o propósito de assegurar a segurança na União – assim, MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa...”, pág. 634. Não é difícil encontrar exemplos que comprovem esta afirmação: basta referir os relatórios da Comissão focados na segurança – p. ex. os dois últimos, ambos de 2019, COM(2019) 353 final e COM(2019) 552 final, Nineteenth / Twentieth Progress Report towards an effective and genuine Security Union –, nos quais também se refere o controlo da migração, e mesmo o contrabando de migrantes (COM (2019) 353 final, pág. 16, em relação à dimensão externa da segurança europeia); para além disso, também o enfoque securitário patente nas já acima referidas propostas legislativas COM(2020) 610 final, COM(2020) 612 final, e COM(2020) 614 final.

¹⁸⁸² Alguns exemplos dados por TRAUNER, Florian and LAVENEX, Sandra, “A Comparative View...”, pág. 224: em relação ao asilo, a preocupação securitária exprime-se no objectivo de reduzir os custos (também sociais) associados ao aumento do número de pedidos de asilo concedidos; em relação à imigração, obviamente a problemática relaciona-se com a falta de controlo da mesma, sobretudo daquela que ocorre de modo irregular; na matéria penal, a segurança manifesta-se na prevenção do crime grave e organizado transnacional. A conclusão, em geral, é que na UE o objectivo “segurança” é o predominante.

¹⁸⁸³ A maleabilidade deste conceito é evidente não só no seu conteúdo fluido, como também no carácter *influenciável* do mesmo, muitas vezes pelo alarmismo social causado ou exacerbado pelos meios de comunicação social ou mesmo pela classe política – assim, BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal...”, pág. 81. Isso torna-se claro no fenómeno da migração irregular: a mudança de atitudes em relação aos migrantes, a dimensão adquirida por esse problema no âmbito do conjunto das políticas dos Estados e da UE, as crises políticas a que deu origem – tudo isso se relaciona no fundo com as pretensões de segurança colectivas *versus* o alarme social suscitado pela questão; eventualmente essas pretensões serão abordadas pela classe política, normalmente através da adopção de medidas penais meramente simbólicas para que se dêem “respostas *aparentemente satisfatórias* a esta exigência [de segurança], de maneira a aumentar o consenso social em torno das mesmas” – *ibid*, pág. 81 (tradução livre, sublinhados acrescentados).

¹⁸⁸⁴ FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 176. A segurança nesta acepção é um *fin*, e assume um “carácter eminentemente público”, sendo necessária tanto à preservação do Estado enquanto instituição (e neste caso é um interesse próprio deste) como enquanto colectividade de sujeitos (sendo aqui um interesse colectivo) – com detalhe, BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal...”, pág. 69 ss. Este é o sentido que actualmente se tende a atribuir à segurança – LOUREIRO, Flávia, “A segurança e o direito penal: os modelos de intervenção penal entre a mudança e a rutura”, in GONÇALVES, Luís Couto (etc.) (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 1245 e 1246. Alguns exemplos desta dimensão podem ser observados em vários artigos da CEDH, nomeadamente art. 8º a 11º (nº 2 de todos eles).

¹⁸⁸⁵ FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 176 – em relação a esta acepção, é ainda referido que a segurança deve ser entendida não como algo que se procura perpetuamente atingir, mas sim como um estado de bem-estar, o que se reporta à faculdade de viver seguramente com o risco. Nesta acepção, conseqüentemente, a segurança assume um carácter *privado*, dado que constitui um direito do indivíduo, quer em relação ao Estado quer em relação a outros sujeitos, e actua por isso efectivamente também como contrapeso da segurança em sentido público; exemplos desta acepção podem ser encontrados na CEDH, no seu art. 5º, ou art. 6º da CDFUE. – BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal...”, pág. 76 ss. Uma das questões mais problemáticas deste sentido de *segurança* prende-se, precisamente, com a segurança enquanto direito a ser protegido da criminalidade: esta dimensão justifica a adopção de medidas cada vez mais restritivas dos restantes direitos individuais, para além de não ser esse sentido (apesar de ser uma interpretação possível de segurança, e uma também adoptada pela UE – art. 67º TFUE) aquele que se pretende significar com a inclusão desse direito nos instrumentos de protecção aos direitos fundamentais, mas antes a segurança

horizontal, que se reporta primariamente à cooperação policial e judicial na UE, com o apoio dos organismos de gestão das fronteiras, de protecção civil, de todos os sectores relevantes – político, económico, financeiro, social e privado –, e ainda das ONG¹⁸⁸⁶. Correspondentemente, existe também uma dimensão *vertical*, que diz respeito agora à cooperação internacional, às políticas da própria União relacionadas com a segurança, e à cooperação regional dos EM¹⁸⁸⁷. Por fim, existe uma dimensão *externa* da segurança da UE, que se reporta à cooperação com países terceiros (seja essa cooperação da UE em si, seja dos EM)¹⁸⁸⁸.

A acepção de segurança normalmente relevante para o Direito Penal é, então, a *negativa*, ou seja, a vertente que determina a necessidade de adopção de medidas restritivas voltadas à salvaguarda do valor ‘segurança’ enquanto interesse do Estado e bem jurídico colectivo¹⁸⁸⁹; esta vertente da segurança, no entanto, não é incontestada na doutrina, sendo várias as críticas que se tecem à sua consideração como bem jurídico tutelável pelo DP¹⁸⁹⁰. Em primeiro lugar, o próprio conceito de segurança não se presta a uma determinabilidade que permita distinguir precisamente quais as condutas que poderão ofender esse valor: o seu carácter “omnicomprensivo”¹⁸⁹¹ leva a que se confunda muitas vezes a segurança enquanto bem e a segurança enquanto função do Direito Penal, o que faz com esta se dirija a acolher primariamente ilícitos administrativos e se destine à prevenção antecipada de agressões a outros bens jurídicos (o que não se adequa à sua conjugação com o princípio da *ultima ratio*, ou mesmo, se levada ao extremo a necessidade de segurança, com o princípio da proporcionalidade e da legalidade¹⁸⁹²). A tutela da segurança enquanto sentimento também não deve ser defendida, na medida em que se torna extremamente difícil demonstrar a sua

dos cidadãos em relação às interferências da autoridade pública. Na UE amplia-se ainda mais este conceito de segurança, incluindo-se aqui também (para além das referentes à criminalidade) todas as ameaças que “têm uma repercussão directa na vida, segurança e bem-estar dos cidadãos, incluindo os desastres naturais e os provocados pelo Homem, tais como os incêndios florestais, os terremotos, as inundações e as tempestades” – in Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010, pág. 8.

¹⁸⁸⁶ Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea...*, pág. 21.

¹⁸⁸⁷ Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea...*, pág. 21.

¹⁸⁸⁸ Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea...*, pág. 29.

¹⁸⁸⁹ É, aliás, um dos exemplos dado por HEFENDEHL, Roland, “Debe ocuparse el Derecho...”, pág. 147 e 149 / 150, referindo as típicas características deste tipo de bem jurídico – a não exclusividade de uso e a não rivalidade no seu consumo. O autor distingue ainda o bem jurídico colectivo ‘segurança’ de outros que considera apenas bens jurídicos aparentes, como a saúde pública, a protecção do crédito ou ainda a segurança no tráfego (*ibid*, pág. 154 / 155).

¹⁸⁹⁰ Referindo-se precisamente à utilização da segurança enquanto bem penalmente tutelável para reintroduzir incriminações problemáticas como a criminalização da imigração irregular, CAVALIERE, Antonio, “Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?”, in HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard und MOCCIA, Sergio (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, Verlag C. H. Beck München, 2009, pág. 116.

¹⁸⁹¹ CAVALIERE, Antonio, “Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico...”, pág. 122.

¹⁸⁹² CAVALIERE, Antonio, “Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico...”, pág. 123.

verificabilidade empírica; além disso, abre-se a porta ao recurso ao Direito Penal de um modo excessivo e desproporcional, procurando utilizar as sanções mais invasivas à disposição do legislador apenas para que se apaziguem sentimentos de insegurança¹⁸⁹³. Por outro lado, existe sempre o risco de uma evolução autoritária do Estado de cada vez que este invoca razões de segurança pública para criminalizar uma determinada conduta¹⁸⁹⁴, e coloca-se também em causa a própria função simbólica do Direito Penal¹⁸⁹⁵. A visão (errónea) de que o Direito Penal consegue solucionar qualquer problema social¹⁸⁹⁶ que surja potencia consequentemente a desformalização do mesmo, a sua flexibilização e expansão¹⁸⁹⁷, para além de se sobrecarregar o

¹⁸⁹³ CAVALIERE, Antonio, “Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico...”, pág. 124. Para além disso, esses sentimentos serão na maior parte das vezes relativos: o que causa insegurança a uma parte da população pode ser perfeitamente tolerável para uma outra parte da mesma, limitando-se nesta situação a liberdade de todos devido a sentimentos (a que raramente o Direito Penal consegue dar uma resposta satisfatória) de alguns.

¹⁸⁹⁴ BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal...”, pág. 75 e 76 – risco esse que, refere, não se consegue evitar apenas invocando a natureza democrática do poder legislativo, tendo sido também esse aspecto que levou os países europeus a conceder um papel central aos Tribunais Constitucionais na avaliação da legitimidade da lei penal. Este risco materializa-se gradualmente através da percepção de que, de forma a responder aos problemas que surgem numa sociedade, o Direito Penal tem que intervir, e sempre de forma progressivamente mais grave, até que “se caia numa total desumanização do direito penal” – LOUREIRO, Flávia, “A segurança e o direito penal...”, pág. 1256.

¹⁸⁹⁵ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 125 – as incriminações em que se tende a invocar a segurança pública como fundamento são normalmente as que surgem de acontecimentos específicos cuja dimensão alarmista é exacerbada; no cenário de verdadeira ameaça assim construído, apenas o Direito Penal parece conseguir dar uma resposta adequada à problemática em causa. Isso leva, todavia, a mais insegurança, ou a que mais comportamentos sejam vistos como fonte de insegurança, pelo que as sanções típicas do DP serão cada vez com maior frequência utilizadas e acabam por perder assim o seu simbolismo próprio: “[...] wo zu vieles kriminalisiert wird oder die Grenzen der Kriminalisierung zu sehr verschwimmen, geht die Symbolwirkung verloren. Das Starfrecht wird [...] mehr oder minder automatisch, als flankierende Massnahme gegen alle möglichen Bedrohungen”. A criminalização dessas condutas, sem a devida ponderação, procura principalmente a obtenção do consenso da população no âmbito de uma sociedade (contemporânea) caracterizada não só pela “prevalência de um sentimento coletivo de insegurança comunitária”, mas também pela centralidade dos interesses das vítimas, pelo populismo e politização, pela revalorização da componente punitiva da pena e da pena de prisão, pela ausência de receio face ao poder punitivo estatal, a implicação da sociedade na luta contra a delinquência e transformação do pensamento criminológico – sobre o tema com mais detalhe, LOUREIRO, Flávia, “A segurança e o direito penal...”, pág. 1249 ss. Ainda relacionado com as diferenciações que a ideia de segurança introduz no Direito Penal, CRESPO, Eduardo, “El «Derecho Penal del Enemigo» darf nicht sein! Sobre la ilegitimidade del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006. Apelando, por seu turno, a alternativas ao Direito Penal, uma vez que as expectativas de que este possa oferecer segurança “são demasiado perigosas”, HASSEMER, Winfried, “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, pág. 30.

¹⁸⁹⁶ Criticamente, HUGHES, Julia, “Restraint and proliferation...”, pág. 119: “[...] the criminal law is increasingly being used to attempt to solve a host of social and economic problems. [...] By making more and more acts criminal, [citizens] are getting a false sense of security”. Também relacionando a segurança (e o falso sentimento de segurança) e a crescente politização da questão penal com o contrabando de migrantes, LIEMPT, Ilse van, and SERSLI, Stephanie, “State Responses and Migrant Experiences with Human Smuggling: A Reality Check”, in *Antipode*, Vol. 45, No. 4; bem como o artigo de BISACCIA, Adam, “Crime and Punishment: An In-Depth Analysis of Security Issues in the European Union”, in *European Union Miami Analysis, Special Series*, Vol. 6, No. 11, June 2009, o qual destaca também, em várias referências ao longo do texto, a imigração ilegal como um dos problemas de segurança na UE (note-se que é o próprio fenómeno da imigração ilegal que é destacado, e não o contrabando de migrantes).

¹⁸⁹⁷ FIOŁKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 126 e 127; mais uma vez, isso leva a que o Direito Penal assuma progressivamente uma propensão para a prevenção da criminalidade, punindo actos ainda não susceptíveis de lesionar qualquer bem jurídico. No mesmo sentido, KINDHÄUSER, Urs, “Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte”, pág. 251: “Schon die Möglichkeit von Missbrauch schürt individuelle und kollektive Ängste, Ängste werden durch Prävention beschwichtigt und das Bedürfnis nach

aparelho judicial com todo o tipo de novos casos (sem dignidade penal) que ou não são julgados devido à sua natureza bagatela – o que diminui a eficácia do Direito Penal em geral, porque essas normas só raramente vêm a sua vigência reafirmada –, ou retiram recursos necessários ao julgamento de outras condutas que apresentam uma maior relevância penal e social.

Mais do que elevar a segurança a um bem jurídico que se deve aspirar a proteger, deve utilizar-se este último conceito para *delimitar* as pretensões daquele: numa sociedade liberal, a demanda pela liberdade e pela segurança não podem ser absolutas¹⁸⁹⁸, pois uma condiciona e restringe a outra; assim, o bem jurídico actua como fio-de-prumo entre um e outro valor, definindo precisamente quando é que a liberdade dos cidadãos deve ser diminuída em favor da segurança *de um bem jurídico fundamental*. Ora, se a segurança for em si um interesse a perseguir através do Direito Penal, a ponderação do legislador não irá considerar devidamente a liberdade dos cidadãos, pendendo sempre a sua avaliação para o que em determinado momento se poderá restringir de forma a diminuir o sentimento de insegurança (existente ou

Prävention wird durch den Rückgriff auf die Sanktionen des Strafrechts gestillt. Strafrecht wird auf diese Weise, salopp formuliert, zur Allzweckwaffe sozialer Absicherung und Beruhigung”. Sobre as restrições que este “Direito Penal moderno” implica para as garantias dos cidadãos (quer em termos substantivos quer processuais), DONNA, Edgardo Alberto, “El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia”, in MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, pág. 71 ss.

¹⁸⁹⁸ V. FJOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut...*, pág. 422. A necessidade de ponderação entre a segurança e outros valores fundamentais é mesmo admitida pela União: “Europa debe consolidar un modelo de seguridad basado en los principios y los valores de la Unión: el respeto de los derechos humanos y la libertades fundamentales, el Estado de Derecho [etc.]” – Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea...*, pág. 8 (apesar disso, é notória a prioridade que lhe concedem – v. p. ex. “A New Strategic Agenda 2019-2024” e a ordem das prioridades aí estabelecida, pág. 2). A doutrina salienta que na União, o indivíduo, para além de ser também sujeito de direitos, é visto primariamente como um risco de segurança – MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law...”, pág. 283 – pese embora se denote, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, um aumento das preocupações com os direitos dos arguidos e das vítimas no plano europeu (TRAUNER, Florian and LAVENEX, Sandra, “A Comparative View...”, pág. 223). Outros autores optam por considerar a liberdade, segurança e justiça como bens jurídicos colectivos, sendo que entre eles se deve estabelecer um equilíbrio capaz de espelhar o compromisso constitucional da entidade em causa (aqui, da UE) – assim, GIBBS, Alun Howard, “Reasoned ‘Balance’ in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice”, in *European Law Journal*, Vol. 17, No. 1, January 2011. No entanto, o entendimento europeu destes valores tende a ser limitado, como nota FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State...”, pág. 177: a *liberdade* tende a ser vista predominantemente como liberdade de circulação (ausência de fronteiras internas), a *justiça* como acesso à mesma, e a *segurança* como prevenção de crime e cooperação nesse sentido entre os EM. Como se pode perceber, o entendimento securitário, em termos de influência na questão penal, é mais amplo e como tal preponderante no momento de saber *se* se deve criminalizar uma conduta e *em que termos*; por outro lado, existe também a tentação de se identificarem certos crimes transnacionais como uma “ameaça à integridade da sociedade”, forçando assim a partilha de (certos) valores entre os povos da UE, o que pode não ser de todo evidente no caso de crimes *mala prohibita* (*ibid*, pág. 194 e 195). Outros autores alertam ainda para os efeitos péfidos desta preponderância do raciocínio securitário em relação aos fundamentos liberais da nossa sociedade europeia: “[...] es mi convicción que esta superioridad de la seguridad no es una seguridad a corto plazo, una seguridad, que en verdad es dañina para la seguridad a largo plazo y sostenible. [...] veo un verdadero riesgo que la lucha [...] contra la criminalidad en general [...] pueden dañar hasta destruir los fundamentos de nuestros Estados (de Derecho) y sociedades (liberales)” – PRITTWITZ, Cornelius, “La Desigual Competencia entre Seguridad y Libertad”, in CALLEGARI, André (Coord.), *Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos de Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, pág. 40.

presumido) da população¹⁸⁹⁹. Isso leva-nos a concluir que a segurança em si não poderá ser mais do que um bem jurídico aparente¹⁹⁰⁰, pelo que não seria legítimo que em nome da mesma se criminalizassem comportamentos que não colocam em causa nenhum (outro, legítimo) interesse.

Avaliando agora a segurança em relação especificamente à UE, vemos que este não poderia também ser um interesse próprio: a segurança em sentido europeu (entendida, portanto, do ponto de vista supra-estatal) abrange a segurança de todos os países da União, sendo por isso uma verdadeira “segurança comum”¹⁹⁰¹; por outro lado, coexistem várias dimensões de segurança no espaço da UE: a segurança interna dos EM, e a segurança interna e externa da UE – dimensões que não se conseguem facilmente em todos os casos distinguir¹⁹⁰². Por este motivo, também este interesse remeteria, a ser legítimo, para uma análise do contrabando de migrantes à luz do *harm principle*, à semelhança do anterior¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁹ Juntamente com a insistência do legislador europeu na eficácia da lei penal, o enfoque prioritário na segurança poderá fazer com que se pretenda dirigir a mesma para uma progressiva criminalização de actos focada na *prevenção* do acto criminoso, o que não só esvazia de sentido as “proclamações de valores humanistas da União” como coloca em questão a própria legitimidade da norma penal europeia – HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension...*, pág. 85. Esta junção de prioridades (segurança e eficácia) faz ressurgir também a ideia de *perigosidade*, o que implica um outro retrocesso penal: já não se procura uma abordagem de socialização ou integração, assim como não se consegue nunca alcançar a segurança; de facto, como refere RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 25, nota 46, “Não há ‘uma segurança’, mas ‘várias seguranças’ ou ‘vários espaços securitários’, fechados e justapostos, impermeáveis uns aos outros, mesmo incompatíveis, que, por se formarem na ignorância recíproca em cada grupo social, geram insegurança”. Sobre a segurança e a liberdade na Europa, v. ainda o artigo de ALBRECHT, Peter-Alexis, “Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte”, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Vol. 86, No. 2, 2003, pág. 125 ss (sobretudo 128 ss sobre a segurança enquanto direito).

¹⁹⁰⁰ Assim também AMELUNG, Knut, “El concepto...”, pág. 251: “Lo mismo ocurre en el caso del bien jurídico (aparente «seguridad». Esta no es sino la ausencia de peligro o amenaza, lo que en el ámbito político-criminal quiere decir la inexistencia de puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos penalmente protegidos. En tal medida, también la seguridad resulta no ser sino la otra cara de la vigencia fáctica de normas”. Em relação ao sentimento individual de insegurança, este é por vezes utilizado para justificar a incriminação de condutas que, embora não violem em si nenhum bem jurídico-penal, despertam o receio de que tal violação se siga: esta é a perspectiva, p. ex., de Roxin (já *supra* mencionada), que admite a legitimidade da incriminação em algumas destas situações – v. também o exemplo (do autor) dos actos de exibicionismo, mencionado em PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct...*, pág. 115, notas 512 e 513, que argumenta que não existem dados criminológicos suficientes para se determinar o que será susceptível de causar medo, para além de ser duvidoso que a criminalização de uma conduta se deva basear no medo de consubstanciação de uma outra.

¹⁹⁰¹ BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal...”, pág. 74 e 75 – neste sentido, a segurança também poderia ser entendida como a segurança da UE em si, enquanto instituição, ou a segurança da colectividade dos sujeitos que compõem a comunidade europeia (sentido que parece ser o privilegiado no âmbito da União). A natureza comum dos principais riscos identificados à segurança da UE também parece ser óbvia: alguns desses riscos são o terrorismo, o crime organizado, o tráfico de drogas, seres humanos ou armas, etc. (Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea...*, pág. 7) – delitos, portanto, que não afectam só os Estados-Membros ou só a União, mas que colocam antes em causa interesses verdadeiramente comuns.

¹⁹⁰² HERLIN-KARNELL, Ester, “Waiting for Lisbon...”, pág. 239.

¹⁹⁰³ Especialmente neste tema impõe-se ainda uma consideração da segurança de um ponto de vista *solidário*, que propugna pela sua densificação “na realização da generalidade dos direitos e liberdades fundamentais. Desta forma, a segurança passa a ser ‘a segurança da protecção de todos os direitos de todas as pessoas.’” – RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal...”, pág. 37. Assim considerada, mesmo a segurança não conseguiria justificar a criminalização da imigração irregular enquanto tal, dado que esta se consubstancia apenas na mera desobediência a uma norma, punindo-se por isso, em necessária contradição aos direitos *de todos*, a desobediência ao Direito *de per si*.

e) Os direitos dos migrantes

Finalmente, podemos ainda considerar que o fundamento da criminalização do contrabando de migrantes deve ser a violação dos interesses das pessoas envolvidas¹⁹⁰⁴. Neste caso, a conduta de facilitar a entrada, permanência ou residência no território de um EM de forma irregular só deveria ser crime quando o autor do crime explora a situação do migrante ou de alguma outra forma viola os seus direitos e interesses. A adopção desta perspectiva permite colocar a pessoa “a um só tempo como destinatária e fundamento da norma jurídico-penal”, impedindo que “o indivíduo seja considerado objecto da norma ou da política pública do Estado”¹⁹⁰⁵, o que seria deveras importante neste caso em particular devido à ambiguidade da actual posição jurídica do migrante.

Obviamente, a protecção das pessoas envolvidas num crime não é um interesse próprio ou exclusivo da União, pelo que também segundo este critério se deveria recorrer ao *harm principle* para avaliar da legitimidade das incriminações propostas pela UE.

Conclusão intercalar

Aqui chegados, façamos um ponto da situação: os interesses susceptíveis de conduzir a uma análise da criminalização segundo o princípio de exclusiva protecção de bens jurídicos no cenário europeu seriam o território da UE¹⁹⁰⁶ ou o mercado comum, mas nenhum deles parece ser o interesse ofendido pelas condutas descritas. Os restantes interesses – política de imigração, segurança, ou defesa das pessoas envolvidas – não se podem qualificar como interesses próprios ou já totalmente harmonizados de forma a impedir uma regulação autónoma por parte dos EM, pelo que se propugna a sua análise através do *harm principle*, de forma a limitar a competência penal europeia a condutas que de facto, e de forma actual, prejudiquem os cidadãos – é por este motivo que passaremos a analisar o contrabando de migrantes à luz dos pressupostos daquele princípio.

¹⁹⁰⁴ A avaliação dos danos que estes podem sofrer com o contrabando de migrantes foi já também efectuada pela Europol, que refere os graves “danos físicos, psicológicos e sociais” que os migrantes podem sofrer com o auxílio à sua imigração irregular, seja porque sofrem algum tipo de violência durante a sua viagem, seja mesmo porque perdem a vida ao tentar alcançar território europeu por meios arriscados – v. PAOLI, Letizia, “How to Tackle (Organized) Crime...”, pág. 7 e 8. Estas avaliações, que procuram vilanizar quem auxilia os migrantes independentemente das suas motivações, muitas vezes ignoram (provavelmente de forma propositada) tanto a situação legal que origina a irregularidade da sua viagem, como a situação social realmente existente ao longo da mesma – acerca do tema, incluindo a perspectiva dos migrantes, LIEMPT, Ilse van, and SERSLI, Stephanie, “State Responses and Migrant Experiences...”.

¹⁹⁰⁵ Ambas as citações de BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, pág. 67.

¹⁹⁰⁶ Mesmo em relação ao território a questão é controversa: a UE tem de facto um território, mas como não é formalmente um Estado, e os interesses aqui em causa relacionados com o território são na verdade comuns (ou a segurança do mesmo ou a política de imigração), não se procederá a uma análise mais profunda da questão de saber se o território da União poderia realmente corresponder neste caso a um interesse próprio.

4.2 Segunda Fase – A avaliação do crime de contrabando de migrantes à luz do postulado do *harm principle*

Do exposto acima resulta de forma relativamente clara que a criminalização do contrabando de migrantes, neste momento, serve propósitos de controlo da imigração; igualmente explícito ficou o carácter ineficaz dessa política. É, aliás, incontornável que a União Europeia necessita de adoptar uma “agenda mais liberal”¹⁹⁰⁷, de modo a aumentar a legitimidade das suas medidas – que neste momento se focam na prevenção, expulsão e criminalização. É nesse sentido que se postula a adequação da utilização do *harm principle*, de acordo com os critérios anteriormente definidos – isto é, por não ser um interesse exclusivo da União, e analisando-se os quatro pressupostos para que se possa afirmar que uma criminalização é necessária: existir uma conduta que cause ou seja provável que cause dano a outrem, exigindo uma adequada intervenção do Estado para prevenção ou repressão da mesma.

A conduta aqui em causa, nomeadamente a introdução, no território de um Estado, de uma pessoa estrangeira sem que esta respeite as condições legalmente estabelecidas para a sua entrada, presta-se a duas visões opostas, se criminalmente tipificada: ou é vista como um crime contra o território e a soberania de um Estado, ligando-se de forma inextricável às políticas de imigração adoptadas; ou é pensada enquanto conduta que coloca em risco os migrantes e os seus interesses. Ambas as posições serão analisadas simultaneamente em cada critério, permitindo por isso perceber qual (se alguma ou mesmo ambas) é susceptível de legítima criminalização e em que termos deverá ser feita.

a) Conduta que cause ou seja provável que cause dano (*harm*)

No que ao critério da causação (ou probabilidade) de dano diz respeito, a questão não será muito problemática: a existir dano, seja ao Estado ou ao migrante, este será actual – o que não levanta quaisquer problemas – ou prospectivo, no sentido de constituir um risco aos interesses que se querem proteger. Da perspectiva dos interesses do Estado, viola-se ou coloca-se em perigo (quando não se consegue introduzir o migrante irregular no território) a segurança das fronteiras e a soberania, para além de se desrespeitar a regulação da imigração. No caso dos migrantes, arriscam colocar em perigo (ainda que possa ser só eventualmente, nas situações em que tal se verifique) a sua vida, saúde e direitos humanos – seja em que caso for, parece que não será complexo afirmar que é uma conduta que causa dano a outrem.

Quanto ao dano, iremos iniciar a análise deste critério tendo em conta o ponto de vista estadual. Nesta perspectiva, o interesse subjacente à norma penal será o da soberania¹⁹⁰⁸ do

¹⁹⁰⁷ CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum...”, pág. 2.

¹⁹⁰⁸ “The injury for which they are responsible, such as it is, has been perpetrated on the sovereignty of the receiving state.” – International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 29.

Estado, a sua segurança, das suas fronteiras e território¹⁹⁰⁹, segurança essa que passa também pela decisão de permitir ou negar a uma pessoa a entrada no seu território. Essa decisão – e logo, os interesses que pretende proteger – é negada ou colocada em perigo quando a pessoa passa a fronteira do Estado sem para isso obter a devida autorização. Este interesse é, para além disso, sociologicamente fundado, reconhecido, e encontra-se reflectido na Constituição¹⁹¹⁰.

Neste caso, como nos parece evidente, o carácter ilícito da conduta advém do facto de se ultrapassar a fronteira sem a devida autorização, constituindo por isso os migrantes “parte do problema” que se pretende combater¹⁹¹¹ – neste sentido, a ilicitude subjacente ao crime de contrabando de migrantes não é *própria*, provindo antes do auxílio que se presta à entrada irregular do migrante, essa sim, *ilícita*. Na verdade, o “crime” seria mais propriamente cometido pelo migrante, que coloca em causa os interesses do Estado, sendo atribuído ao auxílio um carácter ancilar em relação ao verdadeiro desvalor que se sanciona com a norma penal¹⁹¹².

Mais se pode acrescentar quanto à questão da ilicitude da conduta: na perspectiva do Estado, bastaria a regularização do estatuto do migrante (no sentido de obter autorização do mesmo para permanecer no território) para que deixasse de existir crime¹⁹¹³, o que significa que não há um mal existencial¹⁹¹⁴ ínsito à conduta¹⁹¹⁵; é, por isso, na verdade, a desobediência

¹⁹⁰⁹ Essa perspectiva é claramente adoptada pela UE para justificar a sua intervenção, desde logo pela identificação do combate ao crime de contrabando de migrantes como uma prioridade da União na Agenda para a Segurança de 2015 (apesar de também mencionarem de passagem a necessidade de se protegerem os migrantes) – afirma-se logo na pág. 2 que “[i]n recent years new and complex threats have emerged highlighting the need for further synergies and closer cooperation at all levels. Many of today’s security concerns originate from instability in the EU’s immediate neighbourhood and changing forms of radicalisation, violence and terrorism”.

¹⁹¹⁰ Entre nós, pode reconduzir-se p. ex. ao art. 273º da CRP.

¹⁹¹¹ SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration...”, pág. 34.

¹⁹¹² Esta é, na opinião (com a qual se concorda) de SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration...”, pág. 35, a posição adoptada pela legislação europeia, que transparece pela utilização do vocábulo “*auxílio* à entrada...”, o que implica a existência de uma acção anterior já em si ilícita, ainda que não se criminalize directamente o migrante. Também bastante esclarecedora é a explicação do objectivo das medidas de combate à entrada irregular (ao contrabando, por isso) de migrantes em International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 64: “[...] the law enforcement approach presumes that exclusion, rather than regularisation or recognition will remove the ‘harm’ done by irregular migration”.

¹⁹¹³ Estabelecendo-se o direito do migrante se encontrar no território daquele Estado, a sua conduta já não será ilícita, e ao perder-se essa ilicitude deverá, como consequência lógica, negar-se também a ilicitude da conduta que apenas auxiliou a primeira. Na lógica repressiva de alguns EM, no entanto, o auxílio continua a ser repreensível, podendo por vezes carecer de pena por algum outro motivo – como no caso de *Mallah c. France* já referido, em que o Tribunal francês declarou o sogro do migrante culpado do crime de contrabando de migrantes, pese embora com dispensa de pena devido ao facto de o genro entretanto ter regularizado a sua situação nesse país – *Mallah*, § 13-15.

¹⁹¹⁴ CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Addressing Irregular Migration...”, pág. 3. A irregularidade dos migrantes resulta da lei de imigração do país e da acção das autoridades fronteiriças do mesmo, e não de uma qualquer realidade empírica – “[...] irregularity of entry and residence is exclusively co-constituted by individuals and border and immigration authorities entering into very specific kinds of exchanges which result in the application of the designations.”

¹⁹¹⁵ Sendo que a conduta verdadeiramente em causa é o movimento da pessoa, de um país para outro, resultando a sua situação de irregularidade da arquitectura normativa construída para a manter fora desse território, ao contrário do que postulam os

a normas que está em causa¹⁹¹⁶. No seio de um Direito Penal inserido num Estado de Direito, esta não é motivação suficiente para criminalizar uma conduta, devendo antes existir algum valor superior que se pretende proteger com a norma penal. Poder-se-ia ainda argumentar que o valor superior aqui em causa seria o da segurança dos cidadãos desse país, uma vez que alguns dos migrantes podem configurar de facto uma ameaça à segurança nacional. No entanto, como a lei deve ser geral, não se deve proibir um certo comportamento apenas porque uma pequena percentagem dos visados pode constituir um risco. Além disso, seria ingénuo assumir que as autoridades estaduais conseguem sempre detectar os requerentes de visto (legais, portanto) que pretendem posteriormente cometer actos que coloquem em risco a população ou outros interesses desse país.

Se, ao invés, se adoptar o ponto de vista do migrante, o contrabando de migrantes poderá extinguir ou colocar em risco interesses inegáveis da pessoa humana, nomeadamente a sua vida, a sua integridade física, o interesse em não ser explorada (por qualquer forma), ou o seu bem-estar em geral. Todos estes são interesses sociologicamente fundados e reconhecidos, para além de terem um incontestável apoio constitucional. A ilicitude neste caso provém realmente do acto de contrabandear a pessoa, agindo o autor de forma defeituosa em relação aos riscos de produção das consequências proscritas pela norma, sendo o seu comportamento a causa da frustração (ou colocação em risco) do interesse do migrante, o que constitui a violação de um direito se essa acção for moralmente indefensável (nomeadamente, se pretenderem obter lucro ou vantagem através da exploração da frágil situação do migrante)¹⁹¹⁷. Assim, e ao contrário do que acontece na perspectiva estadual, derivando a ilicitude do contrabando de migrantes da colocação em risco dos seus interesses pela exploração da sua situação de fragilidade, não podemos já afirmar que existe alguma acção posterior que tenha a capacidade de sanar esse desvalor: toda a exploração é, por definição, injusta¹⁹¹⁸.

Estados liberais – FITZGERALD, David Scott, “Remote control of migration: theorizing territoriality, shared coercion, and deterrence”, *in* *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, pág. 1.

¹⁹¹⁶ Conforme nos parece estar bem explícito em CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling...”, pág. 181: “[p]eople smuggling has its roots in the border control measures of our states, inasmuch as alcohol smuggling stemmed out of the prohibition policies.”

¹⁹¹⁷ Esta já será mais a posição adoptada pela criminalização efectuada pelo Protocolo sobre Contrabando, na opinião de SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration...”, pág. 37.

¹⁹¹⁸ ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling: the case of migration to Europe”, *in* *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018, pág. 8. Um outro argumento para se protegerem os migrantes derivaria ainda lateralmente da protecção da reputação do Estado, em específico em relação aos seus cidadãos – para que não tivessem a percepção, ao ser confrontados com as verdadeiras tragédias humanas associada aos migrantes irregulares, de que o seu Estado havia perdido controlo das fronteiras –, e ainda em relação à comunidade internacional – para que não pensassem que estava a ignorar as suas obrigações humanitárias. Esta visão (em *International Council on Human Rights Policy, Irregular Migration...*, pág. 6), ainda que possa ser verdadeira na prática, não nos parece ser suficiente para justificar a protecção dos migrantes, pelo que nos restringiremos à menção daquele que nos parece dever ser o objectivo da norma penal neste caso: a ofensa aos interesses dos migrantes.

Já aqui se pode ver que qualquer acção humanitária estaria excluída do âmbito de criminalização, uma vez que a sua intenção não é colocar em risco os interesses do migrante, mas antes agir no sentido da sua protecção; o mesmo se diga em relação às pessoas que agem em auxílio de familiares ou amigos próximos. Os profissionais das áreas dos transportes e da habitação também não correriam o risco de ser abrangidos por uma criminalização que tivesse como objectivo informador a prevenção de abuso da situação do migrante, uma vez que ao obterem o seu lucro normal não estariam injustamente a explorá-lo¹⁹¹⁹; do mesmo modo, também os migrantes estariam automaticamente excluídos do âmbito dos possíveis autores deste crime.

Podemos assim quanto a este critério concluir que não existe na realidade, em relação ao Estado, um dano ou prejuízo suficiente para que se possa legitimamente afirmar a necessidade de criminalização desta conduta, devendo antes a regulação da conduta indesejada ser redireccionada para o âmbito de actuação de outros ramos do Direito que não o Direito Penal.

Em relação ao migrante há danos que se pretendem evitar, pelo que prosseguiremos para a análise do critério seguinte.

b) (Dano) a outrem

Em princípio já não seria necessário analisar esta questão em relação à perspectiva dos interesses do Estado, uma vez que não seria possível a criminalização a partir do momento em que se nega a existência de um interesse susceptível de suscitar a intervenção do Direito Penal. No entanto, mesmo que se considerasse o desrespeito pela política de imigração¹⁹²⁰, o desrespeito pela soberania do Estado ou a segurança do território (neste caso específico do contrabando de migrantes) como interesses que pudessem levar à criminalização da conduta, encontraríamos neste momento um outro obstáculo, na forma do sujeito a quem pertencem esses interesses colocados em causa pela conduta que se pretende proibir. Já que o Estado não pode ser legitimamente alvo de protecção à luz do *harm principle*, porque não pode ser

¹⁹¹⁹ O mesmo se diga em relação à obtenção de lucros não lícitos, desde que a acção não colocasse em perigo o migrante nem o explorasse: p. ex., quem se limitasse a fornecer documentos falsos sem cobrar um lucro considerado já anormal ou “injusto” (critério do lucro injusto referido já também no contexto da nota 1809); ou quem se limitasse a transportar o migrante, sem colocação em perigo dos seus interesses fundamentais, e para isso cobrasse apenas o custo de uma deslocação “normal” análoga. A questão aqui seria realmente tentar encontrar um limiar através do qual se pudesse considerar o lucro obtido como sendo ainda justo, ou já configurando um lucro anormal em exploração da situação de necessidade do migrante, algo que não é fácil dado o carácter ilícito deste lucro em específico (o que em relação aos operadores profissionais de transportes ou alojamento não se questiona, uma vez que se consegue exactamente aferir a tarifa cobrada a outros utilizadores em situação regular). Note-se ainda que a eventual responsabilidade penal ou administrativa destes agentes poderia vir a ser afirmada, em função da situação em causa, em relação a outro tipo de ilícito, só não relativamente ao contrabando de migrantes tal como resulta da aplicação dos critérios de legitimidade material da lei penal europeia *supra* definidos.

¹⁹²⁰ Na distinção entre ambos os Protocolos de Palermo, há quem identifique o Estado como vítima do contrabando de migrantes, por ver as suas leis de imigração desrespeitadas – OLU-IBUKUN, Yewande, “The Distinction between Human Trafficking and the Smuggling of Migrants”, pág. 4.

considerado vítima, apenas o interesse de segurança poderia levar a que fosse penalizada esta conduta, uma vez que esse é também um interesse dos cidadãos, beneficiando eles da protecção do território onde se encontram contra ameaças externas. Já avaliámos porém esse interesse, e não se pode considerar que seja mais eficaz a sua protecção através do Direito Penal, o que significa que os requisitos relativos aos factores adicionais de ponderação não estão preenchidos (nomeadamente em relação ao princípio da proporcionalidade e da *ultima ratio*, bem como ao nível da proporcionalidade dos custos *versus* o benefício que significa para o Estado).

Poder-se-ia ainda argumentar que seria a *comunidade* a deter os interesses em causa, por via da determinação da política de imigração: o direito de associação implica também o direito de excluir aquelas pessoas que não se quer que façam parte dessa comunidade¹⁹²¹. Também aqui se deve negar a legitimidade dessa criminalização, seja porque se lhes forem negados direitos de participação política não poderão influir na comunidade de modo suficiente para impedir ou modificar a sua configuração pelos seus membros¹⁹²²; seja porque se poderia gerar aqui um conflito entre o direito de exclusão e o direito individual de migrar com o intuito de melhorar a sua situação de vida¹⁹²³. De todo o modo, também a comunidade não pode ser considerada vítima *de per se*, necessitando de um interesse penalmente relevante dos indivíduos para ancorar a legitimidade da penalização de uma conduta.

Resta-nos, por isso, a consideração do migrante enquanto vítima. Como resulta do estudo efectuado até agora, um grande obstáculo à consideração do migrante enquanto vítima do crime (e que leva também à desconsideração da sua posição e dos seus direitos nesta matéria) é a existência de um consentimento inicial para que seja contrabandeado para outro país. Ao consentir no comportamento arriscado (para os seus interesses), não pode ser considerado vítima, senão estaríamos na prática a admitir o uso legítimo de um critério paternalista¹⁹²⁴ para criminalizar condutas pretendidas pelo detentor dos interesses em causa. Ao considerar a vítima à luz do *harm principle* há assim um largo espectro de condutas actualmente abrangidas pelo crime de contrabando que deveriam deixar de o ser, desde que: existisse um acordo entre ambas as partes (devendo o autor do contrabando explicar os riscos reais que se seguirão, pois só assim pode ser um verdadeiro consentimento informado), não

¹⁹²¹ ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...”, pág. 16, com mais desenvolvimentos.

¹⁹²² ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...” pág. 16, referindo-se aos argumentos e diferenciação entre “permanência num território” e “pertença a uma comunidade política” efectuada por FINE, Sarah, “Freedom of Association is Not the Answer”, *in Ethics*, Vol. 120, No. 2, 2010, pág. 242 e 243. CÖLLN, Friederike von, “The EU’s commitment...”, pág. 3, refere ainda a particularidade de a migração estar intimamente ligada a conceitos de nacionalidade e de Estado, o que faz com que o imigrante possa ser visto como um “perigo para a ‘homogeneidade do povo’ ” (tradução livre).

¹⁹²³ ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...”, pág. 17. Parece-nos que num caso de conflito de direitos como este deveria prevalecer o direito a imigrar, uma vez que tem o objectivo imediato de melhorar a situação de uma pessoa, enquanto o direito de excluir se baseia num hipotético benefício de não alteração da mesma ou de segurança.

¹⁹²⁴ Conforme referem ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...”, pág. 6, “[...] the view that migrants are always ill-informed and exploited by smugglers and therefore need to be protected by their own ostensibly irrational choices is both morally questionable and empirically problematic”.

existisse violação alguma de direitos humanos, e o autor não pusesse desnecessariamente em perigo os interesses do migrante em causa¹⁹²⁵. Não existindo vítimas neste caso, os migrantes só poderiam ser considerados como tal se não se verificasse algum destes factores¹⁹²⁶, ou se fossem explorados pelo autor do contrabando por forma a obter um lucro ilícito¹⁹²⁷ devido à sua situação de fragilidade¹⁹²⁸. De acordo com esta posição, os migrantes vítimas de contrabando teriam acesso a todos os direitos que seriam de atribuir nessa situação¹⁹²⁹.

Analisados os requisitos até então, vejamos por último qual deveria ser a intervenção do Estado para cada caso.

¹⁹²⁵ ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...”, pág. 2. Os autores mencionam ainda um outro requisito: o de, com a migração, se melhorar a situação de vida do migrante ou de outras pessoas. Como essa questão faz parte dos interesses em causa ou, alternativamente, do ponto de vista do autor, de uma exclusão da ilicitude devido a agir motivado por sentimentos humanitários, não a mencionamos para o estabelecimento do estatuto de vítima do migrante.

¹⁹²⁶ O consentimento é de particular importância, uma vez que é esse elemento que impede, de forma comum, que os migrantes sejam considerados vítimas do crime, já que actuam de forma cúmplice para com o mesmo – GALLAGHER, Anne, “Whatever Happened to the Migrant Smuggling Protocol?”, in MCAULIFF, M. and SOLOMON, M. Klein (Conveners), *Ideas to Inform Internation Cooperation on Safe, Orderly and Regular Migration*, Geneva, International Organization for Migration, 2017, pág. 4.

¹⁹²⁷ Há quem considere que o lucro obtido pelo autor não seria ilícito se fosse uma taxa normal para esse tipo de serviços – ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...” (múltiplas referências ao longo do artigo), devido às potenciais vantagens que isso traria (pág. 18). Enquanto consideramos que esse critério será válido no caso dos operadores de serviços de transporte ou habitação, que de facto obtêm o lucro normal inerente à sua actividade, independentemente de se tratarem de migrantes ou não, já não podemos concordar que exista um “lucro normal” em relação à actividade de contrabando de migrantes, sendo qualquer tipo de lucro, neste caso, *ilícito*, uma vez que a sua “actividade” intencionalmente desrespeita leis de um Estado (não pode, por isso, ser considerado lucro lícito, ainda que fosse uma taxa normal cobrada pelos operadores do contrabando); a questão seria, depois, saber quando algum lucro, ainda que ilícito, seria proporcional ao serviço prestado, ou se configuraria já uma situação de exploração da situação do migrante. Deste ganho material temos que excluir qualquer tipo de gastos legítimos que o autor tenha, como p. ex. a aquisição de um barco, de um bilhete, de transporte, etc. (os gastos não teriam também que ser legais: ao pagar para que alguém providencie documentos falsos, seria injusto determinar que o autor do contrabando de migrantes teria que pagar ele próprio essas despesas; no entanto, isso não torna a sua conduta *quanto ao contrabando de migrantes* censurável, apesar de o poder ser em sede de outros crimes ou contra-ordenações que eventualmente cometa).

¹⁹²⁸ Mesmo em situações de exploração no sentido de cobrar um lucro exagerado, a opinião de ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...”, pág. 11, é que não deveria ser considerado crime, quando a consequência (para os interesses da pessoa que pretende certo serviço) fosse pior do que a consequência de pagar uma taxa desproporcional pelo mesmo. O exemplo que dão é de alguém no deserto que se vê forçado a comprar a única garrafa de água por 1000 \$ para sobreviver, sendo que o proprietário da mesma não a vende, de forma alguma, por menos do que essa quantia. A situação da pessoa seria certamente pior se estivesse proibida de comprar a água, uma vez que morreria; no entanto, na nossa opinião, a conduta de quem a vende continua a ser censurável, precisamente pela exploração da situação desfavorável que encontra, pelo que o Direito não pode ficar indiferente perante a mesma.

¹⁹²⁹ Como o direito de residência da Directiva 2004/81/EC (não obstante aí se fazer expressa referência à sua cooperação). O conceito de *harm* aqui advogado é, no entanto, mais amplo do que simplesmente o facto de ter existido risco de vida ou da integridade física do migrante – European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants*, pág. 71.

c) A intervenção do Estado

Devemos agora, então, determinar qual deveria ser, afinal, a correcta reacção do Estado perante a conduta de contrabando de migrantes. Como ficou já esclarecido, o Estado não pode ser considerado a vítima do crime, e não existem neste caso interesses seus que decorram também do interesse dos indivíduos, que sejam penalmente relevantes – o Direito Penal não pode, nem deve, ser utilizado para controlar a imigração.

Assim sendo, resta-nos considerar os interesses dos migrantes, que são colocados em causa quando: o seu consentimento para o contrabando for defeituoso, no sentido de não ter sido esclarecido e informado (dolosamente) pelo autor do crime; haja violação de direitos humanos no processo do contrabando; o autor arrisque desnecessariamente os interesses do migrante (p. ex. adquirindo um barco que sabe que não irá conseguir fazer a travessia, em vez de um outro com maiores probabilidades de ter sucesso, apenas para ter uma maior vantagem financeira¹⁹³⁰); ou o migrante seja sujeito a exploração por parte do autor do crime.

Todos estes casos devem ter subjacente uma ilicitude intrínseca à conduta, que advém precisamente de o autor tirar partido da frágil situação do migrante para obter lucro ou vantagem material de qualquer tipo.

De acordo com o *harm principle*, portanto, o simples facto de introduzir alguém no território de outro Estado violando as leis de imigração existentes não deve ser considerado crime; como também não deve ser criminalizada a conduta em relação ao migrante que intencionalmente assume os riscos inerentes à decisão que pretende *livremente* tomar – no máximo, estes comportamentos poderiam estar sujeitos a uma contra-ordenação¹⁹³¹, por terem desrespeitado as leis do país de destino. Já a obtenção de lucro ilícito (injusto) ou outra vantagem material através da introdução de migrantes irregulares no território de um Estado deveria ser sancionada através da criminalização desse comportamento, assim como as situações de contrabando que envolvem violação de direitos humanos do migrante¹⁹³².

A única conduta a censurar penalmente deveria ser então a introdução, a facilitação do trânsito ou residência de pessoa estrangeira no território de um Estado Membro do qual não é nacional nem possui a devida autorização, para desse modo obter vantagem financeira

¹⁹³⁰ Exemplo em ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling...”, pág. 9.

¹⁹³¹ Justificando assim, a partir do momento em que é determinado o seu direito a permanecer no território, a inexistência de irregularidade. Ora, a existência de um crime depender da regularização de uma situação administrativa é, do ponto de vista dogmático, bastante problemática; por outro lado, parece ser o campo de actuação próprio das contra-ordenações, que permitem sancionar alguém (sem ter, contudo, o grau de censura implícito no DP) por violar normas legais. Já no mesmo sentido, International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 88: “[...] it is a mistake to represent migrants, including irregular migrants, in terms of criminality. It is wrong to do so for ethical and legal reasons, because most migrants have not committed a recognised criminal offence. [...] The criminalisation of irregular migration is an excessive response to what is essentially an administrative infraction”.

¹⁹³² Referimos apenas a obtenção de vantagem material ou a violação de direitos humanos porque não nos parece que haja outro motivo pelo qual o autor ocultasse os verdadeiros riscos da viagem, arriscasse desnecessariamente os interesses do migrante, ou explorasse este último. Já a violação dos direitos humanos pode ocorrer mesmo sem que o autor obtenha qualquer tipo de lucro.

ou material ilícita, ou violando os direitos humanos do migrante no processo¹⁹³³. Qualquer outra variação deste comportamento deveria ser descriminalizada.

4.3 Terceira Fase – a averiguação dos restantes princípios relevantes

Aqui chegados, e verificando-se a legitimidade de uma das possíveis abordagens ao crime de contrabando de migrantes (em termos valorativos), resta verificar se, à luz de outros princípios penais essenciais, essa criminalização deve de facto ocorrer¹⁹³⁴.

O princípio da legalidade não colocará grandes questões no âmbito europeu, dado que as Directivas, pela sua própria natureza, não conseguem cumprir com as exigências deste princípio; assim, apenas a lei interna deve assegurar o seu cumprimento, sendo que na UE só se devem assegurar certos aspectos integrantes do mesmo, como a legalidade procedimental de adopção da lei, a não retroactividade da lei penal, ou outros que posteriormente – em sede de julgamento, e não propriamente na legislação – se revelem necessitados de reafirmação.

O respeito pelo princípio da subsidiariedade também se poderá afirmar, dado que esta conduta, pelo potencial transnacional que apresenta, se regula mais eficazmente em conjunto do que através de múltiplas soluções legislativas dependentes da vontade de cada EM. Para além disso, limitar-se-iam também as acções ilegítimas dos Estados que pretendessem utilizar a lei penal contra o próprio imigrante, reafirmando desse modo a dimensão constitucional europeia que se dirige à protecção das pessoas e colocando ainda os Estados-Membros alinhados com as obrigações internacionalmente assumidas com a ratificação do Protocolo sobre Contrabando¹⁹³⁵.

A proporcionalidade da utilização da lei penal fica igualmente mais assegurada, na medida em que apenas se sancionariam os comportamentos destinados a explorar os migrantes ou que colocassem os seus interesses (penalmente relevantes) em causa, o que traduz de modo

¹⁹³³ V. também a interessante proposta de redacção deste crime de Arroyo, em TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002, pág. 465, proposta que não apresentaria os problemas da actual redacção legislativa. Há ainda quem considere que o contrabando de migrantes não deveria ser um crime, devendo ao invés ser tutelado somente através do regime das contra-ordenações, uma vez que os aspectos que afectam negativamente os migrantes são já em princípio alvo de criminalização – opinião de membros da comunidade académica expressa em DG Home, “Summary of Replies...”, pág. 9.

¹⁹³⁴ Muitas considerações relevantes foram já sendo feitas ao longo do estudo, pelo que não nos alongaremos aqui nesta questão, referindo apenas os aspectos essenciais à verificação ou não do respeito pelos vários princípios.

¹⁹³⁵ Isto apesar de o art. 83º TFUE permitir que os EM legislem de modo mais severo do que aquele estabelecido nos *mínimos* estabelecidos no âmbito europeu. Os critérios de legitimidade material da lei penal europeia pretendem racionalizar essa lei e limitar a liberdade do legislador europeu, e nesse sentido, evitar os efeitos perniciosos da legislação europeia nos vários EM: se na Directiva não se legislar de forma errónea, evita-se que os EM posteriormente o façam também (apesar de continuarem a poder fazê-lo). Mas existe um outro efeito, que garantiria neste caso também uma maior racionalidade da lei interna: se no plano europeu se estabelecesse, p. ex., que a ajuda humanitária não poderia ser alvo de criminalização, isso constituiria já o mínimo que os EM não poderiam descuidar ao transpor a Directiva para o seu ordenamento, sob pena de não respeitarem os objectivos definidos pela União. Isso não será sempre possível de fazer em todos os instrumentos legislativos, claro, pois estes critérios não se dirigem a racionalizar a actividade legiferante (paralela) dos EM, mas existem certas situações em que se pode divisar um efeito posterior positivo também nesse sentido.

mais explícito o necessário desvalor da conduta que se pretende criminalizar. A proporcionalidade também releva quanto aos operadores legítimos de sectores muitas vezes utilizados pelos migrantes irregulares, uma vez que o simples exercício da sua actividade não implicaria o cometimento de um crime¹⁹³⁶, e ainda quanto aos próprios migrantes, que estariam apenas sujeitos a cometer um ilícito administrativo, e já não penal.

Em relação à eficácia das medidas, e dado que a criminalização só por si não determina a diminuição da procura destes serviços, esta permaneceria virtualmente inalterada¹⁹³⁷. Estas medidas legislativas seriam, no entanto, mais adequadas, e dirigir-se-iam também de forma mais acertada àquilo que são na essência contra-ordenações – pelo que nesse sentido, em relação às condutas que passariam a ser ilícitos administrativos, seriam de facto mais eficazes, na medida em que, p. ex., o Estado não estaria impedido de aplicar uma coima a um migrante irregular por esse procedimento atrasar o seu repatriamento (no caso de aplicação da Directiva que determina o retorno dos imigrantes que não têm direito de permanecer na UE, e respectiva jurisprudência do TJ).

A incriminação assim delimitada cumpre sem dúvida com o requerido pelos princípios do respeito pelos direitos fundamentais (a actual encontrando-se evidentemente em desacordo com este), e da *ultima ratio*.

Parece-nos, portanto, que a criminalização do contrabando de migrantes, devidamente delimitada e fundamentada, poderia ser efectuada na esfera europeia sem que com isso se despertassem preocupações relativamente ao rigor exigido pela disciplina penal.

5. Verificação da adequação da criminalização assim delimitada

Com o comportamento de contrabando de migrantes assim delimitado, vejamos se as críticas tecidas à actual definição europeia se mantêm ou não.

A primeira crítica será a mais facilmente resolvida, uma vez que diz respeito à ausência de menção à obtenção de lucro injusto ou vantagem material com o contrabando do migrante, algo que passaria a estar presente na definição sugerida.

A procura de obtenção de algum tipo de lucro com o auxílio que se presta ao migrante, e/ou a existência de violação de direitos humanos (seja ele para entrada, trânsito ou residência) exclui automaticamente do âmbito da criminalização os actos praticados com motivação humanitária ou de ajuda entre familiares ou amigos, bem como a criminalização do próprio migrante. Os operadores comerciais na área dos transportes ou habitação estariam também excluídos, desde que o lucro obtido não fosse “injusto”, “ilícito” – ou seja, não poderia ser desproporcional em relação a outros clientes devido apenas à situação de fragilidade do migrante.

¹⁹³⁶ Considerações que também relevam para o princípio da não discriminação, uma vez que o carácter criminoso da sua conduta não dependeria da situação de regularidade ou irregularidade, naquele território, da pessoa que transportam ou alojam.

¹⁹³⁷ A eficácia de outras medidas, em conjunto com as legislativas, verificar-se-á de seguida.

Por último, o nível de variação legal (com a transposição da Directiva que assim definisse este crime para o ordenamento interno de cada EM) permitido não seria demasiado amplo, respondendo assim simultaneamente tanto a essa crítica quanto a neste momento não se saber o que não constitui crime de contrabando de migrantes¹⁹³⁸.

De todo o modo, apesar de todas estas consequências resultarem da definição assim determinada, o facto de a ajuda humanitária, o migrante e os operadores comerciais (com a ressalva do lucro injusto) não serem objecto de criminalização deveria ficar explícito na lei, de modo a não permitir qualquer tipo de interpretação errónea.

Também uma possível contra-ordenação teria que excluir a ajuda humanitária, bem como aquelas situações em que familiares ou amigos auxiliam um migrante irregular que adquire o direito a permanecer naquele país. Verificando-se, no âmbito de um processo individualizado e justo, que o migrante realmente não tem direito a estar naquele Estado, de acordo com as suas leis internas e obrigações internacionais, então o migrante e quem o auxiliou (exceptuando obrigatoriamente a motivação humanitária) poderiam ser sujeitos a uma coima proporcional, por terem intencionalmente desrespeitado as regras definidas pelo Estado para a entrada, permanência ou residência regulares¹⁹³⁹. Porquê esta menção à posterior aquisição do direito de permanência no país?

¹⁹³⁸ De acordo com o que foi exposto relativamente à função do Direito Penal Europeu, a conclusão de que em causa se encontrariam interesses comuns e conseqüente análise da incriminação pretendida à luz do *harm principle* teria também a vantagem acrescida de permitir que os EM que adoptam o princípio do bem jurídico, ao transpor as Directivas para o seu ordenamento, conciliassem a legislação europeia com a sua legislação interna, na medida em que seria possível incluir essas condutas na violação de um determinado bem jurídico definido pelos Estados; desde que essa possível mudança de perspectiva continue a corresponder aos objectivos da Directiva e obrigações que impõe aos Estados, não será ilegítima. Neste caso em específico, no entanto, a legislação assim desenhada impediria efectivamente aos EM considerar que o bem jurídico em causa fosse, p. ex., algum pertencente ao Estado, porque isso seria contrário ao que se pretendia alcançar ao nível europeu, para além de permitir criminalizar condutas cuja incriminação se encontraria excluída supranacionalmente (como a mera entrada irregular do migrante); para além disso, vimos já que a introdução de regimes mais gravosos pode não ser tolerada pelo TJ – como demonstrado pela sua jurisprudência no âmbito da Directiva relativa ao retorno dos migrantes que não têm direito de permanecer em território europeu. Por outro lado, uma consideração séria do interesse em causa permitiria também ao TJ manter uma maior coerência na sua jurisprudência, como p. ex. em relação às críticas que se lhe teceram ao considerar que poderia ser imposta uma sanção penal no caso da reentrada do migrante em violação de uma proibição dessa entrada – MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations...”, pág. 83 e 84: “This difference of approach regarding re-entry bans is questionable and highlights the willingness of the Court to assign a greater moral culpability to migrants who have defied the very system of immigration enforcement that the EU and Member States have put in place, although the distinctiveness in the interests protected by national law criminalizing re-entry or the harm in reentry are difficult to pin down unless re-entry is viewed as an additional affront to state sovereignty as translated in its capacity to guard the border effectively”. Neste momento, a flexibilidade permitida pela legislação europeia pertinente dirige-se apenas à possibilidade de criminalizar ainda mais condutas do que aquelas previstas na mesma, e não uma adequação daquela ao ordenamento interno dos EM (isto porque, mesmo que um EM quisesse incluir a necessidade de obtenção de lucro ilícito para criminalização das condutas descritas, isso provavelmente não se encontraria de acordo com a Directiva, uma vez que esta dispensa desse requisito, e esse EM estaria na prática a sancionar um leque de condutas *menor* do que aquele pretendido pela UE).

¹⁹³⁹ Ao referir o critério do desrespeito pelas leis do Estado que ao caso se aplicarem encontram-se também abrangidas as situações em que migrantes regulares passam a ser irregulares por deixarem algum prazo legal expirar – como em tantos outros procedimentos administrativos do quotidiano de qualquer cidadão, a negligência em relação às regras legalmente estabelecidas

Por duas ordens de motivos: se se vier a reconhecer ao migrante o estatuto de refugiado, isso significa que o Estado assumiu internacionalmente o dever da sua protecção, pelo que seria hipócrita aplicar sanções, independentemente da sua natureza, a quem o auxiliou em primeira instância a chegar onde poderia obter essa protecção. O desrespeito pelas normas relativas à imigração pode ter sido (e provavelmente foi) motivado pela inexistência de alternativas legais. Por outro lado, se ao migrante vier a ser reconhecido o direito a permanecer naquele território por qualquer outro motivo (como a reunificação familiar), deve ter-se em consideração a possibilidade de aquela ter sido a única maneira de obter a fruição do seu direito – se sim, então não deve nenhuma das partes envolvida ser sancionada¹⁹⁴⁰.

5.1 As alterações legislativas sugeridas

Ao criticar uma determinada legislação, a doutrina normalmente oferece sugestões de como esta poderia ser melhorada, ultrapassando assim os problemas identificados. O caso do contrabando de migrantes não foi excepção, pelo que nos cumpre agora verificar se a definição com os elementos acima determinados, resultante da aplicação do *harm principle*, irá no sentido das alterações sugeridas à Directiva.

A sugestão que mais frequentemente é mencionada é precisamente a inclusão da motivação de obtenção de vantagem financeira ou material injusta ou ilícita, assim como a necessidade de inclusão de uma cláusula obrigatória de exclusão da responsabilização penal do migrante¹⁹⁴¹ e da ajuda humanitária do âmbito de criminalização¹⁹⁴². Também é referida a necessidade de ficar claro que a conduta sujeita a criminalização é aquela do contrabandista, e nunca do migrante, pelo que a linguagem utilizada deve permitir essa distinção¹⁹⁴³. O facto de a vida, integridade física ou mental do migrante, bem como situações de exploração ou tratamento desumano ou degradante serem simplesmente circunstâncias agravantes¹⁹⁴⁴ não fará, no nosso caso, sentido, uma vez que os comportamentos que colocam em causa esses interesses de forma intencional ou negligente e as situações que configuram violações de

pode dar lugar à aplicação de uma penalização (que não deve ser desproporcionalmente gravosa apenas por a pessoa em causa ser estrangeira).

¹⁹⁴⁰ Se, pelo contrário, tiver sido apenas uma questão de negligência em relação ao devido processo de regularização do estatuto do migrante, já poderá, como a qualquer outro cidadão, ser aplicada uma sanção proporcional a essa negligência, estabelecida na devida ou correspondente lei (como acima mencionado).

¹⁹⁴¹ Nesse sentido, não só uma exclusão explícita da sua responsabilidade penal, mas sim uma distinção clara entre a sua situação de irregularidade (que não deve ser crime) e os crimes que podem resultar do facto de o migrante se encontrar irregular – MORTICELLI, Annalisa, *Reducing Irregular Migration...*, pág. 40.

¹⁹⁴² Apesar de já resultar das opiniões que foram sendo expressas ao longo deste estudo, concordamos com a sugestão de essa “ajuda humanitária” ser alvo de uma definição ampla, por forma a incluir não apenas actos destinados a salvar a vida do migrante, mas também a “manter a sua dignidade humana, prevenir sofrimento e outras situações em que a inacção pudesse levar a tortura ou tratamento desumano ou degradante” – CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 110 (tradução livre).

¹⁹⁴³ SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration...”, pág. 39.

¹⁹⁴⁴ SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration...”, pág. 39.

direitos humanos são precisamente aquilo que despoleta a censura própria do Direito Penal e a subsequente criminalização do autor.

É ainda sugerida uma formulação do crime em termos estritos, que não conceda aos EM uma ampla margem interpretativa, de forma a minimizar as tendências expansionistas dos EM¹⁹⁴⁵ e a permitir uma efectiva harmonização da legislação que criminaliza o contrabando de migrantes¹⁹⁴⁶.

Parece-nos, portanto, que a formulação do (real) crime de contrabando de migrantes efectuada à luz da aplicação do *harm principle* responde às críticas tecidas à legislação actualmente existente, e incorpora as alterações que são normalmente sugeridas para melhoria dessa legislação, o que faz com que possa ser uma resposta adequada à questão de saber que tipo de intervenção deve o Estado realizar quanto a este fenómeno¹⁹⁴⁷.

Mas a migração irregular, e bem assim o contrabando de migrantes, não sofrerá uma diminuição significativa se a única resposta for a do Direito Penal, uma vez que esse é um problema mais vasto que requer soluções multidisciplinares e de política migratória. Deixaremos aqui, no entanto, e não obstante não as analisarmos extensamente, algumas das medidas mais frequentemente tidas como capazes de fornecer uma resposta mais adequada do que apenas o emprego de normas sancionatórias da migração.

6. Medidas sugeridas para resposta ao problema do contrabando de migrantes *lato sensu*¹⁹⁴⁸

A via da (para todos os efeitos) criminalização da migração não responde, portanto, ao problema do controlo de grandes fluxos migratórios, devendo os Estados / UE procurar soluções mais apropriadas a essa questão. De facto, esse tipo de aproximação ao problema deve

¹⁹⁴⁵ ALLSOPP, Jennifer and MANIERI, Maria, “The EU Anti-Smuggling Framework...”, pág. 90.

¹⁹⁴⁶ NICOLA, Andrea Di, “Trafficking in immigrants: a European perspective”, Paper presented at the *Colloquium on Cross-border Crime in Europe*, Prague, 1999, pág. 11. A autora refere ainda que se deveriam alcançar níveis de sanções semelhantes em todos os EM, de modo a não se formar mais uma fraqueza susceptível de exploração por parte dos grupos criminosos organizados que operem nesta área.

¹⁹⁴⁷ Na prática, no entanto, nem as Constituições oferecem muitos limites substantivos ao conteúdo da lei penal – como refere também LACEY, Nicola, “Historicising Criminalisation...”, pág. 940 –, nem os legisladores estão muitas vezes interessados em cumprir com as exigências específicas do Direito Penal. Nesse sentido seria imprescindível que o TJ pudesse, à semelhança dos TC nacionais, rever a legitimidade das normas penais europeias, de modo a retirar do ordenamento europeu aquelas que não se coadunam com a sua Constituição. No caso específico do contrabando de migrantes e do modo como se encontra actualmente tipificado isso seria relativamente simples, uma vez que as soluções acolhidas pela legislação se encontram em clara contradição com os valores explanados no art. 2º TUE – de forma evidente, tanto a criminalização do migrante (ou não afastamento desta), como a possibilidade de criminalização do auxílio humanitário –, e deveriam por isso ser eliminadas, impondo-se assim uma reforma legislativa que se encontrasse em consonância com os valores constitucionais europeus. Isso acabaria também por favorecer as aspirações mais harmonizadoras europeias: como algumas das condutas deveriam passar a ser consideradas ilícitos administrativos, a sua competência em relação às mesmas poderia ver-se expandida, podendo esta (se se mostrasse de acordo com o princípio da subsidiariedade) determinar agora as sanções a aplicar (não apenas em termos de mínimos da sanção máxima), já que não teriam carácter penal.

¹⁹⁴⁸ Queremos aqui referir-nos ao fenómeno na sua globalidade, e não especificamente àquelas condutas que configuram o crime (como por nós definido) do contrabando de migrantes.

ser evitado, uma vez que: a legislação actual tende a configurar a irregularidade do migrante como crime, o que não é uma aplicação correcta dos postulados penais; a eficácia dessa resposta não parece ser proporcional ao que dessas medidas se espera, não existindo provas de que tenha conseguido diminuir o número de migrantes que chegam irregularmente aos Estados; e essa abordagem leva ao surgimento de várias consequências secundárias negativas¹⁹⁴⁹, como o aumento da morte de migrantes, a sua marginalização, entre outras.

O controlo dos fluxos migratórios¹⁹⁵⁰ requer, então, uma resposta mais ampla do que aquela que pode ser fornecida pelo uso legítimo do Direito Penal, englobando temas variados, desde a corrupção de agentes do Estado ou a regulação do mercado de trabalho, ao acesso a documentos do registo civil¹⁹⁵¹. No entanto, mesmo as normas penais não são úteis quando não são devidamente implementadas, pelo que a primeira sugestão, ainda ligada ao tema da legislação, é precisamente assegurar uma correcta transposição das normas europeias em cada EM¹⁹⁵², para além de uma distribuição de recursos racional, perseguindo os verdadeiros autores de crimes e não desperdiçar recursos financeiros, materiais e humanos em condutas que não deveriam ser perseguidas¹⁹⁵³. Outras sugestões dirigem-se a ponderar soluções diversas que tenham em consideração os direitos humanos dos migrantes e as causas que os levam a migrar – propõe-se assim fornecer aos migrantes alternativas legais para que não necessitem de entrar num outro país numa situação irregular: é o caso de criar uma categoria de vistos humanitários (que sejam atribuídos e requeridos fora da UE), para reunificação familiar, e de reinstalação de refugiados¹⁹⁵⁴. Também a melhoria das condições em países onde os migrantes tendem a parar durante algum tempo¹⁹⁵⁵ permitiria diminuir a quantidade de pessoas que sente a necessidade de sair do seu continente para migrar para a Europa.

¹⁹⁴⁹ LEERKES, Arjen, “Managing migration through legitimacy? Alternatives to the criminalization of unauthorized migration”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016, pág. 25.

¹⁹⁵⁰ Controlo, e não a descontinuação dos mesmos, uma vez que os Estados necessitam de imigrantes, nomeadamente por não terem população suficiente para responder às necessidades do país.

¹⁹⁵¹ MANN, Lori, *Trafficking in Human Beings...*, pág. 14 e 53.

¹⁹⁵² ALLSOPP, Jennifer and MANIERI, Maria, “The EU Anti-Smuggling Framework...”, pág. 90.

¹⁹⁵³ Neste sentido é ainda sugerido o estabelecimento da Procuradoria Europeia também para este crime, com o objectivo de coordenar as investigações entre os EM e com outros países terceiros – DG Home, “Summary of Replies...”, pág. 20.

¹⁹⁵⁴ COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries...”, pág. 21.

¹⁹⁵⁵ COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries...”, pág. 21 – p. ex. os migrantes que deixam o seu país para se dirigir para outros países de África: se nesse outro país onde pensam chegar primeiro tiverem as condições necessárias para prosseguir os seus objectivos de vida, não sentirão a necessidade de continuar a viagem para outro local ainda. O autor menciona o exemplo de Marrocos e ainda da liberalização de movimento na África oeste. Outro exemplo de como a liberalização da mobilidade levou ao desaparecimento do fenómeno de contrabando de migrantes naquele local é o do acordo bilateral que permitiu aos albaneses entrar e trabalhar legalmente em Itália – SANCHEZ, Gabriella, “Five Misconceptions...”, pág. 3.

O investimento em políticas de melhoria da situação económica existente em países de origem¹⁹⁵⁶, em vez do investimento efectuado nas múltiplas tentativas de interceptar os migrantes irregulares, deveria ter um efeito benéfico exponencial na questão do contrabando de migrantes, tanto quanto à existência de migrantes quanto à de contrabandistas¹⁹⁵⁷. Realçam-se também medidas¹⁹⁵⁸ de cooperação internacional entre países (como celebração de acordos bilaterais ou de parcerias de liberdade de movimento¹⁹⁵⁹), treino das autoridades estatais em direitos humanos, protecção de fronteiras temperada com considerações de protecção das pessoas (migrantes) em situação de vida frágil (especialmente mulheres e crianças, consideradas mais vulneráveis), acesso à justiça igualitário por parte dos migrantes, e existência de vias para regularização da situação irregular dos migrantes (como poderem aceder ao mercado de trabalho e políticas sociais).

São ainda mencionadas¹⁹⁶⁰ algumas medidas mais vastas, que se dirigem às causas que originam a migração, como: a necessidade de descontinuar a venda de armas para países em guerra ou na iminência de entrar em guerra; travar as alterações climáticas; seguir políticas de comércio justas com outros países; e ainda dirigir campanhas de informação sobre os riscos da migração irregular nesses países¹⁹⁶¹.

Podemos assim concluir, em último lugar, pela necessidade de a UE rever não só a legislação existente em termos de contrabando de migrantes, como também as suas políticas de imigração, tomando em conta os motivos pelos quais as pessoas migram.

¹⁹⁵⁶ REITANO, Tuesday, “A Perilous but Profitable Crossing: The Changing Nature of Migrant Smuggling through sub-Saharan Africa to Europe and EU Migration Policy (2012-2015)”, in *The European Review of Organised Crime*, No. 2, 2015, pág. 19: “[...] analysts have argued that the costs of defending the European ‘Fortress’ from unstable states in its neighbourhood are much higher than the costs of promoting prosperity and security beyond its borders”.

¹⁹⁵⁷ International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 5. Pense-se no exemplo dos pescadores marroquinos, que não viram alternativa senão transportar migrantes irregulares para Espanha quando as quotas que tinham disponíveis para pescar foram entregues a outros EM da UE.

¹⁹⁵⁸ Em International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration...*, pág. 91 ss, analisadas em mais detalhe.

¹⁹⁵⁹ MORTICELLI, Annalisa and GUTH, Jessica, “Irregular Immigration in the EU Legal Framework: Where are the Human Rights?”, in SIRKECI, Ibrahim; ELÇIN, Doğa and ŞEKER, Güven, *Politics and Law in Turkish Migration*, London, Transnational Press London, 2015, pág. 23.

¹⁹⁶⁰ DG Home, “Summary of Replies...”, pág. 19.

¹⁹⁶¹ Uma miríade de outras sugestões, amplamente analisadas, pode ainda ser encontrada em CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose?...*, pág. 109 ss; SHELLEY, Louise, *Human Smuggling and Trafficking into Europe: A comparative perspective*, Washington, DC: Migration Policy Institute, 2014, pág. 15 ss; e MORTICELLI, Annalisa, *Reducing Irregular Migration...*, pág. 40 ss.

Conclusões

1. Entre a função do Direito Penal e a finalidade atribuída às sanções penais estabelece-se uma relação de meio e fim que faz com que o estudo da primeira não seja possível sem o estudo da segunda.

2. A partir da distinção entre bem, bem jurídico, e bem jurídico-penal, podemos identificar o último como um interesse positivamente valorado, sendo então definido como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.

3. O referente valorativo do bem jurídico deve ainda ser identificado com a ordenação de valores efectuada pela Constituição.

4. Enquanto o princípio do bem jurídico se foca no interesse a proteger, o *harm principle* – cujo conteúdo não é subsumível a nenhuma categoria existente hoje na tradição jurídica europeia continental – foca-se na consequência danosa que ocorre com o cometimento do crime e que se pretende, através da utilização de normas penais, evitar.

5. O *harm principle* postula então que poderiam ser criminalizadas (pois existem outras considerações a ter em conta posteriormente) aquelas condutas que causem ou seja provável que causem dano ou prejuízo a outrem.

6. Apesar das críticas que podem ser tecidas a ambos os princípios, conclui-se que estes são necessários e adequados para limitar a liberdade legislativa penal, dirigindo-se assim ao objectivo de restringir a aplicação do Direito Penal a condutas que o mereçam, salvaguardando a máxima coerência deste ramo do Direito e a máxima liberdade dos cidadãos a ele sujeitos.

7. Quando transpomos estas considerações para um cenário transnacional, verificamos que as conclusões podem ser semelhantes, desde logo em relação à atribuição de finalidades legítimas para as penas cominadas ou determinadas na esfera supranacional: devem encontrar-se subjacentes às sanções penais finalidades de prevenção geral positiva e de prevenção especial, tanto positiva como negativa (em concreto relativamente ao Direito Penal Europeu).

8. Mas a atribuição de uma função ao Direito Penal Europeu faz com que seja necessária a averiguação da existência de vários requisitos essenciais para que se possam aplicar os princípios de legitimidade material do Direito Penal também neste específico contexto supranacional – são eles a natureza da União Europeia, a dimensão constitucional desta, e os limites da sua competência penal.

9. Após análise de várias alternativas sugeridas na doutrina, bem como de vários exemplos federativos, concluiu-se que a UE pode ser considerada uma Federação de Estados, o que, para o que o nosso tema releva, e em conjugação com as finalidades que a ela se adscvem, significa que os desafios que se lhe colocam em relação ao Direito Penal são muito semelhantes àqueles existentes nos Estados (mormente federais).

10. Se o Direito Penal Europeu depara com problemas de legitimação semelhantes aos do Direito estadual, o que se impunha verificar de seguida era a capacidade da UE para conferir ao Direito Penal por si criado uma dimensão valorativa, à semelhança do que existe (ou deve existir) nos Estados – por outras palavras, se possui algum referente constitucional contra o qual verificar a legitimidade material das suas normas penais.

11. Neste sentido, foram avaliados vários critérios imprescindíveis para a afirmação de uma dimensão constitucional europeia: território, povo, aparelho judicial, e Constituição, todos os quais, embora com as suas especificidades, se podem sem grandes dificuldades assegurar existir na União.

12. Isso implica que a UE apresente uma identidade constitucional própria, que se expressa e confirma através de alguns princípios europeus de teor constitucional, como sejam o princípio da unidade do ordenamento jurídico da UE, do primado, da cooperação leal, efeito directo ou interpretação conforme. Essa identidade constitucional manifesta-se ainda nos requisitos exigidos para que se possa integrar a UE e na condição dos Estados-Membros, o que leva também à identificação do constitucionalismo existente na União: um constitucionalismo que é plural, e que se baseia mais numa relação heterárquica dos seus intervenientes do que propriamente numa mais tradicional relação hierárquica entre Tribunais.

13. A validade material das normas penais europeias deve, assim, ser avaliada em relação aos valores expressos, de modo explícito ou implícito, nos instrumentos que integram a Constituição da UE: os Tratados.

14. Com a dimensão axiológica confirmada, torna-se necessário verificar os limites da competência penal da União: se existe, quais os seus contornos, e como eles podem influir sobre a função do Direito Penal Europeu. De uma perspectiva histórica constatou-se que a Comunidade sempre procurou obter competências nessa área (já que a União a possuía, mas de modo algo limitado), permanecendo esta no entanto em larga escala como um verdadeiro reduto inviolável da soberania estadual, pelo menos até se ter atribuído competência penal à CEE de modo implícito nos Tratados vigentes anteriormente.

15. Com o Tratado de Lisboa essa situação alterou-se radicalmente, possuindo agora a União uma competência penal que lhe é atribuída directamente pelos Tratados. Esta competência difere ainda daquela possuída em geral pelos Estados, que é em princípio ilimitada (o que em relação aos EM da UE já não é o caso, devido à intersecção dos vários ordenamentos e ao funcionamento tanto do princípio da atribuição de competências como dos restantes princípios constitucionais europeus).

16. Consequentemente, é possível distinguir várias ordens de interesses que partilham o mesmo espaço europeu, e que influem na função – diferenciada – do Direito Penal Europeu: interesses próprios da UE, interesses comuns da UE e EM, e interesses apenas respeitantes aos EM (que não assumem relevo próprio no âmbito deste estudo).

17. Mas o Tratado de Lisboa, se resolveu certas questões relativas à competência penal da União, deixou espaço para que surgissem outras – é o caso de se saber se essa competência se limita à atribuição explícita feita nos arts. 82º e 83º TFUE, ou se existirão outras bases legais que permitam a adopção de normas de natureza penal – p. ex., os arts. 325º, nº4; 33º; 86º, nº 2; 79º, nº 2, als. c) e d); 352º ou 114º TFUE.

18. Esta distinção é relevante sobretudo em relação à aplicação dos mecanismos e especificidades previstas para o exercício da competência penal explícita da União, mormente o travão de emergência e condições de autorização do estabelecimento da cooperação reforçada, bem como quanto ao conteúdo das normas penais (regras mínimas) e mesmo para a identificação dos EM em que se irão aplicar (devido aos *opt-outs*); é ainda importante no que concerne à própria forma que assume a intervenção penal europeia, colocando-se aqui a questão da utilização de Regulamentos para adopção de medidas penais.

19. A UE poderá ter alguma competência penal implícita, mas de todo o modo não para legislar penalmente através de Regulamentos, uma vez que tal intervenção – mais adstringente do que aquela expressamente concedida pelos Tratados – deveria encontrar-se inquestionavelmente atribuída e respeitar princípios essenciais do Direito Penal, v.g. o princípio da legalidade *in totum*, a que a União não se encontra de momento obrigada.

20. Analisados os aspectos que influem na atribuição de uma função ao Direito Penal Europeu, constata-se uma verdadeira necessidade de definição de uma política criminal europeia, o que se torna mais evidente à medida que a União intervém na matéria penal.

21. Essa função não consegue ser cumprida por nenhum dos princípios constitucionais já hoje existentes no ordenamento jurídico europeu – como o princípio da legalidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da eficácia, da não discriminação ou do respeito pelos direitos fundamentais –, nem se pode simplesmente transplantar do âmbito nacional para o

cenário supranacional, por diversas ordens de motivos: devido ao multiculturalismo presente na UE; aos diversos interesses que coexistem no espaço europeu, à limitação da competência penal da União e funcionamento das normas de atribuição da mesma, e a outras obrigações europeias, como a que resulta do dever de respeito pela identidade nacional dos EM e das suas diferentes tradições jurídicas.

22. Propõe-se assim uma avaliação da legitimidade da incriminação efectuada ao nível europeu baseada num processo tripartido e no critério da alocação da responsabilidade pela tutela penal do interesse em causa, no qual se salientará a função diferenciada do DPE. Numa primeira fase devem ser distinguidos os interesses potencialmente afectados pelo comportamento que se pretende proibir, definindo-se então se são próprios ou comuns (e dentro destes, se se encontram já totalmente harmonizados ou não). Na segunda fase aplica-se o princípio adequado aos mesmos: os interesses próprios e comuns harmonizados deveriam ser sujeitos à avaliação segundo o princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos, enquanto os comuns (não totalmente harmonizados) seriam avaliados à luz do *harm principle*. Numa terceira e última fase aplicar-se-iam ainda outros princípios penalmente relevantes para determinar da necessidade ou propriedade dessa incriminação.

23. Esta função diferenciada permitiria conjugar as vantagens de ambos os princípios mencionados: permite intervenções diferenciadas para interesses de natureza também divergente; permite conservar a coerência dos vários ordenamentos jurídicos envolvidos, bem como a margem de discricionariedade que deve ser concedida aos EM e, simultaneamente, garantir também uma maior unidade da ordem jurídica europeia no que concerne aos seus próprios interesses, o que seria mais apropriado a uma defesa dos mesmos de forma igualitária em todo o seu território do que a solução que ainda resulta da aplicação do princípio da assimilação ou de normas previstas em Directivas.

24. Para uma avaliação prática do funcionamento da atribuição desta função diferenciada ao DPE foi escolhida uma incriminação europeia problemática – o contrabando de migrantes –, de forma a possibilitar a averiguação da sua capacidade de resolução dos problemas que levanta (ou, prospectivamente, da sua prevenção).

25. Após análise do fenómeno e das várias respostas legislativas disponíveis, concluiu-se que a aplicação do critério de legitimidade material da lei penal europeia proposto seria adequado a prevenir ou colmatar as críticas que se tecem a essa legislação, para além de conservar a liberdade legislativa estadual na medida em que a mesma se mantivesse alinhada com as responsabilidades assumidas internacionalmente e com os valores e restantes normas do ordenamento jurídico europeu.

Lista de casos e legislação

Acórdãos do TEDH

Amuur v. France, nº 19776/92, de 25 de Junho de 1996

Azzolina et Autres c. Italie, nº 28923/09 e 67599/10, de 26 de Outubro de 2017 (final: 26/01/2018)

Bosphorus v. Ireland, nº 45036/98, de 30 de Junho de 2005

Cestaro v. Italy, nº 6884/11, de 7 de Abril de 2015 (final: 07/07/2015)

Engel and Others v. The Netherlands, nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 e 5370/72, de 23 de Novembro de 1976

Hirsi Jamaa and Others v. Italy, nº 27765/09, de 23 de Fevereiro de 2012 (rectificado a 16 de Novembro de 2016)

Khlaifia and Others v. Italy, nº 16483/12, de 15 de Dezembro de 2016

M.S.S. v. Belgium and Greece, nº 30696/09, de 21 de Janeiro de 2011

Mallah c. France, nº 29681/08, de 10 de Novembro de 2011 (final: 08/03/2012)

Nada v. Switzerland, nº 10593/08, de 12 de Setembro de 2012

Öztürk v. Germany, nº 22479/93, de 21 de Fevereiro de 1984

Stübing v. Germany, nº 43547/08, de 12 de Abril de 2012 (final: 24/09/2012)

Trampevski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, nº 4570/07, de 10 de Julho de 2012 (final: 10/10/2012)

Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique, nº 3989/07 e 38353/07 de 20 de Setembro de 2011 (final: 08/03/2012)

Acórdãos do TJUE

C-26/62 (Van Gend en Loos)

C-28, 29 e 30/62 (Da Costa en Schaake)

C-90 e 91/63 (Commission v Luxembourg and Belgium)

C-6/64 (Costa ENEL)

C-34/67 (Lück)

C-6/70 (Grad)

C-11/70 (Internationale Handelsgesellschaft)

C-22/70 (AERT)

C-7/71 (Commission v France)

C-82/71 (SAIL)

C-4/73 (Nold)

C-34/73 (Fratelli)

C-41/74 (Van Duyn)

C-36/75 (Rutili)

C-43/75 (Sabena)
C-59/75 (Manghera)
C-93/75 (Adlerblum)
C-3, 4 e 6/76 (Kramer)
C-50/76 (Amsterdam Bulb)
C-117/76 (Ruckdeschel)
C-197/76 (Hoffmann)
C-8/77 (Sagulo)
C-106/77 (Simmenthal)
C-148/78 (Ratti)
C-232/78 (*Commission v France*)
C-804/79 (Commission v United Kingdom)
C-24 e 97/80 (*Commission v France*)
C-50/80 (Horvath)
C-108/80 (Kugelman)
C-203/80 (Casati)
C-8/81 (Becker)
C-240/81 (Einberger)
C-283/81 (CILFIT)
C-199/82 (San Giorgio)
C-14/83 (Von Colson)
C-63/83 (Kirk)
C-294/83 (Les Verts v Parliament)
C-29/84 (Commission v Germany)
C-152/84 (Marshall)
C-168/85 (Comissão c. Itália)
C-314/85 (Foto-Frost)
C-363/85 (Comissão c. Itália)
C-14/86 (Pretore di Salò)
C-45/86 (Comissão c. Conselho)
C-68/86 (United Kingdom v Council)
C-80/86 (Kolpinghuis)
C-299/86 (Drexel)
C-186/87 (Cowan)
C-265/87 (Schräder)
C-339/87 (Comissão c. Países Baixos)

C-68/88 (Commission v. Greece)
C-131/88 (Comissão c. Alemanha)
C-331/88 (Fedesa)
C-46/89 (Hoechst)
C-59/89 (Comissão c. Alemanha)
C-106/89 (Marleasing)
C-188/89 (Foster)
C-260/89 (ERT)
C-300/89 (Titanium Dioxide)
C-6 e 9/90 (Francovich)
C-190/90 (Comissão c. Países Baixos)
C-273/90 (Meico-Fell)
C-369/90 (Micheletti)
C-13/91 (Debus)
C-397 a 403/91 (Pfeiffer)
C-91/92 (Faccini Dort)
C-46 e 48/93 (Brasserie du Pêcheur)
C-62/93 (BP Soupergaz)
C-55/94 (*Gebhard*)
C-83/94 (Leifer)
C-84/94 (Reino Unido c. Conselho)
C-163/94 (Sanz de Lera)
C-193/94 (Skanavi)
C-194/94 (CIA Security)
C-233/94 (Alemanha c. Parlamento e Conselho)
C-168/95 (Arcaro)
C-177/95 (Ebony Maritime)
C-265/95 (Commission v France)
C-299/95 (Kremzow)
C-341/95 (Bettati)
C-170/96 (Commission v Council)
C-262/96 (Sürül)
C-348/96 (Donatella Calfa)
C-10/97 (Ministero delle Finanze)
C-209/97 (Comissão c. Conselho)
C-7/98 (Krombach)

C-186/98 (Nunes de Matos)
C-285/98 (Kreil)
C-377/98 (Netherlands v Parliament and Council)
C-443/98 (Unilever)
C-456/98 (Centrosteeel)
C-28/99 (Verdonck)
C-184/99 (Grzelczyk)
C-213/99 (de Andrade)
C-333/99 (Commission v France)
C-413/99 (*Baumbast*)
C-26/00 (Netherlands v. Commission)
C-112/00 (Schmidberger)
C-129/00 (Commission v Italy)
C-253/00 (Muñoz)
C-442/00 (Rodríguez Caballero)
C-187 e 385/01 (Gözütok e Brügge)
C-224/01 (Köbler)
C-338/01 (Comissão c. Conselho)
C-491/01 (British American Tobacco)
C-36/02 (Omega)
C-60/02 (Criminal proceedings against X)
C-91/02 (Hannl Hofstetter)
C-387, 391 e 403/02 (Berlusconi)
C-457/02 (Niselli)
C-105/03 (Pupino)
C-176/03 (Commission v. Council)
C-265/03 (Simutenkov)
C-380/03 (*Tobacco Advertising*)
C-469/03 (Miraglia)
C-144/04 (Mangold)
C-212/04 (Adeneler)
C-328/04 (Vajnai)
C-338/04 (Placanica)
C-354 e 355/04P (Segi)
C-412/04 (Comissão c. Itália)
C-436/04 (Van Esbroeck)

C-81/05 (Cordero Alonso)
C-150/05 (Van Straaten)
C-303/05 (Advocaten voor de Wereld)
C-367/05 (Kraaijenbrink)
C-402/05P (Kadi)
C-440/05 (Commission v Council)
C-467/05 (Dell'Orto)
C-302/06 (Koval'ský),
C-308/06 (Intertanko)
C-353/06 (Grunkin e Paul)
C-372/06 (Asda Stores)
C-411/06 (Comissão c. Parlamento e Conselho)
C-460/06 (Paquay)
C-33/07 (Jipa)
C-155/07 (Parlamento c. Conselho)
C-189/07 (Commission v. Spain)
C-361/07 (Polier)
C-404/07 (Katz)
C-491/07 (Turanský)
C-555/07 (Küçükdeveci)
C-45/08 (Spector Photo)
C-51/08 (Commission v Luxembourg)
C-58/08 (*Vodafone*)
C-66/08 (*Kozłowski*)
C-123/08 (Wolzenburg)
C-512/08 (Comissão c. França)
C-27/09P (França v PMOI)
C-34/09 (Ruiz Zambrano)
C-145/09 (Tsakouridis)
C-176/09 (*Luxemburgo c. Parlamento e Conselho*)
C-208/09 (Sayn-Wittgenstein)
C-240/09 (Lesoochránárske)
C-261/09 (Mantello)
C-391/09 (Runevič-Vardyn)
C-434/09 (Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department)
C-550/09 (E and F)

C-72 e 77/10 (Costa e Cifone)
C-210/10 (Urbán)
C-411/10 (N.S.)
C-430/10 (Gaydarov)
C-489/10 (Bonda)
C-584/10 P (Commission and Others v Kadi)
C-617/10 (Akerberg)
C-42/11 (Lopes da Silva Jorge)
C-61/11 PPU (El-Dridi)
C-329/11 (Achughbavian)
C-396/11 (Radu)
C-399/11 (Melloni)
C-430/11 (Sagor)
C-192/12 (PPU West)
C-293 e 594/12 (Digital Rights Ireland)
C-62/14 (Gauweiler)
C-105/14 (Taricco)
C-290/14 (Celaj)
C-47/15 (Affum)
C-182/15 (Petruhhin)
C-404 e 659/15 PPU (Aranyosi e Căldăraru)
C-473/15 (Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR)
C-574/15 (Scialdone)
C-579/15 (Popławski)
C-64/16 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses)
C-191/16 (Pisciotti)
C-316/16 e C-424/16 (B e Vomero)
C-42/17 (M.A.S. and M.B.)
C-247/17 (Raugevicius)
C-412 e 474/17 (Touring Tours and Travel)
C-192/18 (Commission v. Poland)
C-216/18 PPU (LM)
C-619/18 (Commission v. Poland)
Opinião do AG Van Gerven no âmbito do processo C-326/88 (Hansen)
Opinião do AG Jacobs no âmbito do processo C-240/90 (Comissão c Alemanha),
Opinião do AG Van Gerven no âmbito do processo C-273/90 (Meico-Fell)

Opinião do AG Carl Lenz no âmbito do processo C-265/95 (Comissão c. França)
Opinião do AG Jacobs no âmbito do processo C-456/98 (Centrosteeel)
Opinião da AG Juliane Kokott no âmbito do caso C-387, 391 e 403/02 (Berlusconi)
Opinião da AG Juliane Kokott no âmbito do processo C-321/05 (Kofoed)
Opinião do AG Maduro no âmbito do processo C-402/05P (Kadi)
Opinião do AG Mazák no âmbito do processo C-440/05 (Commission v Council)
Opinião do AG Michael Elmer no âmbito do processo C-168/95 (*Arcaro*)
Opinião da AG Trstenjak no âmbito do processo C-62/06 (ZF Zefeser)
Opinião da AG Eleanor Sharpston no âmbito do processo C-34/09 (Zambrano)
Opinião da AG Juliane Kokott no âmbito do caso C-105/14 (Taricco)
Opinião do AG Szpunar no âmbito do processo C-290/14 (Celaj)
Opinião do AG Bobek no âmbito do processo C-574/15 (Scialdone)
Opinião do AG Yves Bot no âmbito do processo C-42/17 (M.A.S. and M.B.)
Opinião do AG Yves Bot no âmbito do processo C-247/17 (Raugevicius)
Opinião do AG Yves Bot no âmbito do caso C-412 e 474/17 (Touring Tours and Travel)
Opinião do Tribunal 1/91 (Accord EEE)
Opinião do Tribunal 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH)
T-228/02 (OMPI)
T-99/04 (Treuhand)
T-256/07 (OMPI II)
T-284/08 (OMPI III)
T-303/13 (Miettinen v Council)

Jurisprudência nacional, de outros EM, e internacional

Jurisprudência nacional:

Ac. TC 25/84, processo nº 38/84, de 19 de Março de 1984
Ac. TC 85/85, processo nº 95/84, de 29 de Maio de 1985
Ac. TC 347/86, processo nº 56/84, de 10 de Dezembro de 1986
Ac. TC 634/93, processo nº 94/92, de 4 de Novembro de 1993
Ac. TC 211/95, processo nº 607/92, de 20 de Abril de 1995
Ac. TC 99/02, processo nº 482/01, de 27 de Fevereiro de 2002
Ac. TC 144/2004, processo nº 566/2003, de 10 de Março 2004
Ac. TC 196/2004, processo nº 130/04, de 23 de Março de 2004
Ac. TC 179/2012, processo nº 182/12, de 4 de Abril de 2012
Ac. TC 377/2015, processo nº 658/2015, de 27 de Julho de 2015
Ac. STJ de 27-04-2006 (Processo 06P1429)

Ac. STJ de 10-09-2009 (Processo 134/09.6YREVR)
Ac. STJ de 12-05-2011 (Processo 50/11.1YFLSB)
Ac. STJ de 22-06-2011 (Processo 89/11.7 YRCBR.S1)
Ac. STJ de 29-11-2012 (Processo 117/12.9YREVR.S1)
Ac. STJ de 10-01-2013 (Processo 142/11.7YREVR.E1.S1)
Ac. STJ de 21-11-2013 (Processo 753/13.6YRLSB.S1)
Ac. STJ de 05-05-2016 (Processo 875/15.9YRLSB.S1)
Ac. STJ de 22-02-2017 (Processo 1861/16.7YRLSB.S1)

Jurispruência de outros EM:

(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 29. Mai 1974 – 2BvL 52/71 (Solange I)
(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 22. Oktober 1986 – 2BvR 197/83 (Solange II)
(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 12. Oktober 1993 – 2BvR 2134, 2159/92 (Maastricht Urteil)
(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2BvR 392/07 (Inzestverbot)
(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 30. Juni 2009 – 2BvE 2/08 (Lissabon Urteil)
(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 06. Juli 2010 – 2BvR 2661/06 (Honeywell)
(Bundesverfassungsgericht) Beschluss vom 6. November 2019 – 1BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II)
(Consiglio di Stato Italiano) Federfarma, ricorso n. 10778 del 2004 (Consiglio di Stato, Sezione 5, 4207/05), 19 aprile 2005
(Corte Costituzionale italiana) Sentenza 170/1984, 5 giugno 1984 (Granital)
(Conseil Constitutionnel français) Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004
(Tribunal Constitucional de España) Sentencia 199/2009, de 28 de Septiembre

Jurisprudência internacional:

Arriola Sebastian y Otros, Causa n° 9080, decisão de 25/08/2009 (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina)
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) (US Supreme Court)
McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819) (US Supreme Court)
Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 6 de Abril 1955 (International Court of Justice)
Prosecutor vs. Delalic, Case No. IT-96-21-A, de 20 de Fevereiro de 2001 (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991)
State v. Bruns, 134 N.J. 393, 48 A.2d 577 (1946) (New Jersey Supreme Court)
R. v. Appulonappa, Case No. 35958, de 27-11-2015 (Supreme Court of Canada)
The Canadian Federation of Agriculture v The Attorney-General of Quebec and others, de 16 de Outubro de 1950 (*Margarine Reference*) (Supreme Court of Canada)

Comunicações e outros documentos oficiais

(2020/C 118/21) European Parliament resolution of 5 July 2018 on guidelines for Member States to prevent humanitarian assistance from being criminalised (2018/2769(RSP))

(2020/C 14/02) Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Implementation of the Global Compact for safe, orderly and regular migration based on EU values’

(2020/C 323/01) Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence

A New Strategic Agenda 2019-2014

A5-0315/2000, Official Journal of the European Communities C 276/244, 1.10.2001

COM(2004) 165 final – Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Crime Prevention in the European Union – 12.3.2004

COM(2005) 583 final/2 – Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court’s judgment of 13 September 2005 (Case C-176/03 Commission v Council) – 24.11.2005

COM(2006) 331 final – Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Implementing The Hague Programme: the way forward – 28.6.2006

COM(2011) 573 final – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law – 20.09.2011

COM(2012) 363 final – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law – 11.7.2012

COM(2013) 42 final – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by criminal law, and replacing Council Framework Decision 2000/383/JHA – 5.2.2013

COM(2015) 185 final – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Agenda on Security – 28.4.2015

COM(2015) 240 final – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A European Agenda on Migration – 13.5.2015

COM(2015) 285 final – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – EU Action Plan against migrant smuggling (2015 - 2020) – 27.5.2015

COM(2015) 453 final – Communication from the Commission – EU Action Plan on return – 9.9.2015

COM(2016) 385 final – Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration – 7.6.2016

COM(2018) 641 final – Communication from the Commission to the European Parliament and the European Council – A Europe that protects: an initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor's Office to cross-border terrorist crimes – 12.9.2018

COM(2019) 353 final – Nineteenth Progress Report towards an effective and genuine Security Union – 24.7.2019

COM(2019) 552 final – Twentieth Progress Report towards an effective and genuine Security Union – 30.10.2019

COM(2020) 610 final – Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management – 23.9.2020

COM(2020) 612 final – Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders – 23.9.2020

COM(2020) 614 final – Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' – 23.9.2020

Conclusions of the European Council (26/27 June 2014): Strategic guidelines for legislative and operational planning for the coming years within the area of freedom, security and justice

Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations, de 27 de Novembro de 2009

Council conclusions on migrant smuggling, 6995/16, de 10 de Março de 2016

Council document 9141/02, Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of penalties, de 27 Maio de 2002

Council EU – Working Document of the European External Action Service, 9202/17, of 15 May 2017

Comunicação da Comissão — Manual sobre a transferência de pessoas condenadas a penas privativas da liberdade na União Europeia (2019/C 403/02)

Draft Resolution of the Council on a roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, 14791/09, de 23 de Outubro de 2009

European Migrant Smuggling Centre, Activity Reports

European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law (2010/2310(INI))

Frontex OSH, Regional Migrant Healthcare Contingency Plan: Operational procedures for the coordination of public healthcare in Sicily, 2017

Frontex, Annual Activity Report, 2017

Frontex, European Centre for Returns in brief

Frontex, Fundamental Rights Strategy

Frontex, Futures of Borders: A Forward Study of European Border Checks

Frontex, Twelve Seconds to Decide. In search of excellence: Frontex and the principle of best practice

JOIN(2017) 4 final – Joint Communication to the European Parliament, the European Council and the Council – Migration on the Central Mediterranean route. Managing flows, saving lives – 25.01.2017

JOIN(2020) 4 final – Joint Communication to the European Parliament and the Council – Towards a comprehensive Strategy with Africa – 9.3.2020

Opinião do Serviço Legal do Conselho, documento 15309/12

Paper by Germany, Council document 14745/18 of 2018-11-29 – Discussion on providing information to the State of nationality in case of surrender

Paper by the Commission, Council document 14744/18 of 2018-12-03 – Discussion on recent case-law of the CJEU

Summary of Replies to the Public Consultation on “Tackling Migrant Smuggling: is the EU Legislation Fit for Purpose?” – disponível em https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/public-consultation/2016/20170321_summary_of_replies_en.pdf

SWD(2012) 195 final – Commission Staff Working Paper Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law – 11.7.2012

SWD(2017) 120 final – Commission Staff Working Document, Executive Summary of the REFIT Evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA) – 22.03.2017

Legislação

CDFUE

Código Penal Português

Constituição da República Portuguesa

Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Estatuto do TJUE

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

L65/2003, de 23 de Agosto

L23/2007, de 4 de Julho

L69/2013, de 23 de Agosto

Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica

TCE

TFUE

TUE (várias versões)

Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional Dos Estados

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime

Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime

Council Decision (2006/616/EC) of 24 July 2006, on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organised Crime concerning the provisions of the Protocol, in so far as the provisions of this Protocol fall within the scope of Articles 179 and 181a of the Treaty establishing the European Community

Council Directive 2001/40/EC of 28 May 2001 on the mutual recognition of decisions on the expulsion of third country nationals

Council Directive 2001/51/EC of 28 June 2001 supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985

Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002, defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence

Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities

Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States

Council Framework Decision 2002/946/JHA of 28 November 2002, on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence

Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003, on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence

Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties

Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders

Council Framework Decision 2006/960/JHA of 18 December 2006, on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the European Union

Council Framework Decision 2008/675/JHA of 24 July 2008 on taking account of convictions in the Member States of the European Union in the course of new criminal proceedings

Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime

Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union

Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law

Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions

Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial

Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009 on the application, between Member States of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention

Council Regulation (EC) No 377/2004 of 19 February 2004, on the creation of an immigration liaison officers network

Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO')

Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006, on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals

Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals

Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017, on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law

Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017, on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA

Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA

Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011, on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA

Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European Protection Order

Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA

Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA

Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC

Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016, on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC

Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016, on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

AG – Advogado Geral

Al. – alínea

Art. – artigo

CAAS – Convenção de Aplicação do Acordo Schengen

CCOT – Convenção contra a criminalidade organizada transnacional

CDC – Convenção sobre os Direitos das Crianças

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEPOL – The European Union Agency for Law Enforcement Training

CER – Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados

Cf. – confrontar

CISA – Convention Implementing the Schengen Agreement

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CS – Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas

DF – Direitos Fundamentais

Dir. – Directiva

Directiva PIF – Directive on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law

DLG – Direitos, Liberdades e Garantias

DP – Direito Penal

DPE – Direito Penal Europeu

DPI – Direito Penal Internacional

DPT – Direito Penal Transnacional

DQ – Decisão-Quadro

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

DUE – Direito da União Europeia

EASO – Gabinete europeu de Apoio em matéria de Asilo

EM – Estado(s)-Membro(s)

EMLO – Agentes europeus de ligação da migração

EMSA – Agência Europeia de Segurança Marítima

EMSC – Centro Europeu para o Contrabando de Migrantes

EPPO – European Public Prosecutor's Office

EUA – Estados Unidos da América
FRA – Agência de Direitos Fundamentais
GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
i. é – isto é
ILO – Agentes de ligação da imigração
l. s. – lato sensu
MDE – Mandado de Detenção Europeu
OLAF – European Anti-Fraud Office
OMI – Organização Marítima Internacional
ONU – Organização das Nações Unidas
P. – Protocolo
p. ex. – por exemplo
PE – Parlamento Europeu
PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
s. s. – stricto sensu
SOCTA – Serious and Organised Crime Threat Assessment da Europol
ss - seguintes
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
TCE – Tratado da Comunidade Europeia
TCEEA – Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ (CE/UE) – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias / da União Europeia
TPI – Tribunal Penal Internacional
TR – Tribunal da Relação
TUE – Tratado da União Europeia
UE – União Europeia
v. – ver / versus

Bibliografia

“Asylum: Commission takes next step in infringement procedure against Hungary for criminalising activities in support of asylum applicants”, Press Release, 2019, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/PT/IP_19_469 [06.08.20]

“Conservation of marine biological resources: Commission requests Portugal to respect the exclusive competence of the EU under the Common Fisheries Policy”, disponível em https://ec.europa.eu/fisheries/conservation-marine-biological-resources-commission-requests-portugal-respect-exclusive-competence_en [24.09.20]

“EU chiefs resign en masse”, artigo do The Guardian, disponível em <https://www.theguardian.com/world/1999/mar/16/eu.politics1> [24.09.20]

ACALE SÁNCHEZ, María, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, *in* Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2ª Época, nº 30, mayo/agosto 2008

ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *in* Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIX, 2009

ALBRECHT, Hans-Jörg and KILCHLING, Michael, “Crime Risk Assessment, Legislation, and the Prevention of Serious Crime – Comparative Perspectives”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 10, Issue 1, 2002

ALBRECHT, Peter-Alexis and BRAUM, Stefan, “Deficiencies in the Development of European Criminal Law”, *in* European Law Journal, Vol. 5, No. 3, September 1999

ALBRECHT, Peter-Alexis, “Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte”, *in* Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Vol. 86, No. 2, 2003

ALBUQUERQUE, José, “EPPO – building federal? A instituição da Procuradoria Europeia e os estatutos dos Ministérios Públicos dos EM da UE: parâmetros mínimos de independência”, *in* SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>

AL-KAWADRI, Lamyia - Diana, “The Distinctive Features of European Criminal Law”, *in* Lex ET Scientia International Journal, No. XXI, Vol. 1, 2014

ALLEN, Michael, *Textbook on Criminal Law*, Seventh Edition, Oxford, Oxford University Press, 2003

ALLSOPP, Jennifer and MANIERI, Maria, “The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and indirect effects on the provision of humanitarian assistance to irregular migrants”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016

ALLSOPP, Jennifer, “The European Facilitation Directive and the Criminalisation of Humanitarian Assistance to Irregular Migrants: Measuring the impact on the whole community”, in CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016

ALOYO, Eamon, e CUSUMANO, Eugenio, “Morally evaluating human smuggling: the case of migration to Europe”, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018

AMARAL, Maria Lúcia, “O modelo europeu de Justiça Constitucional. Origens e fundamentos”, in ANTUNES, Maria João (Ed.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

AMBOS, Kai, “Bien Jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para determinar la «Función Global» del Derecho Penal Internacional. Una Segunda Contribución para una Teoría Coherente del Derecho Penal Internacional”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 10, Julio de 2013

AMBOS, Kai, “Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, in *Oxford Journals of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013

AMBOS, Kai, “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº12, 2003

AMBOS, Kai, “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles”, in *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, 2015

AMBOS, Kai, *Direito Penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuricidade e outros aspectos*, tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006

AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe. Ein Studienbuch*, 3. Völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C. H. Beck München, 2011

AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, tradução de Ezequiel Malarino, Duncker & Humblot, Programa Estado de Derecho para Sudamérica e TEMIS, Uruguai, 2005

AMELUNG, Knut, “El concepto «Bien Jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, in HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Orrtiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972

ANAGNOSTOPOULOS, Ilias, “Criminal Justice cooperation in the European Union after the first few “steps”: a defence view”, *in* ERA Forum, Vol. 15, 2014

ANDRADE, Manuel da Costa, “A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal (Esboço Comparatístico, em Busca de um Novo Paradigma Normativo)”, *in* Revista Jurídica Portucalense, nº 15, 2012

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal. (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991

ANGELIS, Francesco de, “La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive”, *in* GRASSO, Giovanni (Ed.), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo. Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo Catania, 26 maggio 1997*, Milano, Giuffrè Editore, 1998

ANTONIO LASCURAÍN, Juan, “Constitutional Control of Criminal Law”, *in* NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016

ANTUNES, Maria João, “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional”, *in* Julgar, nº 21, 2013

ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015

ANTUNES, Maria João, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2019

ARAÚJO, António, *Direito Penal do pós bem jurídico*, São Paulo, Livraria e Edição Universitária de Direito, 2014

ARÊDES, Sirlene, “O conceito material de bem jurídico penal”, *in* PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD, nº 6, 2010

ARROYO and NIETO, “Besonderer Teil”, *in* TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäische Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002

ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991

ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1996

ASP, Petter, “(More Than) Two Decades Later – Does the Principle of Assimilation Still Have a Role to Play Within European Criminal Law?”, *in* FREUND, Georg (etc.) (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013

ASP, Petter, “Mutual recognition *qua* legal principle”, *in* REINDL-KRAUSKOPF, Susanne (etc.) (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Fuchs*, Wien, Verlag Österreich, 2014

ASP, Petter, “The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of the EU Criminal Law”, *in* *European Criminal Law Review*, nº 1, 2011

AVBELJ, Matej, “The Federal Constitutional Court Rules for a Bright Future of Constitutional Pluralism”, *in* *German Law Journal*, Vol. 21, Issue S1, 2020

BACIGALUPO, Enrique, “Existem condições para um Direito Penal Europeu?”, *in* *Julgar*, nº 6, 2008

BACIGALUPO, Enrique, “Il *Corpus Juris* e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati Membri dell’Unione Europea”, *in* GRASSO, Giovanni (Ed.), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo. Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo Catania, 26 maggio 1997*, Milano, Giuffrè Editore, 1998

BACIGALUPO, Enrique, “Rechtsgutbegriff und Grenzen des Strafrechts”, *in* PAWLIK, Michael und ZACZYK, Rainer (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2007

BACIGALUPO, Enrique, *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998

BAKER, Dennis, “Constitutionalizing the Harm Principle”, *in* *Criminal Justice Ethics*, Vol. 27, Issue 2, 2008

BAKER, Dennis, “The Harm Principle vs Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation”, *in* *Australian Journal of Legal Philosophy*, no. 33, 2008

BAKER, Estella and HARDING, Christopher, “From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar”, *in* *European Law Review*, Vol. 34, No. 1, Fevereiro 2009

BAKER, Estella, “Constitutional Rights and Duties in European Criminal Law: The Duty of National Criminal Justice Authorities to Enforce Community Law”, *in* CULLEN, Peter and JUND, Sarah (Eds.), *Criminal Justice Co-operation in the European Union after Tampere*, Köln, Bundesanzeiger, 2002

BAKER, Estella, “The United Kingdom and its Protocol 36 Opt-Out: Is Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters within the EU Losing Momentum?”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 21, Issue 3-4, 2013

BALCARCE, Fabián, “Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico criminal”, disponível em <http://ciidpe.com.ar> [13.01.15]

BALLEGOOIJ, Wouter van, and NAVARRA, Cecilia, *Humanitarian Visas: European Added Value Assessment accompanying the European Parliament’s legislative own-initiative report (Rapporteur: Juan Fernando López Aguilar)*, European Parliamentary Research Service, October 2018, disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a3b57ef6-d66d-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> [06.01.20]

BALLEGOOIJ, Wouter van, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, Cambridge, Intersentia, 2015

- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los Delitos e de las Penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015
- BECHARA, Ana Elisa, “O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal actual”, *in* Revista *Liberdades*, nº 1, Maio-Agosto 2009
- BECHARA, Ana Elisa, *Bem Jurídico-Penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2014
- BECK, Gunnar, “The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: A Conflict between Right and Right in Which There is No *Praetor*”, *in* *European Law Journal*, Vol. 17, No. 4, July 2011
- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986
- BECK, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992
- BEETHAM, David, *The legitimation of Power*, 2nd Edition, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2013
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1781), Kitchener, Batoche Books, 2000
- BERGER, Maria, “Le droit de l’Union et la coopération en matière pénale”, *in* *ERA Forum*, Vol. 14, 2013
- BERGSTRÖM, Maria, “The Dynamic Evolution of EU Criminal Law and Justice”, *in* CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020
- BERMANN, George, “Harmonization and Regulatory Federalism”, *in* PERNICE, Ingolf (Ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- BERNARDI, Alessandro, “I tre volti del « diritto penale comunitario », *in* PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999
- BERNARDI, Alessandro, “La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive”, *in* *Diritto Penale Contemporaneo*, Vol. 1, 2012
- BERNARDI, Alessandro, “Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea”, *in* *Politica Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio 2010
- BERNARDI, Alessandro, “Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penali europei”, *in* CANESTRARI, Stefano e FOFFANI, Luigi (Eds.), *Il Diritto Penale nella Prospettiva Europea. Quali Politiche Criminali per quale Europa?*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005
- BERNARDI, Silvia, “La Criminalizzazione delle Condotte di Assistenza ai Migranti Richiedenti Asilo Viola il Diritto dell’Unione: La Commissione Europea Porta Avanti la Procedura d’Infrazione contro

l'Ungheria", *in* Diritto Penal Contemporaneo, 30 gennaio 2019, disponível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/> [06.08.20]

BEYER-KATZENBERGER, Malte, "Judgment of the *Bundesverfassungsgericht*, Second Senate of 30 June 2009 on joint cases 2BvE 2/08, 2BvE 5/08, 2BvR 1010/08, 2BvR 1259/08 and 2BvR 189/09 (Lisbon Treaty)", *in* ERA Forum, Vol. 10, December 2009

BILLIS, Emmanouil, "The European Court of Justice: A 'Quasi-Constitutional Court' in Criminal Matters? The *Taricco* Judgment and Its Shortcomings", *in* New Journal of European Criminal Law, Vol. 7, Issue 1, 2016

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band, 2. Aufl., Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Erster Band, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872

BIOLLEY, Serge de, "Le développement historique du Droit Pénal de l'Union Européenne", *in* International Review of Penal Law, Vol. 77, 1^o/2^o Trimestres, 2006

BIRNBAUM, Johann, "Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens und die römischen Begriffe von Delictum Juris Civilis. Delictum Juris Gentium und probrum natura", *in* Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1836

BIRNBAUM, Johann, "Über das Erforderniß einer Rechtsgutverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", *in* Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834

BISACCIA, Adam, "Crime and Punishment: An In-Depth Analysis of Security Issues in the European Union", *in* European Union Miami Analysis, Special Series, Vol. 6, No. 11, June 2009

BLAU, Günter, "Bemerkungen zur Europäisierung des Strafrechts", *in* BERNSMANN, Klaus und ULSENHEIMER, Klaus (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13. 10. 2001*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2003

BLOCKMANS, Steven, "Is it a bird? Is it a plane? It's the European Union! The German Constitutional Court's *Lissabon-Urteil*" Editorial Note, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 5, 2009

BLOMSMA, Jeroen and PERISTERIDOU, Christina, "The way forward: A general part of European criminal law", *in* GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013

BOGDANDY, Armin von, "The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe", *in* International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005

BOHLANDER, Michael, “Radbruch Redux: The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice”, *in* *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, 2011

BOISTER, Neil, *An introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012

BONDY, Wendy De and MIETTINEN, Samuli, “Minimum Criminal Penalties in the European Union: In Search of a Credible Justification”, *in* *European Law Journal*, Vol. 21, No.6, November 2015

BORGERS, Matthias J. and KOOIJMANS, Tijs, “The Scope of the Community’s Competence in the Field of Criminal Law”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, 2008

BOTTKE, Wilfried, “Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?”, *in* HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard und MOCCIA, Sergio (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, Verlag C. H. Beck München, 2009

BOULOC, Bernard, “L’influence du Droit Communautaire sur le Droit Pénal interne”, *in* *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Gazette du Palais, 1992

BRAUN, Stefan, “Are we heading towards a European form of ‘enemy criminal law’? On the compability of Jakob’s conception of ‘an enemy criminal law’ and European criminal law”, *in* GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (ed.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012

BRESSAN, Serena, “Criminal Law against Human Trafficking within the EU: A Comparison of an Approximated Legislation?”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 20, 2012

BRICOLA, Franco, *Teoria General del Delito*, tradução de Diana Restrepo Rodríguez, Buenos Aires, BdeF, 2012

BRIÈRE, Chloé, “Procedural issues under EPPO’s legislative framework”, *in* SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>

BRIFFAULT, Richard, “Paradoxes of Federalism: Ingolf Pernice’s ‘Harmonization of Legislation in Federal Systems: Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects’ – Comments”, *in* PERNICE, Ingolf (Ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996

BÚRCA, Gráinne de, “The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, *in* *Harvard International Law Journal*, Vol. 1, No. 51, 2009

BUSSER, Els de, “The Lisbon after-burn effect”, *in* *ERA Forum*, Vol. 16, 2015

CADOPPI, Alberto, “*Civil Law e Common Law: Contrapposizione sistemica o culturale?*”, in CANESTRARI, Stefano e FOFFANI, Luigi (Eds.), *Il Diritto Penale nella Prospettiva Europea. Quali Politiche Criminali per quale Europa?*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005

CADOPPI, Alberto, “Verso un diritto penale europeo?”, in PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999

CAEIRO, Pedro e COSTA, Miguel, “Country Report Portugal”, in SATZGER, Helmut (Hrsg.), *Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2020

CAEIRO, Pedro e RODRIGUES, Joana Amaral, “A European contraption: the relationship between the competence of the EPPO and the scope of Member States’ jurisdiction over criminal matters”, in LIGETI, Katalin, ANTUNES, Maria João, GIUFFRIDA, Fabio, *The European Public Prosecutor’s Office at Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Milano, Wolters Kluwer, 2020

CAEIRO, Pedro, “ ‘Scenes From a Marriage’: Trust, Distrust and (Re)Assurances in the Execution of a European Arrest Warrant”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020

CAEIRO, Pedro, “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu”, in SOUSA, Constança Urbano de (Coord.), *O espaço de liberdade, segurança e justiça da UE: desenvolvimentos recentes*, Lisboa, EDIUAL, 2014

CAEIRO, Pedro, “A Jurisdição Penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacional”, in CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas e LOUREIRO, João Carlos (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

CAEIRO, Pedro, “Beyond Competence Issues: why and how should the EU legislate on criminal sanctions?”, in KERT, Robert e LEHNER, Andrea (Hrsg.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag*, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2018

CAEIRO, Pedro, “Commentary on the ‘European Touch’ of the Comparative Appraisal”, in KLIP, André (Ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen, Maklu, 2011

CAEIRO, Pedro, “Concluding remarks”, in GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2012

CAEIRO, Pedro, “Cooperação Judiciária na União Europeia”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

CAEIRO, Pedro, “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma Constituição de direitos)”, in CAEIRO, Pedro (Org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra,

Instituto Jurídico, 2015, ebook disponível em https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf

CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a Proposta de Directiva relativa à Protecção do Euro e outras moedas contra a contrafacção, de 2013”, in CUNHA, Luís, QUELHAS, José, ALMEIDA, Teresa (Org.), *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas, Vol. LVII, Tomo I, 2014

CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação de um Direito Penal da União Europeia”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998

CAEIRO, Pedro, “Reconhecimento Mútuo, Harmonização e Confiança Mútua (Primeiro Esboço de uma Revisão)”, in SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>

CAEIRO, Pedro, “The contribution of *Advocaten voor de Wereld* for the protection of human rights in the context of supra-state law and for the doctrine of double criminality”, in MITSILEGAS, Valsamis, DI MARTINO, Alberto & MANCANO, Leandro (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2019

CAEIRO, Pedro, “The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law”, in GALLI, Francesca and WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2014

CAEIRO, Pedro, “The relationship between European and international criminal law (and the absent(?) third)”, in MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTRÖM, Maria and KONSTADINIDES, Theodore (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016

CAEIRO, Pedro, “Una Nota sobre Reconocimiento Mutuo y Armonización Penal Sustantiva en la Unión Europea”, in ARROYO JIMÉNEZ y NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El Reconocimiento Mutuo en el Derecho Español y Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2018

CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado : o caso português*, Lisboa, Coimbra Editora, 2010

CALLIESS, Christian, “Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law”, in *German Law Journal*, Vol. 10, no. 10, 2009

CAMPESI, Giuseppe, “Normalising ‘The Hotspot Approach?’ An Analysis of the Commission’s most recent Proposals”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020

CANCELLARO, Francesca, “L’Italia è sotto Osservazione dell’ONU con Riferimento alla Criminalizzazione del Soccorso in Mare, alla Politica dei Porti Chiusi ed al Decreto Immigrazione e

Sicurezza”, *in* Diritto Penal Contemporaneo, 12 marzo 2019, disponível em <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/> [06.08.20]

CANOTILHO, José Gomes, “Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente”, *in* FEITEIRA, Alice (etc.), *Colectânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003

CAPITANI, Emilio de, “Twenty Years After Tampere And Ten Years Since The Lisbon Treaty The European Area Of Freedom Security And Justice Has Lost Its Compass?”, *in* Studi Urbinate di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche, V. 70, N. 3-4, 2019

CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph, “General Introduction”, *in* CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph (Eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986

CARDOSO, Raquel, *Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de pessoas procuradas*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *in* Política Criminal, nº 3, 2007

CARRERA, Sergio and ALLSOPP, Jennifer, “The Irregular Immigration Policy Conundrum: Problematizing ‘Effectiveness’ as a Frame for EU Criminalization and Expulsion Policies”, *in* SERVENT, Ripoll A. and TRAUNER, F. (Eds.), *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research*, London, Routledge, 2017

CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Addressing Irregular Migration, Facilitation and Human Trafficking: The EU’s Approach”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016

CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “Migrant Smuggling in the EU: What do the facts tell us?”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016

CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, “The European Council’s Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020. Subverting the ‘Lisbonisation’ of Justice and Home Affairs?”, *in* Centre for European Policy Studies, No. 13/14, July 2014

CARRERA, Sergio; STEFAN, Marco; LUK, Ngo; VOSYLIŪTĖ, Lina, *The Future of the Schengen Area: Latest Developments and Challenges in the Schengen Governance Framework since 2016*, Study for the LIBE Committee, disponível em <https://www.ceps.eu/ceps-publications/future-schengen-area-latest-developments-and-challenges-schengen-governance-framework/>

CARRERA, Sergio; VOSYLIUTE, Lina; ALLSOPP, Jennifer e SANCHEZ, Gabriella, *Fit for Purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update*, Study Requested by the PETI committee, disponible em [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2018\)608838](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)608838) [05.11.19]

CARRILLO-SANTARELLI, Nicolás, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *in* German Law Journal, Vol. 13, no. 07, 2012

CARRILLO-SANTARELLI, Nicolás, “The Protection of Global Legal Goods”, *in* Anuario Mexicano de derecho Internacional. Vol. XIII, 2013

CASTILLO, Jesús Bernal del, *Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011

CAVALIERE, Antonio, “Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?”, *in* HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard und MOCCIA, Sergio (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, Verlag C. H. Beck München, 2009

CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth and MONTI, Giorgio, *European Union Law. Cases and Materials*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

CIVELLO, Gabrielle, *Il concetto penalistico di «onore» : per una concezione «relazionale» del bene giuridico tutelato*, Pádua – Università degli Studi di Padova, Dissertação de Doutorado, 2009

CLAES, Monica, “How Common are the Values of the European Union?”, Editorial Note, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 15, 2019

CÖLLN, Friederike von, “The EU’s commitment to fight Trafficking in Human Beings – What’s the Problem?”, 2014, disponible em https://www.academia.edu/10657163/The_EU_s_commitment_to_fight_Trafficking_in_Human_Beings_What_s_the_Problem [05.11.19]

COLLYER, Michael, “Cross-Border Cottage Industries and Fragmented Migration”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016

COLOMER, Juan-Luis, “La Protección Procesal Penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)”, *in* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº. 6, 2000

Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010

Consejo General del Poder Judicial, *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*, Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2010

CONWAY, Gerard, “Conflicts of Competence Norms in EU Law and the Legal Reasoning of the ECJ”, *in* German Law Journal, Vol. 11, no. 9, 2010

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999
- CORRAL, José, “La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal Liberal: Contornos e Proyecciones a partir de una Concepción Personalista”, *in* Revista Jurídica, Edición 29, 2011
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007
- CORSTENS, G. J. M., “Criminal Law in the First Pillar?”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 11, Issue 1, 2003
- COSTA, António Almeida, “Comentário ao art. 372º”, *in* DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- COSTA, António Almeida, “Sobre o crime de corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos”, *in* Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1987
- COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992
- COSTA, Miguel João, *Extradition Law. Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Maastricht University, Dissertação de Doutoramento, 2019
- COSTELLO, Cathryn and MANN, Itamar, “Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations”, *in* German Law Journal, Vol. 21, Special Issue 3, 2020
- COUTTS, Stephen David, “The Lisbon Treaty and the Area of Freedom, Security and Justice as an Area of Legal Integration”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 7, 2011
- COUTTS, Stephen, “The Lisbon Treaty and the Area of Freedom, Security and Justice as an area of Legal Integration”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 7, 2011
- CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2011
- CRÉPEAU, François, “The Fight against Migrant Smuggling: Migration Containment over Refugee Protection”, *in* SELM, Joanne van; KAMANGA, Khoti; MORRISON, John (etc.), *The Refugee Convention at Fifty. A View from Forced Migration Studies*, Lanham, Lexington Books, 2003
- CRESPO, Eduardo Demetrio, “Del «Derecho Penal Liberal» al «Derecho Penal del Enemigo»”, *in* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 14, 2004
- CRESPO, Eduardo, “El «Derecho Penal del Enemigo» darf nicht sein! Sobre la ilegitimidade del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *in* CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Madrid, Edisofer, 2006

CUERDA RIEZU, Antonio, “Ostentan *Ius Puniendi* las Comunidades Europeas?”, in *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995

CUNHA, Maria da Conceição, «*Constituição e Crime*». *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995

CURRIE, Robert and RIKHOF, Joseph, *International & Transnational Criminal Law*, Second Edition, Toronto, Irwin Law, 2013

CUSUMANO, Eugenio, “The sea as humanitarian space: Non-governmental Search and Rescue dilemmas on the Central Mediterranean migratory route”, in *Mediterranean Politics*, 2018

CUSUMANO, Eugenio, e GOMBEER, Kristof, “In deep waters: The legal, humanitarian and political implications of closing Italian ports to migrant rescuers”, in *Mediterranean Politics*, 2018

D’AVILA, Fabio et SAAVEDRA, Giovanni, “Legal Good and Recognition: A Study of Axel Honneth’s Social Theory”, in *Droit et société*, Vol. 2, nº 78, 2011

D’AVILA, Fabio Roberto, “Aproximações à Teoria da Exclusiva Protecção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo”, in ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

DAHM, Georg, “Gemeinschaft und Strafrecht”, in *Kieler Universitätsreden, neue Folge, Heft 5*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, 1935

DAHM, Georg, “Verbrechen und Tatbestand”, in DAHM, Georg (et al.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935

DANNECKER, Gerhard, “Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe”, in WEIGEND, Thomas und KÜPPER, Georg (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin, Walter de Gruyter, 1999

DANNECKER, Gerhard, *Evolución del Derecho Penal Sancionador Comunitario Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2001

DAVIES, Gareth, “Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism”, in AVBELJ, Matej e KOMÁREK, Jan, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012

DE BÚRCA, Gráinne, “An EU Citizens’ Assembly on Refugee Law and Policy”, in *German Law Journal*, Vol. 21, Issue 01, 2020

DELGADO, Esteban, “El Derecho Penal de la Unidad Europea”, in CUESTA, José; DENDALUZE, Iñaki y ECHEBURÚA, Enrique (Eds.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia, Instituto Vasco de Criminología, 1989

- DELMAS-MARTY, M. and VERVAELE, J. (Eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the protection of European Finances*, Antwerpen, Intersentia, 2000-2001
- DELMAS-MARTY, Mireille, “The European Union and Penal Law”, *in* *European Law Journal*, Vol. 4, No. 1, March 1998
- DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press, 1965
- DI FABIO, Udo, “A European Constitutional Treaty: The Blueprint for the European Union”, *in* *German Law Journal*, Vol. 2, no. 14, 2001
- DIAS, Augusto Silva, “De que Direito Penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal Comunitário”, *in* COSTA, José de Faria, e SILVA, Marco António Marques da (Coords.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006
- DIAS, Cibele, “A interpretação evolutiva da constituição: mutação constitucional”, *in* *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2, nº 9, 2013
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1997
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras”, *in* SILVA, Luciano Nascimento (Coord.), *Estudos Jurídicos de Coimbra*, Curitiba, Juruá Editora, 2007
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois”, *in* DIAS, Jorge de Figueiredo (etc.) (Org.), *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- DÍAZ, María, “Sociedad del Riesgo e intervención penal”, *in* *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 16, nº 8, 2014
- DÍEZ MORENO, Fernando, “Manual de Derecho de la Unión Europea”, Thomson Civitas, 2005, 3ª Edição
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, “De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un Debate Desenfocado”, *in* *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-01, 2005
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, “El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista”, *in* *Jueces para la Democracia*, nº 30, 1997
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista”, *in* OUVIÑA, Guillermo (etc.), *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998
- DÍEZ RIPOLLÉS, José, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003

DÍEZ, Carlos, “Models for a System of European Criminal Law: Unification vs. Harmonisation”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 1, No. 3, 2010

DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La Naturaleza de la Unión Europea”, *in* *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2008

DIMITRIJEVIĆ, Nenad, “Constitutional Identity of the European Union”, *in* DUPEYRIX, Alexandre e RAULET (Eds.), Gérard, *European Constitutionalism: Historical and Contemporary Perspectives*, Brussels, Peter Lang, 2014

DOBBS, Mary, “Sovereignty, Article 4(2) TEU and the respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?”, *in* *Yearbook of European Law*, Vol. 33, No. 1, 2014

DOLCINI, Emilio, “Il Reato come offesa a un Bene Giuridico: un dogma al servizio della Politica Criminale”, *in* CANESTRARI, Stefano (Ed.), *Il Diritto Penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1998

DONÀ, Gabriele, “Towards a European Judicial Area? A Corpus Juris Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Protection of the Financial Interests of the European Union”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, No. 3, 1998

DONINI, Massimo, “Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei”, *in* *Diritto Penale Contemporaneo*, Vol. 4, 2013

DONNA, Edgardo Alberto, “El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia”, *in* MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008

DRIPPS, Donald A., “The Liberal Critique of the Harm Principle”, *in* *Criminal Justice Ethics*, Vol. 17, Issue 2, 1998

DRUMBL, Mark, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York, Cambridge University Press, 2007

DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o teste da ‘Identidade Constitucional’ dos Estados-Membros – Uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 30 de Junho de 2009”, *in* MIRANDA, Jorge (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Vol. II, Coimbra Editora, 2006

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010

DUFF, R. A., “Towards a Theory of Criminal Law?”, *in* *Aristotelian Society Supplementary Volume*, Vol. 84, Issue 1, June 2010

- DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, *in* *Política Criminal*, Vol. 6, Nº 11, Junio 2011
- DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, *in* *The Monist*, Vol. 56, Issue 1, 1792
- DWORKIN, Gerald, “The Limits of the Criminal Law”, *in* DEIGH, John and DOLINKO, David (Eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- École Nationale de la Magistrature, French Team, “The fight against migrant smuggling: European criminal cooperation from a French perspective”, THEMIS competition, 2018, disponible en <http://www.ejtn.eu/Documents/Team%20France%20semi%20final%20A.pdf> [05.11.19]
- EDWARDS, James, “Harm Principles”, *in* *Legal Theory*, Vo. 20, 2014
- EINARSEN, Terje, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012
- ELSERAFY, Shadi, *The Smuggling of Migrants across the Mediterranean Sea: States’ Responsibilities and Human Rights*, Master’s thesis in Peace and Conflict Transformation, Faculty of Humanities, Social Sciences and Education, The Arctic University of Norway, May 2018, disponible en <https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2019/01/Thesis1.pdf> [05.11.19]
- ESCOBAR, Carlos, “Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”, *in* *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, nº 5
- ESER, Albin, “Rechtsgut und Opfer: Zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen”, *in* IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wemhard und REUTER, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden, Nomos, 1996
- ESER, Albin, “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime. A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests”, *in* *Duquesne University Law Review*, no. 4, 1966
- European Commission, DG Migration & Home Affairs, *A Study on smuggling of migrants. Characteristics, responses and cooperation with third countries – Final Report*, September 2015, disponible en http://emn.lv/wp-content/uploads/study_on_smuggling_of_migrants_final_report_master_091115_final_pdf.pdf [05.11.19]
- European Parliamentary Research Service, “Impact Assessment and European Added Value”, disponible en <https://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Impact-Assessment-European-Added-Value-presentation.pdf> [23-04-2020]
- FABBRINI, Federico e SAJÓ, András, “The dangers of constitutional identity”, *in* *European Law Journal*, Vol. 25, Issue 4, July 2019
- FARAGUNA, Pietro, “Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?”, *in* *German Law Journal*, Vol. 18, No. 07, 2017

Bibliografia

FARAGUNA, Pietro, “Taking Constitutional Identities Away from the Courts”, *in* *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 41, No. 2, 2016

FEINBERG, Joel, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1, New York, Oxford University Press, 1984

FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 3, New York, Oxford University Press, 1986

FEINBERG, Joel, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 4, New York, Oxford University Press, 1990

FEINBERG, Joel, *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 2, New York, Oxford University Press, 1985

FEINBERG, Joel, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973

FELDENS, Luciano, *Direitos Fundamentais e Direito Penal. A Constituição Penal*, 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012

FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2001

FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo, BdeF, 2004

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, tradução de Perfecto Andrés Ibáñez (etc.), Madrid, Editorial Trotta, 1995

FEUERBACH, P. J. Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Auflage, Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847

FIANDACA, Giovanni ed MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Settima Edizione, Bologna, Zanichelli, 2014

FICHERA, Massimo and POLLICINI, Oreste, “The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?”, *in* *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 8, 2019

FICHERA, Massimo, “Criminal Law Beyond the State: The European Model”, *in* *European Law Journal*, Vol. 19, No. 2, March 2013

FICHERA, Massimo, “The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?”, *in* *European Law Journal*, Vol. 15, No. 1, January 2009

FIDALGO, Sónia, “Direito Penal Europeu: entre uma Europa securitária e uma Europa solidária”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2005

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de, *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (Des)criminalização, redacção típica e (in)ofensividade*, São Paulo, IBCCRIM, 2008

- FINE, Sarah, "Freedom of Association is Not the Answer", *in Ethics*, Vol. 120, No. 2, 2010
- FINK, Melanie, "The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable", *in German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 3, 2020
- FIOLKA, Gerhard, *Das Rechtsgut. Strafgesetz versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des allgemeinen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG)*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2006
- FISCHER-LESCANO, Andreas, LÖHR, Tillmann, e TOHIDIPUR, Timo, "Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law", *in International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, Issue 2, July 2009
- FISSEL, Brenner, "Abstract Risk and the Politics of the Criminal Law", *in American Criminal Law Review*, Vol. 51, 2014
- FITZGERALD, David Scott, "Remote control of migration: theorizing territoriality, shared coercion, and deterrence", *in Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019
- FLACH, Michael, "A relação entre bem jurídico-penal e constituição", *in Sistema Penal & Violência*, Vol. 2, nº 1, 2010
- FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009
- FLORE, Daniel, *Droit Pénal Européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2e Edition, Bruxelles, Larcier, 2014
- FOFFANI, Luigi, "Nuevas tendencias y perspectivas del Derecho Penal Economico Europeo", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, Nº 2, Abril-Junho de 2014
- FONDEVILA MARÓN, Manuel, "Soberanía y Legitimidad en el Proceso de Integración Europea", *in Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 17, 2013
- FONTANELLI, Filippo, "How Interpretation Techniques can shape the Relationship between Constitutional Courts and the European Union", *in King's Law Journal*, Vol. 21, Issue 2, 2010
- FONTANELLI, Filippo, "Let's Disagree to Disagree. Relevance as the Rule of Inter-Order Recognition", *in The Italian Law Journal*, Vol. 04, No. 02, 2018
- FRANTZIOU, Eleni, "The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality", *in European Law Journal*, Vol. 21, No. 5, September 2015
- FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin, Springer, 1998
- FRISCH, Wolfgang, "Bien jurídico, Derecho, estrutura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", *in HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007

FROMM, Ingo E., “ ‘Ius puniendi’: The Right of the Institutions of the EC to Protect Financial Interests of the EC from Fraud (Art. 280 paragraph 4 EC Treaty)?”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, 2008

FROMWEIN, Jochen, “Integration and the Federal Experience in Germany and Switzerland”, *in* CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph (ed.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986

GALLAGHER, Anne, “Migrant Smuggling”, *in* BOISTER, Neil and CURRIE, Robert, *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, London, Routledge, 2015

GALLAGHER, Anne, “Trafficking in Transnational Criminal Law”, *in* PIOTROWICZ, Ryszard; RIJKEN, Conny; UHL, Baerbel Heide (Eds.), *Routledge Handbook of Human Trafficking*, London, Routledge, 2018

GALLAGHER, Anne, “Whatever Happened to the Migrant Smuggling Protocol?”, *in* MCAULIFF, M. and SOLOMON, M. Klein (Conveners), *Ideas to Inform International Cooperation on Safe, Orderly and Regular Migration*, Geneva, International Organization for Migration, 2017, disponível em https://publications.iom.int/system/files/pdf/migrant_smuggling_protocol.pdf [05.11.19]

GALLAGHER, Paul, “Future developments in judicial cooperation in criminal matters”, *in* ERA Forum, Vol. 9, 2009

GALLO, Daniele, “Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court’s new stance on direct effect and the preliminary reference procedure”, *in* *European Law Journal*, Vol. 25, Issue 4, July 2019

GAMBINO, Monica, MALVAROSA, Loretta, PLACENTI, Vincenzo, “Fishery Regulation, Perceptions and Compliance: The Fishermen Responses”, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=413842

GARBEN, Sacha, “Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers”, *in* *Journal of Common Market Studies*, Volume 58, Number 1, 2020

GARBEN, Sacha, “Confronting the Competence Conundrum: Democratising the European Union through an Expansion of its Legislative Powers”, *in* *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, No. 1, 2015

GATTA, Francesco Luigi, “Migration and the Rule of (Human Rights) Law: Two ‘Crises’ Looking in the Same Mirror”, *in* *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 15 No. 1, 2019

GEDDES, Andrew, “Tampere and the Politics of Migration and Asylum in the EU: Looking Back to Look Forwards”, *in* CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020

GENSCHEL, Philipp and JACHTENFUCHS, Markus, “More integration, less federation: the European integration of core state powers”, *in* *Journal of European Public Policy*, Vol. 23, No. 1, 2016

GERVEN, Walter van, “Constitutional Conditions for a Public Prosecutor’s Office at the European Level”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 8, No. 3, 2000

GIBBS, Alun Howard, “Reasoned ‘Balance’ in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice”, *in* European Law Journal, Vol. 17, No. 1, January 2011

GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999

GIMENO, Íñigo Ortiz, “La referencia politico-criminal en el Derecho Penal contemporáneo. (Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, *in* UBIETO, Emilio; SIERRA, Manuel y BECHIARELLI, Emilio (Coord.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, “Le eaux troubles du droit pénal de l’Union européenne”, *in* Archives de philosophie du droit, Tome 53, 2010

GOLDMANN, Kjell, *Transforming the European Nation-State. Dynamics of Internationalization*, London, Sage, 2001

GOLDONI, Marco, “Constitutional Pluralism and the Question of the European Common Good”, *in* European Law Journal, Vol. 18, No. 3, May 2012

GOMÉS DE LA TORRE, Berdugo, *El Delito de Lesiones*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982

GOMES, Luiz Flávio, “Globalización y Derecho Penal”, *in* RIPOLLÉS, José; CAABONA, Carlos; MARTÍN, Luis e GUIMERÁ, Juan (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002

GRANDI, Ciro, “The Protection of the Euro against Counterfeiting”, *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 12, No. 2, 2004

GRASSO, Giovanni, “Il *Corpus juris*: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie”, *in* PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999

GRASSO, Giovanni, “L’Armonizzazione e il Coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee”, *in* PISANI, Mario, *Studi in Memoria di Pietro Nuvolone*, Volume Secondo, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991

GRASSO, Giovanni, “La formazione di un Diritto Penale dell’Unione Europea”, *in* GRASSO, Giovanni (Ed.), *Prospettive di un Diritto Penale Europeo. Atti del seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo Catania, 26 maggio 1997*, Milano, Giuffrè Editore, 1998

GRECO, Luís, “ ‘ Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstracto – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 12, nº 49, 2004

GRECO, Luís, “Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?”, in HEINRICH, Manfred (etc.) (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Berlin, De Gruyter, 2011

GRECO, Luís, “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*)”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, Nº 82, jan-fev 2010

GRÜNEWALD, Anette, “Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union durch das Strafrecht”, in *Juristische Rundschau*, Vol. 5, 2015

GUILD, Elspeth, “To protect or to forget? The Human Right to Leave a Country”, disponível em <https://eumigrationlawblog.eu/to-protect-or-to-forget-the-human-right-to-leave-a-country/> [12.12.19]

GUIRAUDON, Virginie, “20 Years After Tampere’s Agenda on ‘Illegal Migration’: Policy Continuity in spite of Unintended Consequences”, in CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020

HADJIMICHAEL, Maria, EDWARDS-JONES, Gareth, KAISER, Michel, “Distribution of the burden of fisheries regulations in Europe: The north/south divide”, in *Marine Policy*, Vol. 34, 2010

HALL, Jerome, *General Principles of Criminal Law*, 2nd Edition, Indianapolis, Bobbs-Merrill Company, 1960

HAMM, Rainer, “Grundprinzipien eines europäischen Strafrechts”, in ANAGNOSTOPOULOS, Ilias (Hrsg.), *Internationalisierung des Strafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003

HAQUE, Adil Ahmad, “Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law”, in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 9, 2005

HARCOURT, Bernard E., “The Collapse of the Harm Principle”, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 90, No. 1, 1999

HARDING, Christopher, “Exploring the intersection of European law and national criminal law”, in *European Law Review*, Vol. 25, No. 4, Agosto 2000

HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963

HART, H.L.A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, Issue 1, 1967

HARTEN, Herman van, “Who’s Afraid of a True European Judicial Culture?”, in *Review of European Administrative Law*, Vol. 5, No. 2, 2012

HARTLEY, Trevor, “The Constitutional Foundations of the European Union”, in *The Law Quarterly Review*, Vol. 117, April 2001

- HASSEMER, Winfried, “Interkulturelles Strafrecht”, in ZACZYK, Rainer; KÖHLER, Michael und KAHLO, Michael (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998*, Berlin, Springer, 1998
- HASSEMER, Winfried, “Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico”, in *Doctrina Penal*, No. 46/47, 1989
- HASSEMER, Winfried, “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, in MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008
- HATCHER, Aaron, PASCOE, Sean, “Non-compliance and Fisheries Policy Formation Regulations”, in MOTOS, Lorenzo, WILSON, Douglas, *The Knowledge Base for Fisheries Management*, Elsevier Science, 2006
- HAUGH, Todd, “Overcriminalization’s New Harm Paradigm”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 68, No. 5, October 2015
- HECKER, “§ 10 Harmonisierung”, in SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut und HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014
- HEFENDEHL, Roland, “Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, in *Anales de Derecho*, Nº 19, 2001
- HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Heymann, 2002
- HEINRICH, Manfred, “Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogma”, in HEINRICH, Manfred (etc.) (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Berlin, De Gruyter, 2011
- HERLIN-KARNELL, Ester, “‘Light Weapons’ and the Dynamics of Art 47 EU – The EC’s Armoury of Ever Expanding Competences”, in *The Modern Law Review*, Vol. 71, Issue 6, 2008
- HERLIN-KARNELL, Ester, “Effectiveness and Constitutional Limits in European Criminal Law”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014
- HERLIN-KARNELL, Ester, “European Arrest Warrant Cases and Principles of Non-discrimination and EU Citizenship”, in *The Modern Law Review*, Vol. 73, Issue 5, 2010
- HERLIN-KARNELL, Ester, “European Criminal Law as an Exercise in EU ‘Experimental’ Constitutional Law”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 3, 2013
- HERLIN-KARNELL, Ester, “The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice”, in *European Policy Analysis*, Issue 3, Abril 2008
- HERLIN-KARNELL, Ester, “Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 17, 2009

HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012

HERT, Paul de and WIECZOREK, Irene, "Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy. The Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law", *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, No. 03-04, 2012

HILDEBRANDT, Mireille, "European criminal law and European identity", *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 1, 2007

HINAREJOS, Alicia, "The Lisbon Treaty Versus Standing Still: a View from the Third Pillar", *in* *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, 2009

HIRSCH, Andreas von und NEUMANN, Ulfrid, " 'Indirekter' Paternalismus im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§216 StGB)", *in* HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010

HIRSCH, Andreas von und NEUMANN, Ulfrid, "Indirekter Paternalismus und § 216 StGB: Weitere Bemerkungen zur Bedeutung und Reichweite des Paternalismus-Begriffs", *in* HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010

HIRSCH, Andreas von, "Direkter Paternalismus im Strafrecht: Sollte selbstschädigendes Verhalten kriminalisiert werden?", *in* HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010

HIRSCH, Andrew von and JAREBORG, Nils, "Gauging Crime Seriousness: A 'Living Standard' Conception of Criminal Harm", *in* HIRSCH, Andrew von and ASHWORTH, Andrew, *Proportionate Sentencing Exploring the Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2005

HIRSCH, Andrew von, "Der Rechtsgutsbegriff und das 'Harm Principle' ", *in* HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von, und WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003

HIRSCH, Andrew von, "Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation", *in* SIMESTER, AP and SMITH, A.T.H. (Eds.), *Harm and Culpability*, Oxford, Hart Publishing, 1996

HIRSCH, Andrew von, "Harm and Wrongdoing in Criminalization Theory", *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, 2014

HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP, "Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles", *in* HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Portland, Hart Publishing, 2006

HIRSCH, Hans Joachim, "Existe una ciencia del Derecho Penal nacionalmente independiente?", *in* *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 5, 2000

HÖFFE, Otfried, “Europäisches versus angloamerikanisches Recht: Standortkonkurrenz in Zeiten der Globalisierung”, in HERZOG, Felix und NEUMANN, Ulfrid, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010

HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999

HOFFMEISTER, Frank, “Constitutional implications of EU membership: a view from the EU Commission”, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 3, 2007

HOLTUG, Nils, “The Harm Principle”, in *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 5, 2002

HONIG, Richard, *Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim, J. Bensheimer, 1919

HÖRNLE, Tatjana, “Legal Regulation of Offense”, in HIRSCH, Andrew von, and SIMESTER, AP (Eds.), *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*, Portland, Hart Publishing, 2006

House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007-08, “The Treaty of Lisbon: an impact assessment – Volume I: Report”, London, Stationary Office Limited, 2008

House of Lords, European Union Committee, 14th Report of Session 2015-16, “Operation Sophia, the EU’s naval mission in the Mediterranean: an impossible challenge”, disponível online em <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/lddeucom/144/144.pdf>

House of Lords, European Union Committee, 42nd Report of Session 2005-06, *The Criminal Law Competence of the European Community – Report with Evidence*, London, Stationary Office Limited, 2006

HUGHES, Jula, “Restraint and proliferation in Criminal Law”, in *Review of Constitutional Studies*, Vol. 15, Issue 1, 2010

Human Rights First, “Human Trafficking and Migrant Smuggling: How They Differ”, Fact Sheet: June 2014, disponível em <https://www.humanrightsfirst.org/resource/human-trafficking-and-migrant-smuggling-how-they-differ> [05.11.19]

HUOMO-KETTUNEN, Merita, “EU Criminal Policy at a Crossroads between Effectiveness and Traditional Restraints for the use of Criminal Law”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014

HURD, Ian, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, Princeton, Princeton University Press, 2007

HUSAK, Douglas, “Anmerkungen zu ‘ ‘ Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht’ ”, in HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010

IBARRA, Juan y RANGEL, Emilio, “Bien, Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal”, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 225-226, 1999

Informe de Martti Ahtisaari, Jochen Frowein y Marcelino Oreja sobre Austria, París, 8 de septiembre de 2000, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 4, Nº 8, 2000

International Council on Human Rights Policy, *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence*, Geneva, 2010, disponível em http://www.ichrp.org/files/summaries/41/122_pb_en.pdf (ichrp.org) [05.11.19]

JACOBSOHN, Gary, “Constitutional Values and Principles”, in Rosenfeld, Michel and Sajó, András (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012

JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 97, Heft 4

JAKOBS, Günther, “Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung”, in FREUND, Georg (etc.) (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas, 2003

JANČIĆ, Davor, “Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy after Lisbon?”, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 16, No. 3, 2010

JANČIĆ, Davor, “Representative Democracy across levels? National Parliaments and EU Constitutionalism”, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 8, 2012

JANSSENS, Christine, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013

JAREBORG, Nils, “Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*)”, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, No. 2, 2005

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996

JESCHECK, Hans-Heinrich, “La tutela dei beni giuridice dell’Unione europea”, in PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999

JESCHECK, Hans-Heinrich, “Possibilità e limiti de un diritto penale per la protezione dell’Unione europea”, in PICOTTI, Lorenzo (Ed.), *Possibilità e limiti di un Diritto Penale dell’Unione Europea*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999

JHERING, Rudolf, *Der Zweck im Recht*, Erster Band, Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1877

JONG, Cornelis de, “The European Parliament Resolution of 22 May 2012 on a EU approach to criminal law”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013

JÚNIOR, Miguel Reale, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2009

KAIAFA-GBANDI, M., “The Development towards Harmonization within Criminal Law in the European Union – A Citizen’s Perspective”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9, 2001

KAIAFA-GBANDI, M., “The Treaty Establishing a Constitution for Europe and Challenges for Criminal Law at the Commencement of 21st Century”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13, 2005

KAIAFA-GBANDI, Maria, “Approximation of substantive criminal law provisions in the EU and fundamental principles of criminal law”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Ed.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013

KAIAFA-GBANDI, Maria, “Der europäische Versuch der Gestaltung von gemeinsamen Strafvorschriften – Die materiellrechtlichen Regelung des Corpus Juris nach dem neuen Entwurf von Florence”, in ANAGNOSTOPOULOS, Ilias (Hrsg.), *Internationalisierung des Strafrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003

KAIAFA-GBANDI, Maria, “The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law”, in *European Criminal Law Review*, n° 1, 2011

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Berlin, Band VI, 1914/1968

KASLI, Zeynep, “Criminalising and Victimising the Migrant: Reflections on the UN Protocol and UNHCR’s Position against Smuggling”, in *Oxford Monitor of Forced Migration*, Vol. 1, No. 2, Oct. 2011

KAUFMANN, Arthur (Hrsg.), *Gustav Radbruch: Gesamtausgabe*, Band 2, Rechtsphilosophie II, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1993

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 (Herausgegeben von Matthias Jestaedt), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008

KERNOHAN, Andrew, “Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle”, in *Social Theory and Practice*, Vol. 19, No. 1, 1993

KILLMAN, “§ 11 Systematisierung”, in SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut und HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014

KINDHÄUSER, Urs, “Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte”, in AMELUNG, Knut; GÜNTHER, Hans-Ludwig und KÜHNE, Hans-Heiner (Hrsg.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2010

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2015

- KIRCHHOF, Paul, "The European Union of States", in BOGDANDY, Armin von, and BAST, Jürgen (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Second Revised Edition, Oxford, Hart Publishing, 2010
- KLABBERS, Jan, "Setting the Scene", in KLABBERS, Jan; PETERS, Anne e ULFSTEIN, Geir (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- KLEINIG, John, *Paternalism*, Manchester, Manchester University Press, 1983
- KLIP, André, "European Criminal Policy", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 20, 2012
- KLIP, André, "Repensando o Direito Penal Europeu" (tradução de Pedro Caeiro), in ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de (Eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- KLIP, André, "The Substantive Criminal Law Jurisdiction of the European Public Prosecutor's Office", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 20, 2012
- KLIP, André, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp, Intersentia, 2009
- KNOWLES, Dudley, "A Reformulation of the Harm Principle", in *Political Theory*, Vol. 6, No. 2, 1978
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Springer, 1997
- KOMMERS, Donald, "Federalism and European Integration: A Commentary", in CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph (ed.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986
- KÖPPEN, Luise, *The European Union approaching trafficking in human beings: Walking a tight rope between security and values and objectives of the EU*, Bachelor Thesis European Studies – Faculty of Management and Governance, University of Twente, disponível em <https://www.semanticscholar.org/paper/The-European-Union-approaching-trafficking-in-a-of-Koepfen/9cd20633f474de1bb54120d2d49deed13b2e4036> [05.11.19]
- KORIATH, Heinz, "Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999
- KÖRTVÉLYESI, Zsolt and MAJTÉNYI, Balázs, "Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary", in *German Law Journal*, Vol. 18, No. 07, 2017
- KRÜGER, Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, Dunker & Humblot, 2000
- KUBICIEL, Michael, "Das »Lissabon«-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 157, n. 2, 2010
- KUBICIEL, Michael, "Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat", in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2018

KUDLICH, Hans, "Die Relevanz der Rechtsguttheorie im modernen Verfassungsstaat", *in* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 127, Heft 3, 2015

KÜHN, Zdeněk, "The European Arrest Warrant, Third Pillar Law and National Constitutional Resistance/Acceptance", *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 3, 2007

KUPERAN, K., SUTINEN, Jon, "Blue Water Crime: Deterrence, Legitimacy, and Compliance in Fisheries", *in* Law and Society Review, Vol. 32, No. 2, 1998

LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Faculté de Droit, Université Montpellier I, Dissertação de Doutoramento, 2008-2009

LACEY, Nicola, "Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues", *in* The Modern Law Review, Vol. 72, Issue 6, 2009

LADENBURGER, Clemens, "Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method", *in* European Constitutional Law Review, Vol. 4, 2008

LARIK, Joris, "From Specialty to a Constitutional Sense of Purpose: on the Changing Role of the Objectives of the European Union", *in* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, October 2014

LARIK, Joris, "The *Kadi* Saga as a Tale of 'Strict Observance' of International Law: Obligations under the UN Charter, Targeted Sanctions and Judicial Review in the European Union", *in* Netherlands International Law Review, LXI, 2014

LEE, Harold, "Methodology of Value Theory", *in* LEPLEY, Ray (Ed.), *Value: a Cooperative Inquiry*, New York, Columbia University Press, 1949

LEERKES, Arjen, "Managing migration through legitimacy? Alternatives to the criminalization of unauthorized migration", *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016

LENAERTS, Koen, "The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice", *in* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 59, April 2010

LENAERTS, Koen, "The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice", *in* International and Comparative Law Quarterly, Vol. 62, April 2013

LENCKNER, Theodor, "Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung", *in* Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1985

LERCHE, Peter, "Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes", *in* BENDER, Bernd; BREUER, Rüdiger; OSSENBÜHL, Fritz und SENDLER, Horst (Hrsg.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993

LIEMPT, Ilse van, “A Critical Insight into Europe’s Criminalisation of Human Smuggling”, in Swedish Institute for European Policy Studies, January 2016, disponível em <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/339501/SIEPS.pdf?sequence=1> [05.11.19]

LIEMPT, Ilse van, and SERSLI, Stephanie, “State Responses and Migrant Experiences with Human Smuggling: A Reality Check”, in *Antipode*, Vol. 45, No. 4

LIGETI, Katalin, “Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013

LISZT, Franz von, “Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft“, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 8, 1888

LISZT, Franz von, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 6, 1886

LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10. Durchgearbeitete Auflage, Berlin, J. Guttentag, 1900

LOOS, Fritz, “Zum „Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte”, in STRATENWERTH, Günter, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin, de Gruyter, 1974

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, “El Legislador Europeo en Materia de Seguridad y Justicia tras el Tratado de Lisboa: Avances hacia la Cooperación Judicial Penal en la EU”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013

LOUREIRO, Flávia, “A segurança e o direito penal: os modelos de intervenção penal entre a mudança e a rutura”, in GONÇALVES, Luís Couto (etc.) (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012

LUZ, Yuri, *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo*, São Paulo, IBCCRIM, 2013

MACHADO, Fábio e GIACOMO, Roberta, “Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a protecção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco”, in *Revista Liberdades*, nº 2, Setembro-Dezembro 2009

MACHADO, Marta, *Sociedade do Risco e Direito Penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, IBCCRIM, 2005

MACKINNON, Catherine, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993

MADURO, Miguel Poiars, “The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005

MAI, Nick, “Embodied cosmopolitanisms: the subjective mobility of migrants working in the global sex industry”, in *Gender, Place & Culture*, Vol. 20, Issue 1, 2013

- MAK, Vanessa, “Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive”, *in* *European Review of Private Law*, Vol. 18, 2010
- MANACORDA, Stefano, “Retour aux sources ? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne”, *in* *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Janvier-Mars 2015, nº 1
- MANACORDA, Stefano, “The *Taricco* saga: A risk or an opportunity for European Criminal Law?”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018
- MANN, Itamar, “The Right to Perform Rescue at Sea: Jurisprudence and Drowning”, *in* *German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 3, 2020
- MANN, Lori, *Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants in ACP Countries: Key Challenges and Ways Forward*, Brussels, International Organization for Migration, 2018, disponível em https://publications.iom.int/system/files/pdf/trafficking_in_human_beings.pdf [05.11.19]
- MARIN, Luisa, “The general principles of European (criminal) law as limitation to the enforcement of EU law: the *Kolpinghuis Nijmegen* rule”, *in* MITSILEGAS, Valsamis, DI MARTINO, Alberto & MANCANO, Leandro (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2019
- MARLETTA, Angelo, “The Material Competence of the European Prosecutor’s Office (EPPO) and the PIF Directive”, *in* SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>
- MARQUES, Pedro Maia Garcia, “Direito penal do ambiente: Necessidade social ou fuga para a frente?”, *in* *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, 1999
- MARTINICO, Giuseppe, “Born to Be Together: The Constitutional Complexity of the EU”, *in* *Review of Constitutional Studies*, Vol. 16, Issue 1, 2011
- MARTINICO, Giuseppe, “Complexity and Cultural Sources of Law in the EU Context: From the Multilevel Constitutionalism to the Constitutional Synallagma”, *in* *German Law Journal*, Vol. 08, No. 03, 2007
- MARTINICO, Giuseppe, “The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU”, *in* *Yearbook of European Law*, Vol. 31, No. 1, 2012
- MARTINS, Ana Maria Guerra, “A ‘Cláusula de Flexibilidade’ no Tratado de Lisboa. Contributo para a ‘Constitucionalização’ ou para a ‘Internacionalização’ da União?”, *in* OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando e GAMA, João (Org.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

MARTINS, Patrícia Fragoso, “Princípio das Competências Atribuídas e Princípio das Competências Implícitas”, in PAIS, Sofia Oliveira, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial*, 2ª Edição, Almedina, 2012

MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, Heymanns, 1972

MATERA, Claudio, “Much ado about opt-outs? The impact of variable geometry in the AFSJ on the EU as a global security actor”, in BLOCKMANS, Steven (Ed.), *Differentiated Integration in the EU. From the Inside Looking Out*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2014

MAYER, Hellmuth, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1962

MELANDER, Sakari, “Effectiveness in EU Criminal Law and its Effect on the General Part of Criminal Law”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 03, 2014

MELENDO PARDOS, Mariano, “Strafrechtswissenschaft o Common Law?”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, 2009

MERKEL, Reinhard, “»Lauter leidige Tröster«. Kants Friedenschrift und die Idee eines Völkerstrafgerichtshof“, in MERKEL, Reinhard und WITTMANN, Roland (Eds.), *Zum ewigen Frieden. Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996

MEYER, Frank, “Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2018

MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Un libro de Estudio. Parte General*, tradução de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, tradução da 2ª edição alemã de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957

MEZZETTI, Enrico, *La Tutela Penale degli Interessi Finanziari dell’Unione Europea: Sviluppi e Discrasie nella Legislazione Penale degli Stati Membri*, Milão, CEDAM, 1994

MIETTINEN, Samuli, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London, Routledge, 2013

MIGLIETTI, Marta, “The First Exercise of Article 83(2) TFEU under Review: An Assessment of the Essential Need of Introducing Criminal Sanctions”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 01, 2014

MILL, John Stuart, *On Liberty* (1859), Kitchener, Batoche Books, 2001

MILLER, Russell A., “Germany vs. Europe: The Principle of Democracy in German Constitutional Law and the Troubled Future of European Integration”, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 54, No. 3, August 2014

- MILLS, David and WEISBERG, Robert, “Corrupting the Harm Requirement in White Collar Crime”, *in* Stanford Law Review, Vol. 60, March 2008
- MINETTI, Marta, “The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy”, *in* New Journal of European Criminal Law, Vol. 11, Issue 3, 2020
- MINETTI, Marta, *Human Trafficking and Migrant Smuggling: Analysis of the Distinction through the Lens of the “European Migration Crisis” and of the Italian Policy Response*, Master of Laws in International Criminal Justice with Human Rights, University of Kent, 2016, disponível em https://www.academia.edu/34967389/KLS_POSTGRADUATE DISSERTATION SUBMISSION SHEET_Name_Marta_Minetti_Dissertation_Title_Human_Trafficking_and_Migrant_Smuggling_Analysis_of_the_Distinction_through_the_Lens_of_the_European_Migration_Crisis_and_of_the_Italian_Policy_Response [05.11.19]
- MIR PUIG, Santiago, “El sistema del Derecho Penal en la Europa Actual”, *in* SCHÜNEMANN, B., FIGUEIREDO DIAS, J. de (Coord.) e SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed. española), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª Edição, Buenos Aires, BdeF, 2003
- MITSILEGAS, Valsamis and VAVOULA, Niovi, “European Union Criminal Law”, *in* HOFMANN, Herwig, ROWE, Gerard, TÜRK, Alexander (Eds.), *Specialized Administrative Law of the European Union. A Sectoral Review*, Oxford, Oxford Press, 2018
- MITSILEGAS, Valsamis y GIUFFRIDA, Fabio, “Ne Bis In Idem”, *in* SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Analisa (Eds.), *Principios Generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020
- MITSILEGAS, Valsamis, “20 Years from Tampere: The Constitutionalisation of Europe’s Area of Criminal Justice”, *in* CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020
- MITSILEGAS, Valsamis, “European Criminal Law After Brexit”, *in* Criminal Law Forum, Vol. 28, Issue 2, 2017
- MITSILEGAS, Valsamis, “European Criminal Law and resistance to communitarisation after Lisbon”, *in* New Journal of European Criminal Law, Vol. 1, No. 4, 2010
- MITSILEGAS, Valsamis, “Judicial dialogue in three silences: Unpacking *Taricco*”, *in* New Journal of European Criminal Law, Vol. 9, Issue 1, 2018
- MITSILEGAS, Valsamis, “The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU”, *in* Common Market Law Review, Vol. 43, Issue 5, 2006

MITSILEGAS, Valsamis, “The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust”, *in* *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 5, Nº 2, 2019

MITSILEGAS, Valsamis, “The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, Issue 1, 2019

MITSILEGAS, Valsamis, “Trust”, *in* *German Law Journal*, Vol. 21, Issue 01, 2020

MITSILEGAS, Valsamis, CARRERA, Sergio and EISELE, Katharina, *The End of the Transitional Period for Police and Criminal Justice Measures Adopted before the Lisbon Treaty: Who monitors trust in the European Criminal Justice Area?*, CEPS Paper In Liberty and Security in Europe, Nº 74, December 2014, disponível em <https://www.ceps.eu/ceps-publications/end-transitional-period-police-and-criminal-justice-measures-adopted-lisbon-treaty-who/> [23.02.2016]

MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2016

MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009

MITSILEGAS, Valsamis, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, London, Springer, 2015

MOCCIA, Sergio, “De la tutela de Bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, *in* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Ed.), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1997

MOCCIA, Sergio, “La politica criminale del *Corpus Juris*: dal *Corpus Juris* al Diritto Penale Europeo?”, *in* *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003

MONAR, Jörg, “Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?”, *in* *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 14, No. 3

MONTE, Mário Ferreira, “Da autonomia constitucional do Direito Penal nacional à necessidade de um Direito Penal europeu”, *in* OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.), *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004

MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009

MORAIS, Carlos Blanco de, “A Sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português”, *in* MIRANDA, Jorge (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Madrid, Civitas, 2011

- MOREIRA, Vital, “Constitucionalismo Supranacional. A União Europeia depois do Tratado de Lisboa”, in CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas e LOUREIRO, João Carlos (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- MORO, Aldo, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, Cacucci Editore, 2005
- MORTICELLI, Annalisa (etc.), *Reducing Irregular Migration and Human Rights: an Impossible Combination?*, research report by EST Think Tank, Amsterdam, 2015, disponível em <https://europeanstudentthinktank.files.wordpress.com/2015/05/est-research-project-reducing-irregular-migration-and-human-rights.pdf>[03.12.19]
- MORTICELLI, Annalisa and GUTH, Jessica, “Irregular Immigration in the EU Legal Framework: Where are the Human Rights?”, in SIRKECI, Ibrahim; ELÇIN, Doğa and ŞEKER, Güven, *Politics and Law in Turkish Migration*, London, Transnational Press London, 2015
- MOUNCIF-MOUNGACHE, Mouna, “Les Méthodes Normatives: Intégration, Uniformisation, Harmonisation, Coopération, Coordination dans l’Espace Pénal Européen”, in ZEROUKI-COTTIN, Djoheur (etc.) (Dir.), *L’Espace Pénal Européen: à la croisée des Chemins?*, Bruxelles, La Charte, 2013
- MOURA, Bruno, “O Tratado de Lisboa e a legitimidade do Direito Penal e Processual Penal Europeu emergente”, in *Revista Liberdades*, nº 8, Setembro-Dezembro 2011
- MUELLER, Gerhard, “Criminal Theory: An Appraisal of Jerome Hall's Studies in Jurisprudence and Criminal Theory”, in *Indiana Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, 1959
- MUSCO, Enzo, *Bene Giuridico e tutela dell’onore*, Milano, Giuffrè, 1974
- MÜSSIG, Bernd, “Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, in *Revista de Derecho Penal y Crimiología*, 2ª Época, nº 9, 2002
- MYLONOPOULOS, Christos, “Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 123, Heft 3, 2011
- NAPPI, Juan, “Sistema penal, Estado Constitucional de Derecho y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica”, in *Lecciones y Ensayos*, nº 79, 2004
- NAUCKE, Wolfgang, “Prevención general y derechos fundamentales de las personas”, in NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried, e LÜDERSSEN, Klaus, *Principales Problemas de la Prevención General*, tradução de Gustavo Aboso e Tea Low, Buenos Aires, BdeF, 2004
- NAUCKE, Wolfgang, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999

NAVARRETE, Miguel, “Naturaleza del Deber Jurídico y Función Ético-Social en el Derecho Penal”, in RIPOLLÉS, José; CAABONA, Carlos; MARTÍN, Luis e GUIMERA, Juan (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002

NAVARRETE, Miguel, “Rechtsgüterschutz versus Bestätigung der Normgeltung?”, in HEINRICH, Manfred (etc.) (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band 1, Berlin, De Gruyter, 2011

NEUBACHER, Frank, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005

NICOLA, Andrea Di, “Trafficking in immigrants: a European perspective”, Paper presented at the *Colloquium on Cross-border Crime in Europe*, Prague, 1999, disponible em <http://eprints.biblio.unitn.it/186/1/Transcrime.pdf> [05.11.19]

NIELSEN, Jesper, MATHIESEN, Christoph, “Important Factors Influencing Rule Compliance in Fisheries – Lessons from Denmark”, in *Marine Policy*, Vol. 27, 2003

NIETO MARTIN, Adán, “Américanisation ou européanisation du droit pénal économique?”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Octobre/Décembre 2006, n° 4

NIETO MARTIN, Adán, “An approach to current problems in european criminal law”, in ZAPATERO, Luis and NIETO MARTIN, Adán (Dirs.), *European Criminal Law: an overview*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010

NIETO MARTÍN, Adán, “El Derecho Penal Europeo a la espera de una Constitución”, in ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), ROMERO, Marta (Coord.) *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007

NIETO MARTÍN, Adán, “El Principio de Proporcionalidad”, in SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Analisa (Eds.), *Principios Generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020

NIETO MARTÍN, Adán, “Modelos de organización del sistema europeo de Derecho penal”, in MORALES ROMERO, Marta Muñoz de (Coord.), *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007

NIETO MARTÍN, Adán, “Saudade of the constitution: The relationship between constitutional and criminal law in the European context”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, Issue 1, 2019

NIETO MARTÍN, Adán, “Strafrecht und Verfassung in der Ära des Global Law”, in REINDL-KRAUSKOPF, Susanne (etc.) (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Fuchs*, Wien, Verlag Österreich, 2014

NIETO MARTÍN, Adán, *Fraudes Comunitarios (Derecho Penal Económico Europeo)*, Barcelona, Editorial Praxis, 1996

NIGGLI, Marcel, "Ultima ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt "subsidiären oder sekundären Natur" des Strafrechts", *in* Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, No. 111 (3), 1993

NILSSON, Hans G., "From classical Judicial Cooperation to Mutual Recognition", *in* International Review of Penal Law, Vol. 77, 1^o/2^o Trimestres, 2006

NILSSON, Hans G., "How to combine minimum rules with maximum legal certainty?", *in* Europarättslig Tidskrift, 2011

NØHR, Andreas, "The Governmentality of Biodiversity in the EU's Common Fisheries Policy", *in* The Interdisciplinary Journal of International Studies, Vol. 7, No. 1, 2011

ÖBERG, Jacob, "Do we really need Criminal Sanctions for the Enforcement of EU Law?", *in* New Journal of European Criminal Law, Vol. 5, No. 03, 2014

ÖBERG, Jacob, "Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure", *in* European Constitutional Law Review, Vol. 16, Issue 1, 2020

ÖBERG, Jacob, "Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty", *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, No. 19, 2011

OCCHIPINTI, John D, "Whither the withering democratic deficit? The impact of the Lisbon Treaty on the Area of Freedom, Security and Justice", *in* Cambridge Review of International Affairs, Vol. 27, No. 1, 2014

OCONITRILLO, Pablo Rodríguez, *Non-criminalization of smuggled migrants (Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air)*, United Nations High Commissioner for Refugees, 2014, disponible em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9791.pdf?view=1> [05.11.19]

OEHLER, Dietrich, *Internationales Strafrecht. Geltungsbereich des Strafrechts. Internationales Rechtshilferecht. Recht der Gemeinschaften. Völkerstrafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1983

OLU-IBUKUN, Yewande, "The Distinction between Human Trafficking and the Smuggling of Migrants", Swansea University, disponible em https://www.academia.edu/35280032/The_Distinction_between_Human_Trafficking_and_the_Migrant_Smuggling [05.11.19]

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. neu bearbeitete Auflage, Berlin, De Gruyter, 2004

PAEFFGEN, Hans-Ulrich, "Das 'Rechtsgut' – ein obsoleter Begriff?", *in* ZÖLLER, Mark; HILGER, Hans; KÜPER, Wilfried und ROXIN, Claus (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013

PAIVA, Elky, "Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal", Editorial Astrea, 2010

- PALUMBO, Filiberto, *Studi di Diritto Penale Comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999
- PAOLI, Letizia, “How to Tackle (Organized) Crime in Europe? The Eu Policy Cycle on Serious and Organized Crime and the New Emphasis on Harm”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 22, 2014
- PAOLI, Letizia, and GREENFIELD, Victoria A., “Harm: a Neglected Concept in Criminology, a Necessary Benchmark for Crime-Control Policy”, *in* *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 21, 2013
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union”, *in* *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 157, n. 2, 2010
- PAVONE, Ilja, “Is Banning Enough? The Intricacy Inherent to Marine Mammal Conservation”, *in* *German Law Journal*, Vol. 20, 2019
- PEERS, Steve, “EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon”, *in* *European Law Review*, Vol. 33, No. 4, Agosto 2008
- PELARIN, Evandro, *Bem Jurídico-Penal. Um Debate sobre a Descriminalização*, São Paulo, IBCCRIM, 2002
- PEREIRA, Carolina, “Tratado de Lisboa: o transconstitucionalismo como ferramenta à harmonização”, *in* *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1, nº 12, 2012
- PÉREZ, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna Teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, *in* RIPOLLÉS, José; CAABONA, Carlos; MARTÍN, Luis e GUIMERA, Juan (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002
- PERNICE, Ingolf, “Harmonization of Legislation in Federal Systems: Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects”, *in* PERNICE, Ingolf (ed.), *Harmonization of Legislation in Federal Systems. Constitutional, federal and Subsidiarity Apects – The European Union and the United States of America Compared*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- PERSAK, Nina, *Criminalizing Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, New York, Springer, 2007
- PETERS, Anne, “Membership in the Global Constitutional Community”, *in* KLABBERS, Jan; PETERS, Anne e ULFSTEIN, Geir (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- PETERSEN, Thomas, “Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle”, *in* *Res Publica*, Vol. 20, 2014
- PETERSEN, Thomas, “No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges”, *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 10, Issue 2, 2016

- PICOTTI, Lorenzo, “Las Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Comunitario: Estado Actual y Perspectivas”, *in* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, nº 13, 2004
- PICOTTI, Lorenzo, “Presentazione”, *in* PICOTTI, Lorenzo, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1999
- PINTO, Frederico da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo I e II, Coimbra, Almedina, 2013
- PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos sistemas de sanções penais da Europa. Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013
- PRESHOVA, Denis, “Battleground or Meeting point? Respect for National Identities in the European Union – Article 4(2) of the Treaty on European Union”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 8, 2012
- PRESSACCO, Luca, “Profili Ordinamentali del Pubblico Ministero Europeo”, *in* Cassazione Penale, Vol. 58, Nº 12, 2018
- PRIETO DEL PINO, Ana María, “The Proportionality Principle in a Broad Sense and Its Content of Rationality: The Principle of Subsidiarity”, *in* NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016
- PRITTWITZ, Cornelius, “La Desigual Competencia entre Seguridad y Libertad”, *in* CALLEGARI, André (Coord.), *Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos de Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007
- PROVERA, Mark, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, *in* CEPS Paper In Liberty and Security in Europe, Nº 80, February 2015, disponível em <https://www.ceps.eu/ceps-publications/criminalisation-irregular-migration-european-union/> [06.07.20]
- PUJOL, José, “Pluralismo Constitucional Europeu”, *in* O Direito, Ano 146º, I, 2014
- QUIRÓS, Justo, “Bien jurídico ‘penal’ contenido procedimental y nuevo contenido material”, *in* Revista de Investigación Jurídica, Vol. 1, 2011
- RADBRUCH, Gustav, “Erneuerung des Rechts”, *in* HASSEMER, Winfried (Hrsg.), *Gustav Radbruch: Gesamtausgabe*, Band 3, Rechtsphilosophie III, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1990
- RAUBER, Jochen, “On Communitarian and Constitutional Approaches to International Law”, *in* Leiden Journal of International Law, Vol. 26, 2013
- REITANO, Tuesday, “A Perilous but Profitable Crossing: The Changing Nature of Migrant Smuggling through sub-Saharan Africa to Europe and EU Migration Policy (2012-2015)”, *in* The European Review of Organised Crime, No. 2, 2015
- RENZO, Massimo, “A Criticism of the International Harm Principle”, *in* Criminal Law and Philosophy, Vol. 4, Issue 3, October 2010

RESNIK, Judith, “Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender, and the Globe”, *in* *The Yale Journal*, Vol. 111, 2001

RIBEIRO, Marta Chantal, “The Protection of Biodiversity in the Framework of the Common Fisheries Policy: What Room for the Shared Competence?”, *in* ANDREONE, Gemma (Ed.), *The Future of the Law of the Sea. Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests*, Switzerland, Springer, 2017

RIPSTEIN, Arthur, “Beyond the Harm Principle”, *in* *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 34, No. 3, 2008

ROCHA, José-María, CERVIÑO, Santiago, VILLASANTE, Sebastian, “The Common Fisheries Policy: An enforcement problem”, *in* *Marine Policy*, Vol. 36, 2012

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito Penal Europeu Pós-Lisboa – Um Direito Penal Funcionalista?” *in* SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>

RODRIGUES, Anabela Miranda, “O Tratado de Lisboa e o Direito Penal Europeu”, *in* PIÇARRA, Nuno (Coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais*, Coimbra, Almedina, 2011

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos”, *in* *Lusíada*, Série II, nº 3, 2005

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

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

RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade. Competência Penal da União Europeia, Condições do seu Exercício e Compatibilidade com o Paradigma da Protecção Subsidiária de Bens Jurídicos*, Coimbra, Almedina, 2019

RODRIGUES, José Noronha, “A “Constituição Europeia” e o Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça”, *in* *Direito*, Vol. 17, nº2, 2008

RODRIGUES, Savio, *Bem jurídico-penal tributário*, Porto Alegre, Nuria Fabris, 2013

ROMANO, Mario, “Danno a sé stressi, paternalismo legale e limiti del Diritto Penale”, *in* ANDRANDE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

ROMEO MALANDA, Sergio, “Un nuevo modelo de Derecho Penal Transnacional: el Derecho Penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, *in* *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII, 2012

ROSENFELD, Michel, “Constitutional Identity”, *in* ROSENFELD, Michel and SAJÓ, Andrés (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012

- ROSENFELD, Michel, “The European treaty – constitution and constitutional identity: a view from America”, *in* *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005
- ROSSI, Francesco, “The European Harmonisation of the General Part of Criminal Law”, *in* *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XXVI, Fasc. 5, 2017
- ROUSSEAU, Sandra and BLONDIAU, Thomas, “Act-based Versus Harm-based Sanctions for Environmental Offenders”, *in* *Environmental Policy and Governance*, Vol. 24, 2014
- ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, *in* HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Orttiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007
- ROXIN, Claus, “Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs”, *in* *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, Berlin, Verlag Walter de Gruyter, 1969
- ROXIN, Claus, “O Conceito de Bem Jurídico como padrão crítico da normal penal posto à prova”, *in* *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, Nº 1, 2013
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. LA Estructura de la Toria del Delito*, tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Peña (etc.), Madrid, Civitas, 1997
- RUDOLPHI, Joachim, “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, *in* *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970; dargebracht von Freunden und Kollegen*, Göttingen, Schwartz, 1970
- RUETE, Matthias, “Foreword”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migraton, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016
- SAFFERLING, Christoph, “Europe as Transnational Law – A Criminal Law for Europe: Between National Heritage and Transnational Necessities”, *in* *German Law Journal*, Vol. 10, No. 10, 2009
- SAJÓ, András, “Constitution without the constitutional moment: a view from the new member states”, *in* *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Issue 2-3, May 2005
- SALAZAR, Lorenzo, “La gènesese d’un espace pénal communautaire: la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes”, *in* *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 77, no. 1, 2006
- SALCUNI, Giandomenico, *L’Europeizzazione del Diritto Penale: Problemi e Prospettive*, Milano, Giuffrè Editore, 2011
- SALOMON, Markus, MARKUS, Till, DROSS, Miriam, “Masterstroke or paper tiger – The reform of the EU’s Common Fisheries Policy”, *in* *Marine Policy*, Vol. 47, 2014

SÁNCHEZ, Bernardo, “Transformación del Derecho Penal por la Protección de la Estabilidad Financiera Internacional como bien jurídico global?”, *in* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Vol. 16, 2012

SANCHEZ, Gabriella, “Critical Perspectives on Clandestine Migration Facilitation: An Overview of Migrant Smuggling Research”, *in* Journal on Migration and Human Security, Vol. 5, No. 1, 2017

SANCHEZ, Gabriella, “Five Misconceptions About Migrant Smuggling”, *in* Policy Brief, Issue 2018/07, May 2018

SANCHEZ, Gabriella, “Who is a Smuggler?”, *in* CARRERA, Sergio, CURTIN, Deirdre and GEDDES, Andrew, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Florence, European University Institute, 2020

SANCHEZ, Gabriella, and ACHILLI, Luigi (Eds.), *Critical Insights on Irregular Migration Facilitation: Global Perspectives*, European University Institute, 2019, disponível em <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/62384> [19.12.19]

SANTOS, Margarida, “A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?”, *in* Revista Brasileira de Direito Processual e Penal, Vol. 5, Nº 2, 2019

SANTOS, Margarida, “Conclusões - a Procuradoria Europeia e a futura arquitetura para a justiça criminal na União Europeia: questões emergentes”, *in* SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>

SANTOS, Margarida, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia. Uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016

SATŌ, Hiromi, “Modes of International Criminal Justice and General Principles of Criminal Responsibility”, *in* Goettingen Journal of International Law, Vol. 4, No. 3, 2012

SATZGER, “§ 9 Europäisierung”, *in* SIEBER, Ulrich; SATZGER, Helmut und HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014

SATZGER, Helmut, “Europäische Autopsie – eine Untersuchung der rechtsstaatlichen Leichen im Fundament der europäischen Strafrechtspflege”, *in* HEFENDEHL, Roland (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005

SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, München, C. H. Beck, 2012

SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Das Verbrechen als Pflichtverletzung”, *in* DAHM, Georg (et al.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935

- SCHALLMOSE, Nina Marlene, "The European Arrest Warrant and Fundamental Rights", *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, No. 22, 2014
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. neuarbeitete Auflage, Tübingen, Mohr, 1975
- SCHOMBURG, Wolfgang und LAGODNY, Otto, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 3. Völlig neubearbeitete Auflage, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998
- SCHOMBURG, Wolfgang, "Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?", *in* European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 8, No. 1, 2000
- SCHONSHECK, Jonathan, *On Criminalization. An Essay on the Philosophy of the Criminal Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994
- SCHRÖDER, Christian, "Perspektiven der Europäisierung des Strafrechts nach Lissabon: Neues Denken oder alte Fehler?", *in* HELLMANN, Uwe und SCHRÖDER, Christian (Hrsg.), *Festschrift für Hans Achenbach*, München, C. F. Müller, 2011
- SCHRÖDER, Christian, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht. Eine Untersuchung über den Einfluss europäischer Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV auf das deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 2002
- SCHUBARTH, Martin, "Inzestverbot und Verfassung", *in* DEGENER, Wilhelm und HEGHMANN, Michael (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Sirbeck, 2012
- SCHULTZ, Hans, "Practical Problems Arising from Treaties on Mutual Legal Assistance Between Continental and Common Law States: The Example of Switzerland and the United States of America", *in* ESER, Albin und LAGODNY, Otto (Eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law: Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1992
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Alternative-Project for a European Criminal Law and Procedure", *in* Criminal Law Forum, Vol. 18, 2007
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Consideraciones criticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana", *in* Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 49, Fascículo 1, 1996
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?", *in* HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010
- SCHÜNEMANN, Bernd, "The contribution of scientific projects to a European Criminal Law: a alternative project for a European Criminal Law and Procedure", *in* BASSIOUNI, M. Cherif; MILITELLO, Vincenzo e SATZGER, Helmut (Eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Milan, CEDAM, 2008

SCHUTTE, Julian, "The European Market of 1993: A Test for a Regional Model of Supranational Criminal Justice or of Inter-Regional Co-operation?", in ESER, Albin and LAGODNY, Otto (Eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law: Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1992

SCHÜTZE, Robert, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

SCHÜTZE, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009

SEGUIN, John, "The Case for Transferring Territorial Jurisdiction in the European Union", in *Criminal Law Forum*, Vol. 12, 2001

SEIBERT, Thomas, "The European Fight against Fraud – The Community's Competence to Enact Criminal Laws and Its Power to Approximate National Criminal Law by Directives", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, 2008

SHELLEY, Louise, *Human Smuggling and Trafficking into Europe: A comparative perspective*, Washington, DC: Migration Policy Institute, 2014

SICURELLA, Rosaria y COSTA, Martina, "El Principio de Legalidad", in SICURELLA, Rosaria, MITSILEGAS, Valsamis, PARIZOT, Raphaële, LUCIFORA, Analisa (Eds.), *Principios Generales del Derecho Penal en la Unión Europea*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020

SICURELLA, Rosaria, "Effectiveness of EU law and protection of fundamental rights: The questions settled and the new challenges after the ECJ decision in the *M.A.S. and M.B.* case (C-42/17)", in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018

SICURELLA, Rosaria, "Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law", in KLIP, André (Ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu Publishers, 2011

SIEBER, Ulrich, "Das Sanktionsystem zum Schutz der europäischen Gemeinschaftsinteressen", in SCHLÜCHTER, Ellen, *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*, Lübeck, Verlag Schmidt-Römhild, 1995

SIEBER, Ulrich, "Die Zukunft des Europäischen Strafrechts", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 121, Heft 1, 2009

SIEBERSON, Stephen C., "Inching Toward EU Supranationalism? Qualified Major Voting and Unanimity Under the Treaty of Lisbon", in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 4, 2010

SILVEIRA, Alessandra, "Notas sobre o constitucionalismo europeu", in OLIVEIRA, António Cândido de (Coord.), *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004

SIMESTER, A. P., SPENCER, J. R., SULLIVAN, G. R. and VIRGO, G. J., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Fifth Edition, Oxford, Hart Publishing, 2013

- SIMESTER, A.P. e HIRSCH, Andrew von, “Remote Harms and Non-constitutive Crimes”, *in* *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, Issue 1, 2009
- SIMESTER, AP e HIRSCH, Andrew von, “Rethinking the Offense Principle”, *in* *Legal Theory*, Vol. 8, Issue 3, 2002
- SIMESTER, AP e HIRSCH, Andrew von, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Oxford, Hart Publishing, 2011
- SIMONCINI, Andrea, “The European Union as a ‘3-D’ Constitutional Space”, *in* *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 21, No. 2, 2014
- SMITH, Steve, “The Hollowness of the Harm Principle”, University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper, Series. 17, 2004, disponível em [https://digital.sandiego.edu/lwps_public/art17/\[09.01.15\]](https://digital.sandiego.edu/lwps_public/art17/[09.01.15])
- SOMEK, Alexander, “The European Model of Transnational Democracy: A Tribute to Ernst-Wolfgang Böckenförde”, *in* *German Law Journal*, Vol. 19, No. 02, May 2018
- SOOD, Avani and DARLEY, John, “The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals”, *in* *California Law Review*, Vol. 100, No. 5, October 2012
- SOTIS, Carlo, “«Criminaliser sans punir». Réflexions sur le pouvoir d’incrimination (Directe et indirecte) de l’Union européenne prévu par le traité de Lisbonne”, *in* *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, Octobre/Décembre 2010
- SOTIS, Carlo, “Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho Penal material”, *in* ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *El Derecho Penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007
- SPENA, Alessandro, “Human Smuggling and Irregular Immigration in the EU: From complicity to exploitation?”, *in* CARRERA, Sergio and GUILD, Elspeth, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Brussels, Centre for European Policy Studies (CEPS), 2016
- SPIEKER, Luke, “Breathing Life into the Union’s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis”, *in* *German Law Journal*, Vol. 20, Issue 8, 2019
- STAFFLER, Lukas, “Die Europäische Staatsanwaltschaft – ein Überblick”, *in* *Österreichisches Anwaltsblatt*, N° 09, 2018
- STAFFLER, Lukas, “Schutz der finanziellen Interessen der Union mittels Strafrecht”, *in* *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Vol. 59, Nr. 2, 2018
- STAFFLER, Lukas, “Towards a New Chapter of the Taricco Saga”, *in* *European Criminal Law Review*, Vol. 9, Issue 1, 2019

STEFFEK, Jens, “The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach”, *in* *European Journal of International Relations*, Vol. 9, Issue 2, 2003

STEPHEN, James Fitzjames, *Liberty, Equality, Fraternity*, 2nd Edition, London, H. Elder and Co., 1874

STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, *in* HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Orrtiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007

STEWART, Hamish, “The Limits of the Harm Principle”, *in* *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 4, 2010

STRATENWERTH, Günter, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’ ”, *in* ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike und SCHUMANN, Heribert (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998

STRATENWERTH, Günther, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, *in* HEFENDEHL, Roland (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Orrtiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2007

SUOMINEN, Annika, “Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law”, *in* *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, No. 3, 2014

SWOBODA, Sabine, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, *in* *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 122, Heft 1, 2010

SZCZARANSKI, Federico, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *in* *Política Criminal*, Vol. 7, Nº 14, Diciembre 2012

TAMBURRINI, Claudio, “What’s Wrong with J.S. Mill’s “Harm-to-Others”-Principle?”, *in* *Journal of the Philosophy of Sport*, Vol. 38, 2011

TAVARES, Juarez, *Teoria do Injusto Penal*, 2ª Edição revista e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2002

TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, PPU, 1993

TRAUNER, Florian and LAVENEX, Sandra, “A Comparative View: understanding and explaining policy change in the Area of Freedom, Security and Justice”, *in* TRAUNER, Florian and SERVENT, Ariadna Ripoll, *Policy change in the Area of Freedom, Security and Justice: how EU institutions matter*, London, Routledge, 2015

TRAUNER, Florian and SERVENT, Ariadna Ripoll, “The *Communitarization* of the Area of Freedom, Security and Justice: Why Institutional Change does not Translate into Policy Change”, *in* *Journal of Common Market Studies*, Volume 54, Number 6, 2016

TRIUNFANTE, Luís, “O controlo judiciário dos atos processuais e decisões da Procuradoria Europeia. Uma arquitetura disruptiva e resiliente?”, *in* SANTOS, Margarida; MONTE, Mário e MONTEIRO, Fernando, *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da*

Procuradoria Europeia, Actas da Conferência, Braga, 2017, Ebook disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50677>

TROŠIĆ, Sanja Jelisavac, “Establishing the European Public Prosecutor’s Office and Suppression of Criminal Offenses against the EU Financial Interests”, in DUIĆ, Dunja e PETRAŠEVIĆ, Tunjica (Eds.), NOVOKMET, Ante (Exec. Ed.), *EU and Member States – Legal and Economic Issues*, Conference book of proceedings, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series Vol. 3, 2019

TURNER, Piers Norris, “Harm” and Mill’s Harm Principle”, in *Ethics*, Vol. 124, 2014

ULFSTEIN, Geir, “The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism”, in *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4, No. 2, 2012

URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz, “Economics as a Tool in Legislative Evaluation: Cost-Analysis, Cost-Efficacy and Cost-Benefit”, in NIETO MARTÍN, Adán e MORALES ROMERO, Marta Muñoz (Eds.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Switzerland, Springer, 2016

VALDÉS, Antonio Roma, “The mutual recognition principle in criminal matters: a review”, in *ERA Forum*, Vol. 16, 2015

VALLS PRIETO, Javier, “Die juristische Natur der Sanktionen der Europäischen Union”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 120, Heft 2, 2008

VÁSQUEZ, Manuel, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, in *Revista Penal*, Nº 18, 2006

VAVOULA, Niovi, “C-61/11 PPU – *El Dridi*. Criminalisation of Irregular Migration in the EU: The Impact of El Dridi”, in MITSILEGAS, Valsamis, DI MARTINO, Alberto & MANCANO, Leandro (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2019

VENTRELLA, Matilde, “The impact of Operation Sophia in the exercise of criminal jurisdiction against migrant smugglers and human traffickers”, in *QIL, Zoom-in*, no. 30, 2016

VERVAELE, John, “European criminal justice in the European and global context”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, 2019

VERVAELE, John, “Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013

VERVAELE, John, “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office: *Lex incerta* and *unpraevia?*”, in *ERA Forum*, Vol. 15, 2014

VIELLECHNER, Lars, “Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law”, in *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4, No. 2, 2012

VIGANÒ, Francesco, “*Melloni* overruled? Considerations on the ‘*Taricco II*’ judgment of the Court of Justice”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 9, Issue 1, 2018

VIGANÒ, Francesco, “Supremacy of EU Law vs. (Constitutional) National Identity: A New Challenge for the Court of Justice from the Italian Constitutional Court”, in *European Criminal Law Review*, Vol. 7, Issue 2, 2017

VITU, André, “Un aspect particulier du Droit Pénal International: la protection des intérêts publics étrangers par le Droit Criminel Français”, in BOULAN, Fernand (etc.) (Ed.), *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Larguier*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993

VOGEL, Joachim, “Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV”, in AMBOS, Kai, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2011

VORMBAUM, Thomas, “„Politisches“ Strafrecht”, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, Heft 4, 1995

WASMEIER, Martin and THWAITES, Nadine, “The ‘battle of the pillars’: does the European Community have the power to approximate national criminal laws?”, in *European Law Review*, Vol. 29, No. 5, Outubro 2004

WEILER, J. H. H. “Federalism Without Constitutionalism: Europe’s *Sonderweg*”, in NICOLAIDIS, Kalypso and HOWSE, Robert (Eds.), *The federal vision: Legitimacy and levels of governance in the US and the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2001

WEIßER, Bettina, “Strafgesetzgebung durch die Europäische Union: Nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht?”, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 161, n. 8, 2014

WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, tradução de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956

WEYEMBERGH, Anne, (in collaboration with Serge de Biolley), “Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors”, in GALLI, Francesca e WEYEMBERGH, Anne (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2013

WHITE, Simon, “Harmonisation of criminal law under the first pillar”, in *European Law Review*, Vol. 31, n° 1, Fevereiro 2006

WHITE, Simone, *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption*, The Hague, Kluwer Law International, 1998

WIECZOREK, Irene and VAVOULA, Niovi, “The Constitutional Significance of EU Criminal Law”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, No. 1, 2015

WILKINSON, Michael, “Political Constitutionalism and the European Union”, in *The Modern Law Review*, Vol. 76, No 2, March 2013

- WILLEMS, Auke, “The Court of Justice of the European Union’s Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal”, *in* German Law Journal, Vol. 20, Issue 4, 2019
- WITTE, Bruno de, “International Law as a Tool for the European Union”, *in* European Constitutional Law Review, Vol. 5, 2009
- WOLFSTÄDTER, Laura, “European Integration via Flexibility Tools: The cases of EPPO and PESCO”, Jacques Delors Institut Policy Paper, Novembro 2017, disponível em <https://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/eppo-and-pesco-flexibility-in-eu-integration/> [01.09.20]
- YAMANAKA, Keiichi, “Die Modelle und Typologien des indirekten Paternalismus im Strafrecht”, *in* HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid und SEELMANN, Kurt (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos, 2010
- ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edição, Buenos Aires, Ediar, 2007
- ZEROUKI-COTTIN, Djoheur, “La Directive: nouvelle loi pénale?”, *in* ZEROUKI-COTTIN, Djoheur (etc.) (Dir.), *L’Espace Pénal Européen: à la croisée des Chemins?*, Bruxelles, La Charte, 2013
- ZIMMERMANN, Till, “Der Fall „Pisciotti“ vor dem EuGH. Oder: Vom Wert der Unionsbürgerschaft im Auslieferungsrecht”, *in* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 4/2017
- ZULEEG, Manfred, “Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration”, *in* SIEBER, Ulrich (Hrsg.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1993