



Breve apreciação ao *Corpus Iuris 2000*, em especial à luz do ordenamento jurídico -penal português

Ricardo Luís Lima Silva Costa

Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Económicas

Dissertação de mestrado elaborada sob a orientação do Exmo. Professor Doutor José Neves Cruz e do Exmo. Professor Doutor André Lamas Leite.

Setembro de 2017

Resumo

O presente trabalho é uma abordagem a um projeto do âmbito do Direito Penal europeu, desenhado com o objetivo de delimitar a expansão dos crimes económico-financeiros dentro do espaço de liberdade, segurança e justiça criado na União Europeia e que visa a proteção dos interesses financeiros desta organização internacional. Desde o Tratado de Maastricht que a implementação de um Direito Penal europeu tem sido controversa na sua implementação em todos os Estados-membros. A soberania cedo se revelou um obstáculo para aplicar um Código Penal europeu a todos os Estados-membros, por forma a proteger um bem jurídico europeu.

O *Corpus Iuris 2000* foi uma tentativa ambiciosa por iniciativa do Parlamento Europeu de almejar criar um Código Penal europeu, no âmbito de um espaço europeu de livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços. O presente trabalho visou também uma breve abordagem contextual dos crimes tipificados nesse projeto, bem como uma sintética análise de Direito comparado quanto ao Direito Penal português com o projeto em causa perante os comportamentos e o bem jurídico protegido, bem como os regimes sancionatórios aplicados em ambos os contextos.

Palavras-chave: Direito Penal europeu; Competência penal europeia; proteção dos interesses financeiros; Tratado de Maastricht; Tratado de Amesterdão.

Abstract

The present work is an approach to an European Criminal Law project designed to delimit the expansion of financial offences in an area of freedom, security and justice created within the European Union and aimed at the protection of financial interests of this international organization. Since the Maastricht Treaty, the implementation of an European Criminal Law has been a matter of severe discussion in its implementation in all Member States. Sovereignty soon became an obstacle to the application of an European Penal Code to all Member States in order to protect European legal interests.

Corpus Iuris 2000 was an ambitious attempt by the European Parliament to improve the creation of the European Penal Code, regarding the protection of offences which extend across land borders through a European area of free movement of persons, goods and services. This paper also aimed at a brief contextual approach to the offences prescribed in this project, as well as a comparative analysis of the Portuguese Criminal Code what concerns to the behaviours and protected legal interests, as well as the sanctions regimes applied in both contexts.

Keywords: European Criminal Law; European Criminal Competence; protection of financial legal interests; Maastricht Treaty; Amsterdam Treaty.

Agradecimentos

Quero agradecer em especial aos meus orientadores, Professor Doutor José Neves Cruz e Professor Doutor André Lamas Leite, pelo empenho na orientação desta dissertação que acolheram desde do primeiro momento em que escolhi aceitar este desafio e só com os sábios conselhos que me transmitiram foi possível concluir o estudo deste tema.

De igual maneira agradeço ao Dr. Manuel Lima, pelo apoio e motivação que me deu para concluir esta etapa do meu percurso académico e que generosamente se mostrou sempre prestável e disponível para tudo o que fosse necessário.

Em especial, devo o meu agradecimento à minha namorada Sofia Miranda, que sempre me deu amor e alento para atingir este grau académico apesar das dificuldades que surgiram neste percurso, e cuja persistência demoveu sempre qualquer intenção de desistência perante as dificuldades que encontrei.

Ao meu grande amigo Bruno Miguel Preto, que sempre me prestou auxílio em momentos de maiores dificuldades e de incerteza e me deu conselhos valiosos para tomar as melhores decisões no planeamento desta dissertação, e cuja amizade conservo desde dos meus tempos de licenciatura.

Quero gentilmente endereçar um agradecimento à minha mãe, pelo carinho, e ao meu pai e irmã por poderem testemunhar mais uma conquista da minha vida.

Em último lugar dedico um agradecimento a todos os funcionários da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e demais pessoas que não mencionei, por me acompanharem até este momento, reservando-lhes por isso um espaço especial nos meus agradecimentos.

Índice

Introdução.....	7
Parte I - O <i>CORPUS IURIS 2000</i> – BREVE APROXIMAÇÃO.....	11
Capítulo 1 – O Direito Penal europeu atual e a evolução dos Tratados Europeus	12
Secção 1 – A Evolução ao longo dos Tratados.....	14
Secção 2 – Conselho de Tampere.....	18
Secção 3 – Princípios do Direito Penal europeu vs. Princípios do <i>Corpus Iuris 2000</i>	19
Subsecção a. Princípio da legalidade	20
Subsecção b. Princípio da necessidade social	21
Subsecção c. Princípio da culpabilidade e da proporcionalidade das medidas de segurança	22
Subsecção d. Princípio da solidariedade	23
Subsecção e. Princípio da subsidiariedade	23
Subsecção f. Os “Princípios novos”.....	25
Capítulo 2 – Breve esboço da história do <i>Corpus Iuris 2000</i> ; seus objetivos e Natureza Jurídica.....	26
Secção I – História	26
Secção II – Objetivos	30
Secção III – Natureza Jurídica.....	31
Secção IV – <i>Drittwirkung</i>	32
Parte II – CRIMES COMETIDOS POR AGENTES DA UNIÃO EUROPEIA	39
Capítulo 1 – Análise conceptual e bem jurídico protegido.....	39
Secção 1 – Agentes/funcionários? – Conceito	41
Secção 2 – Bem jurídico ou bens jurídicos?	43
Capítulo 2 - Os específicos tipos legais de crime	44
Secção 1 – Corrupção (Artigo 5.º)	45
Secção 2 – Desvio de fundos / Peculato (artigo 6.º)	50
Secção 3 – Abuso de poder (artigo 7.º)	51
Secção 4 – Quebra de segredo (artigo 8.º)	53
Secção 5 – Considerações sobre o Direito sancionatório do <i>Corpus Iuris 2000</i> (Capítulo II, Parte geral dos crimes, artigo 9.º e Capítulo III, artigo 14.º)	54
Conclusão	56
Bibliografia.....	59

Siglas e Abreviaturas

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEEA - Comunidade Europeia da Energia Atómica

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

JAI – Justiça e dos Assuntos Internos

PESC – Política Externa e de Segurança Comum

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TFUE – Tratado do Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Introdução

No espaço europeu tem-se vindo a verificar um movimento de diferenciação cultural ao nível dos Estado-membros da UE. Por forma a tentar unificá-lo, para diminuir o *fosso* existente nestas movimentações, pensou-se na árdua tarefa de criar condições políticas e judiciais para a consagração de um ordenamento jurídico penal europeu unificado ⁽¹⁾, por forma a aproximar os ordenamentos jurídico-criminais de cada Estado-membro, perante a necessidade de integração da Europa e num ramo tão *nacionalista*, isto é, uma matéria do Direito que intimamente está conexas com a soberania de um Estado pois o legislador visa defender nele a identidade das tradições culturais do seu Povo.

Na história europeia existiram, várias tentativas e muitos (...) *processos de unificação política se fazem acompanhar do surgimento e do reforço do poder punitivo*. ⁽²⁾, *in casu*, um Direito Penal criado no âmbito do projeto europeu, o Direito Penal europeu ⁽³⁾. Das Convenções que tentam aproximar os ordenamentos legais de Direito Penal dos Estados-Membros aos documentos oficiais, documentos académicos, e demais tentativas do Conselho da Europa; elaboraram-se vários projetos para a proteção das finanças europeias. O primeiro documento oficial ⁽⁴⁾ surge pela mão do Parlamento Europeu, designado por *Corpus Iuris de dispositiones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea* (designação de 1996) ⁽⁵⁾ ou, mais recentemente o *Corpus Iuris 2000* (designação atribuída no ano de 1999 em Florença) ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Para tal, a criação deste sistema deve atender ao fim a que as políticas criminais visam atingir, ou seja, estruturas lógico-normativas subjacentes a razões dogmáticas sem que se atinja um patamar de universalização do Direito Penal. – MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», in: ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA (coord.), *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, p.711.

⁽²⁾ AUGUSTO SILVA DIAS «De que Direito Penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre Algumas Propostas Recentes de constituição de um direito penal comunitário», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 3, julho/setembro, 2004, p. 305.

⁽³⁾ Define-se como um conjunto de normas de âmbito de aplicação europeu emanadas pela UE e aplicadas por instituições judiciárias legitimadas pelo Direito da UE. No que respeita ao Direito Penal europeu, torna-se discutível se os seus objetivos coincidem com a formação de uma ideia unificadora de um direito supranacional do espaço europeu, ou se este se cinge a uma ideia de proteção de interesses de organização económica face à criminalidade económico-financeira.

⁽⁴⁾ No sentido da versão final aprovada, na sequência de um processo legislativo que, como se sabe, não conduziu à sua aprovação e posterior entrada em vigor.

⁽⁵⁾ Como primeiro projeto de discussão, tal como sucedia com as Convenções assumidas pelos Estados-membros desde 1996 e demais protocolos contra a corrupção, visava proteger os interesses financeiros, ao abrigo do espaço judicial comum de sintetizar os princípios penais comuns entre os Estados-Membros.

⁽⁶⁾ Esta versão veio introduzir os artigos 9.º ao 17.º, sendo que os artigos 14.º ao 17.º relacionam-se com regras de cariz sancionatório e que estão relacionados com parte geral do Direito Penal sendo esta expressão adotada.

Apesar do *Corpus Iuris 2000* abordar outros ramos de Direito, para esta dissertação apenas será abordado o Direito substantivo, da tipificação de alguns dos crimes que corporizam este projeto.

Existem mais vastos e variados obstáculos sobre a ideia de um Direito Penal europeu. Começando pelo seu significado deste ramo Direito Penal que pode ser inserido no conceito de soberania⁽⁷⁾. Assim e como está previsto no artigo 3.º, n.º 2 da CRP.

Em especial, no caso do Direito Penal português, em matéria de regulação do dito Direito Penal secundário⁽⁸⁾, esta questão está constitucionalmente blindada, pelo artigo 165.º, n.º 1, alíneas *c*) e *d*), da CRP, que limita o poder legislativo nestes domínios à Assembleia da República salvo lei de autorização ao Governo. O direito de limitar a liberdade é da responsabilidade do Estado português nos termos do artigo do artigo 27.º da CRP. Por sua vez leva a questionar se a UE tem legitimidade para prever na redação do *Corpus Iuris 2000* prever penas privativas da liberdade? É necessário que a CRP preveja todos os bens jurídicos que o Direito Penal deve proteger? Qual o enquadramento constitucional do *Corpus Iuris 2000*?

Conforme refere MÁRIO FERREIRA MONTE, *[a] Constituição funciona como referente axiológico-normativo do Direito Penal, mas quer o direito constitucional, quer o Direito Penal constituem um conjunto de normas fragmentárias, no sentido de que não protegem todos com a mesma intensidade (...)*⁽⁹⁾. Donde, não se trata aqui de um ciclo fechado, tem um desenvolvimento, na medida em que vão surgindo matérias que em ambos os casos se podem complementar entre si⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Para AUGUSTO SILVA DIAS, a soberania, enquanto argumento jurídico, pode significar (...) *um nacionalismo penal que se apoia na ideia de que o Direito Penal faz parte da identidade de uma nação e da sua cultura, de sorte que a soberania penal é pertença exclusiva do património político de comunidade nacionais* - AUGUSTO SILVA DIAS «De que Direito Penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre Algumas Propostas Recentes de constituição de um direito penal comunitário», julho/setembro, 2004, p. 307.

⁽⁸⁾ Este conceito traduz o seguinte “(...) conjunto de crimes, cujo regime, por regra, consta de diplomas legais avulsos (...), e que tutela bens jurídicos relativos aos direitos sociais e económicos, consagrados constitucionalmente (...)” conforme será explicado mais adiante, é a parte do Direito Penal cujos bens jurídicos estão previstos constitucionalmente, mas são tratados em legislação especial da tutela criminal, conforme refere ANA PRATA “(...), já que a alteração de um código deve em princípio, implicar uma ponderação mais profunda do que é inerente à alteração de um diploma sobre uma matéria delimitada.” – ANA PRATA «Dicionário Jurídico», vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p.182.

⁽⁹⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p. 695.

⁽¹⁰⁾ Tal entendimento, não obriga a que o Direito Penal proteja todo e qualquer conceito de bem jurídico que a CRP preveja. Através do princípio da intervenção penal mínima ou princípio da não intervenção na qual FIGUEIREDO DIAS entende que a atuação do Estado deve-se restringir ao (...) *asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade. (...)* – JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Vol. I, p. 124.

Pelo contrário, no respeito pelo princípio da *ultima ratio*, ou seja, nos casos em que todas as outras medidas se mostrem ineficazes para a proteção daquele bem jurídico em concreto, o legislador pode enquadrar este ramo. Para o Direito Penal, a CRP tem um caráter formal e um caráter subjetivo, que devem orienta-lo nos valores da sociedade e do Homem, para a proteção de certos bens jurídicos, de modo a para permitir o normal funcionamento da convivência social.

No plano do legislador penal europeu, é uma possibilidade ⁽¹¹⁾. O Direito Criminal tem um caráter supranacional e até este momento não é subsidiário, ou seja, não está limitado por nenhum texto legal de caráter universal e/ou superior, reconhecido pelos Estados-Membros, logo não está obrigado aos bens jurídicos que cada uma das legislações dos Estados-Membros prevejam e apliquem nos seus territórios não atendendo as eventuais diferenças existentes ⁽¹²⁾.

Desta forma e apenas a aposta na atualização constante dos valores constitucionais é que torna possível acompanhar a mutabilidade do conceito de bem jurídico, por forma a evitar não só um processo de constitucionalização do Direito Penal como também de um processo de *europização*.

Atualmente, não se pode considerar que exista um povo europeu ⁽¹³⁾, derivado de uma UE pensada como um Estado Federal de políticas económicas ⁽¹⁴⁾, como por exemplo as Políticas Agrícolas Comuns antes sim um espaço onde se desenvolvem políticas sociais, segurança, justiça, entre outras, como por exemplo: políticas de educação e de relações internacionais; que levam à criação do Tratado da UE. Essa inexistência de instrumentos institucionais capazes de

⁽¹¹⁾ Deve-se aferir, se será possível descriminalizar certos comportamentos por via do Direito da UE, mesmo que os mesmos estejam previstos constitucionalmente no Estado-membro.

⁽¹²⁾ A exceção seria aplicável caso a UE tivesse um projeto de Constituição Europeia, com bens jurídicos “europeus”, criando condições para obrigar a legislação penal europeia a respeitar e limitar a capacidade de descriminalizar, i. é., “(...) a harmonização ou unificação de normas penais terá que passar sempre, em grande medida, pela harmonização constitucional. (...). Que ela há-de ser fundamento axiológico normativo para uma pretensa unificação das normas penais, (...)” – MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», pp. 700 e 701.

⁽¹³⁾ A perceção comportamental que cada país tem acerca do seu povo comparativamente com o conhecimento que as instituições europeias têm da realidade sociocultural de cada país não é necessariamente um conhecimento mútuo ou de igual abrangência escortinando um problema de uma possível intervenção da UE em matéria penal. Estas são as circunstâncias que impedem uma prevenção mais abrangente da *consciência jurídica comunitária* no alargamento das fronteiras dos Estados-membros a um espaço europeu, devido ao perigo de indefinições e finalidades dos delitos.

⁽¹⁴⁾ O que possivelmente terminaria com a identidade dos Estados-membros, devido às ligações íntimas com a soberania dos Estados-membros.

funcionarem como base de uma política criminal ⁽¹⁵⁾ comum ⁽¹⁶⁾, revela a incapacidade de representar uma ideia de Direito Penal europeu dessa envergadura.

No projeto do *Corpus Iuris 2000*, o bem jurídico protegido, ganha uma dimensão supranacional, com novos valores e novos interesses carentes de proteção penal sobre o qual se visa a proteção os direitos de uma organização política e do direito público de cada Estado-membro.

Esta última questão surge influenciada pelo princípio da harmonização europeia ⁽¹⁷⁾, obtida fundamentalmente por Diretivas, as quais estabelecem objetivos a serem alcançados pelo Estado-membro ⁽¹⁸⁾ e que a sua atuação é condicionada por algumas espécies e limites de penas, criando na verdade, situações de desigualdades nas práticas sancionatórias o que compromete necessariamente a tão desejada integração jurídico-penal entre Estado-membros, que se parece poder retirar do paragrafo do artigo 288.º, § 3, do TFUE.

Atendendo ao tipo de compilação legal, qual é o formato do *Corpus Iuris 2000*? A leitura que se deve retirar deste projeto passa pelo cariz interpretativo da sustentação jurídica, por forma a se entenderem as vicissitudes e imprecisões apontadas ao *Corpus Iuris 2000* o qual se reveste da estrutura de um Código Penal aplicável no espaço jurídico europeu, contra os crimes que visem os interesses financeiros da UE. No que concerne à análise da Parte Especial do *Corpus Iuris 2000*, serão identificados o bem jurídico em causa, os agentes e a qualidade pela qual podem ser sujeitos a responsabilidade penal e as condutas e sanções definidas neste projeto.

O objetivo é demonstrar e enquadrar um compêndio de bens jurídicos que preserve os de feição europeia, no que respeita ao seu contexto económico, estabelecendo também um regime sancionatório estipulado para prevenir comportamentos destinados a para atingir um pleno espaço europeu interligado por três objetivos Liberdade, Segurança e Justiça.

⁽¹⁵⁾ (...) traduz-se na definição das estratégias de controlo social do fenómeno do crime e constitui, ao lado da dogmática penal e da criminologia, a base de construção de qualquer sistema de Direito Penal. - ANA RITA GIL, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano IX, n.º 17, 2009, p.179. Para legitimar e sistematizar o Direito Penal Europeu na manutenção dos valores da liberdade, segurança e justiça estas políticas, são o meio utilizado no Direito Penal para determinar a medida da pena e consequentemente a criação do paradigma de criminalização do Direito Penal.

⁽¹⁶⁾A expansão é justificada, com o crescimento exponencial do Direito Penal secundário, que acarreta novos bens jurídicos com novas formas de proteção para uma política-criminal eficaz à sua persecução.

⁽¹⁷⁾ Determina que o método intergovernamental é a única via para que os Protocolos e Convenções unifiquem o Direito interno dos Estados-membros em matéria lesiva dos interesses financeiros.

⁽¹⁸⁾ Ainda que necessite de um ato nacional para produzir os seus efeitos.

PARTE I – O “CORPUS IURIS 2000” – BREVE APROXIMAÇÃO

ANA PRATA define a normação que encima esta Parte, como um *projeto de âmbito europeu que contém um conjunto de regras relativas à incriminação de comportamentos lesivos dos interesses económicos e financeiros da Comunidade Europeia e ao respetivo processo*.⁽¹⁹⁾

Desta forma, e num sentido estrito, a doutrina define-o mesmo como um projeto que (...) «*constitui uma proposta de unificação de Direito Penal substantivo e processual, para os países membros da União Europeia, em materia de protecção dos interesses financeiros da União Europeia*»⁽²⁰⁾, sendo que a unificação é o conceito maioritário de ambas as definições, e, que determina um dos objetivos deste projeto, para além da proteção destes bens jurídicos europeus.

A liberdade de circulação de mercadorias de pessoas e serviços desenvolveu novos fenómenos de criminalidade num espaço transnacional, revelando uma carência objetiva de uma intervenção criminal no território que a UE abrange. Em contraponto com esta necessidade, a própria UE, não tinha criado e muito menos definido os mecanismos próprios para proteger os seus interesses financeiros. A partir desta nova realidade com a qual a UE se deparava, surgiu a necessidade de proteger os interesses comunitários⁽²¹⁾. Assim, desenvolveu-se um quadro de política criminal comum, com as características comunitárias de harmonização, unificação e proteção legal: o *Corpus Iuris 2000*.

Será, por isso, nesta primeira parte, abordada a construção do Direito Penal europeu, bem como os problemas na sua implementação e conseqüentemente do próprio *Corpus Iuris 2000*⁽²²⁾. Este projeto legislativo de cariz penal, tinha como objetivo ser uma tentativa de um modelo unanimemente aceite pelos Estados-membros, tendo uma base de Direito Penal que protegesse os interesses financeiros da UE.

⁽¹⁹⁾ ANA PRATA (Coord.), CATARINA VEIGA e JOSÉ MANUEL VILALONGA, «Dicionário Jurídico», Vol. II, p. 121.

⁽²⁰⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», pp. 721 e 722, nota 86.

⁽²¹⁾ Em particular os já *supra* citados interesses financeiros das então Comunidades Europeias.

⁽²²⁾ Do *Corpus Iuris 2000* serão analisados os interesses basilares que formaram tratados europeus, às necessidades que impulsionam a as intrincadas relações entre o Direito da UE e o Direito Penal estruturado em torno da proteção dos valores culturais identificativos da natureza de um povo.

Capítulo I – O Direito Penal europeu atual e a evolução dos Tratados Europeus (De Maastricht a Lisboa)

A doutrina maioritária do Direito Penal europeu, como defende HEGEL⁽²³⁾, surge de uma necessidade histórica perante o rápido crescimento exponencial desta matéria. Daí a aplicação de uma política criminal europeia que aponte para a proteção dos bens jurídicos europeus, com respeito pelos princípios de Estado de Direito e dos direitos e liberdades fundamentais. Para o efeito, criaram-se projetos que contrapõem a aplicação de normas penais reservadas ao Direito interno, desafiando a sua atuação a uma área de aplicação mais abrangente. Assim, a falta de autonomia dos Estados para resolver ilícitos relacionados com as políticas comuns aos Estados-membros e que dizem respeito a interesses da UE é um dos motivos apontados para a ineficácia do Direito Penal nacional no específico domínio de que ora se cura.

MÁRIO FERREIRA MONTE entende ainda que estão em causa (...) *os interesses dos Estados-membros* qua tale, *ainda que indirecta e reflexamente afectem toda a comunidade europeia*. (...) (24), ou seja, ilícitos que ainda que previstos nas legislações penais possam vir a influenciar os resultados económicos de cada uma, levando a procedimentos/sanções económicas por não atingirem os objetivos exigidos, como por exemplo, o desvio de fundos europeus.

Se o Direito Penal nacional necessita de uma legitimação constitucional, é adequado afirmar que o europeu, perante o exemplo do Direito interno dos Estados-membros, tem a necessidade de, igualmente, ser legitimado pela mesma força legal, ou seja, por documento idêntico.

Uma solução forçada ou uma reparação necessária? Atualmente, face às modificações recém-implementadas pelos Tratados Europeus, estuda-se por toda a Europa a injeção de uma nova competência no leque de competências originárias da UE, o Direito Penal europeu. Um espaço europeu de livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços, sem restrições legais, facilitou a expansão do crime económico-financeiro, altamente organizado, com características dinâmicas conjunturais, instáveis e em constante evolução o qual, espacialmente, não conhece fronteiras (25).

(23) JOACHIM VOGEL, «Política Criminal y Dogmática Penal Europeas», in: *Revista Penal*, n.º 11, 2003, p. 138.

(24) MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p. 725.

(25) Face a esta lacuna inequívoca, a UE tenta de forma desmedida através de ramos de Direito que podemos considerar como Direito Penal secundário, como o Direito Penal Ambiental (este, todavia, já primário) ou Alimentar.

Assim, MÁRIO FERREIRA MONTE indica que (...), *mais de 80% do Direito económico dos países membros tem origem comunitária o que mais justifica qualquer tentativa de harmonização ou unificação do Direito Penal deve começar pelo Direito Penal económico.* ⁽²⁶⁾. De acordo com este excerto, o ponto de partida para um projeto deste jaez será pela afinidade que existe entre o Direito económico com o Direito da UE, bem como a influência que um exerce sobre o outro.

Por forma a corrigir erros do passado, tenta-se tornar um ramo de Direito de carácter tradicional em um novo Direito supranacional aplicável a todos os Estados, ignorando todas as barreiras limitativas, quer seja para proteger os seus interesses económicos, quer seja para o bem de todos os Estados-membros. O desafio é real e não prescinde de correções conceptuais, que, aquando da implementação deste modelo inovador para a Europa, não cuidou de prevenir os problemas que se desenvolveram por via do crime económico, como a corrupção ou o peculato, que são de difícil atuação por parte do Direito ⁽²⁷⁾.

Em termos práticos KLAUS TIEDEMANN ⁽²⁸⁾ entende que este Direito só pode vigorar se tiver por base um de dois princípios: ou se aplica um conjunto comum de princípios penais base, e, excecionalmente, permite-se a aplicação de Direitos Penais nacionais em matérias marginais de princípios fundamentais, ou, por princípio de simplificação da construção de “regras básicas” que se traduz em melhorias das culturas de cada Estado-membro ⁽²⁹⁾.

Entende a doutrina ⁽³⁰⁾ que apenas deve ser utilizado o Direito Penal europeu nas seguintes circunstâncias cumulativas: quando o bem jurídico em causa, de natureza europeia careça de uma proteção coletiva dos Estados-membros, dada a importância que tem para a UE

⁽²⁶⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p. 715, o Direito Penal Económico é já um Direito em evolução e em constante mutação.

⁽²⁷⁾ De facto, ainda que um conjunto vasto de ilícitos tenham sido estipulados no Tratado de Lisboa, tal tipificação dá a entender que estamos em face de uma solução legitimadora dos atos normativos por convenção dos Estados-membros *a posteriori*.

⁽²⁸⁾ *Apud* MÁRIO FERREIRA MONTE «O Direito Penal europeu de Roma a Lisboa: subsídios para a sua legitimação», Lisboa: Quid Iuris, 2009, pp. 68 e 69.

⁽²⁹⁾ Esta posição é entendida hoje como uma forma de harmonização do ordenamento jurídico-penal, como forma de não obrigar os Estados-membros à implementação de um Direito Penal europeu inteiramente novo.

⁽³⁰⁾ Entre outros, ANA RITA GIL, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano IX, n.º 17, 2009, p. 189, e, VÂNIA COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional - O quadro “pós-Lisboa” – por mares nunca antes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010, p. 783, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B2509c605-5053-470f-bd36-1686158ac0e8%7D.pdf>.

(³¹), respeite o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e o princípio da subsidiariedade europeia. Urge, por isso, discutir nos dias de hoje a criminalização do Direito Penal europeu, que ficou por desvendar na tela do projeto europeu.

Secção I - A evolução ao longo dos Tratados

Foram várias as fases embrionárias que culminaram neste projeto, que ocorreram paralelamente com a formação da UE, desde do tratado de Maastricht (³²), no âmbito da cooperação intergovernamental e da cooperação judiciária em matéria Penal, ao Tratado de Amesterdão (1999) e a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça (³³) que culmina na Conferência de Tampere (1999).

Para este subcapítulo, é necessário verificar as razões de natureza histórica que motivaram esta necessidade de intervenção legislativa, no caso da iminência de fenómenos criminais neste espaço transfronteiriço. Decorria o ano de 1981 e, em plena vigência do pilar comunitário respetivo, o TJCE assumia a seguinte posição no acórdão datado de 11 de novembro de 1981 (processo *Casati*, n.º 203/80): *em princípio, a legislação penal bem como as regras de processo penal, são áreas pelas quais os Estados-Membros ainda são responsáveis* (³⁴), lembrando que estas atribuições são da responsabilidade dos Estados-Membros, como uma característica soberana. Em fevereiro de 1986, com a aplicação do Acto Único Europeu, visou-se a criação de meios transfronteiriços que assegurassem a proteção do Direito Penal europeu, através de uma cooperação judiciária em matéria criminal. Tal culminou, num acordo que garantia a abolição de fronteiras e controlo de pessoas, para dar lugar a livre circulação de pessoas e bens, designado por *Acordo Schengen*, aplicado a partir de junho de 1990 (³⁵).

(³¹) Quanto à capacidade do Estado-membro de introduzir determinado normativo no ordenamento interno, é necessário adequar a sanção, respeitando a proporcionalidade e a necessidade da mesma.

(³²) Que cedo contemplou a cidadania europeia a cidadania nacional, acrescentando e não como substituição da nacionalidade da cidadania, conforme o artigo 20.º, n.º 1 do TFUE (ex-artigo 17.º, n.º 1 do TCE).

(³³) Esta ideia europeia dividida entre o “método comunitário” e o “método intergovernamental” com estatutos excecionais. Com o Tratado de Lisboa a divisão metodológica uniu-se mantendo-se, apenas, estatutos excecionais para esse projeto.

(³⁴) MIGUEL SOUSA FERRO «Acórdão C-176/03 do TJCE: A comunitarização das Competências penais?», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 107, 2006, p. 192.

(³⁵) O Acervo de Schengen posteriormente estaria enquadrado na UE através do Tratado de Amesterdão. Sobre o tema, vide- JOANA AMARAL RODRIGUES «Um Ministério Público europeu: algures entre o optimismo e a resistência? Da protecção dos interesses financeiros comunitários às possibilidades de desenho do novo órgão», Almedina, 2012, p. 19.

O Tratado de Maastricht, assinado em fevereiro de 1992, com a entrada em vigor no mês de novembro do seguinte ano, teve como objetos, (...) (i) *proteger eficazmente os interesses financeiros da CE contra a fraude e (ii) evitar a distorção da concorrência causada pelas disparidades entre os sistemas penais dos Estados-membros.* (...) ⁽³⁶⁾, a que se soma o desenvolvimento da cooperação interestadual no domínio da justiça, estando para o efeito fundamentada em três pilares ⁽³⁷⁾.

O segundo e terceiro pilares, pelas políticas que tutelavam, obedeciam a uma cooperação de tipo intergovernamental (...) *que recorria a instituições comuns e se encontrava dotada de certos elementos supranacionais,* (...) ⁽³⁸⁾, para consolidar os pacotes de medidas que antecederam a aplicação do Direito Penal europeu, ainda que com algumas indefinições. Existem, para o efeito, dois tipos de incidência, a negativa, a qual consiste em determinada norma ter natureza de Direito Europeu, e a positiva, segundo a qual existe um processo de assimilação.

O Título VI – Disposições relativas à cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos – derivado do então 3.º pilar do Tratado de Maastricht, destinava-se a regular um espaço sem fronteiras. Exemplo de tal intenção encontrava-se estipulado no artigo K.1, referindo uma integração jurídica positiva, que definia as matérias que deveriam ser do interesse dos Estados-membros. Daqui resulta o princípio da assimilação ⁽³⁹⁾ entre o Direito da UE e o Direito Penal dos Estados-Membros. A cooperação intergovernamental entre os envolvidos impulsionou a política penal para os crimes transnacionais.

Atualmente, a UE perante a falta de eficácia de tal medida, modificou o referido inciso. No artigo 67.º do TFUE, no Tratado de Lisboa, a dimensão dos pilares Europeus foi harmonizada para uma “comunitarização”, resultando na imposição da UE para a aproximação das legislações penais ⁽⁴⁰⁾, por forma a contribuir para a existência de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias podendo inclusive aproximar as legislações penais conforme determina o

⁽³⁶⁾ PEDRO CAEIRO «Perspetivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, n.º 2, abril/junho, 1996, p. 203.

⁽³⁷⁾ O primeiro pilar constituído pelas Comunidades Europeias (CEE, CECA e CEEA); o segundo pilar pela PESC; o terceiro pilar pela Cooperação no Domínio da JAI.

⁽³⁸⁾ PARLAMENTO EUROPEU, *Os Tratados de Maastricht e de Amesterdão*, 2017, p. 1 disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.1.3.pdf, consultado em 18 de novembro de 2016.

⁽³⁹⁾ Este princípio implica o dever dos Estados-membros em harmonizar as infrações penais do direito interno, com a tutela dos interesses financeiros da UE. No entanto, a cedência dessa autonomia não foi feita na totalidade pelos Estados-membros, não se tendo obtido o impulso necessário para o desenvolvimento efetivo da cooperação de JAI.

⁽⁴⁰⁾ Esta medida de harmonização não é uma competência histórica do projeto do espaço de liberdade, segurança e justiça.

n.º 3 do referido artigo como meio de cumprir o agora objetivo do Espaço de Liberdade, de Segurança e Justiça ⁽⁴¹⁾.

Tal inscrição no Tratado para a aproximação das legislações penais através da cooperação entre os Estados-membros funcionou como um meio para atingir a harmonização da legislação criminal na UE - através da adaptação/alargamento de uma norma penal já existente nos ordenamentos internos, de modo a diminuir as discrepâncias entre as legislações penais dos Estados-membros, criando os Estados-membros uma nova norma penal ou prevendo certos comportamentos. Sendo certo, todavia, que, nas várias competências normativas da UE, em nenhum dos casos, se encontra formulada a legitimidade exigida nas Constituições dos Estados-membros soberanos para legislar em matéria penal nos termos do artigo F (atualmente artigo 6.º do TUE) do Tratado de Maastricht ⁽⁴²⁾.

O Tratado de Amesterdão, datado de 20 de outubro de 1996, reforça os conceitos de política intergovernamental, com uma integração supraestadual ou interestadual. Com a criação e desenvolvimento do “Espaço Europeu de Liberdade, Justiça e Segurança”, renovou-se uma genuína preocupação com o Direito Penal na Europa, com o fito da defesa de valores comuns associada ao fim das fronteiras internas.

A fonte de Direito Europeu mais utilizada era a decisão-quadro ⁽⁴³⁾, transformando-se num ato jurídico obrigatório, incluindo os seus elementos, mas, apenas para determinados destinatários como demonstra o § 4, do artigo 288.º, do TFUE. O uso das decisões-quadro foi um ato com o objetivo de aproximar as legislações penais e, conseqüentemente, atingir a harmonização do Direito Criminal material, nos termos da alínea c), do n.º 2, do artigo 34.º, do TUE ⁽⁴⁴⁾. Este ato europeu tem características vinculativas e indiretas ⁽⁴⁵⁾ para os Estados-membros

⁽⁴¹⁾ Já conjugando os direitos fundamentais dos Estados-membros com as suas tradições jurídicas.

⁽⁴²⁾ Em resumo, partia-se do princípio que (certas) questões relativas à JAI eram de interesse comum, o que permitia aos Estados-Membros a cooperação em relação a elas, mas não a sua comunitarização. Até ao momento a única intervenção da União Europeia estava limitada em termos práticos, a consensos com os Estados-membros, sem efeitos vinculativos e obrigatórios, através da recomendação para a adoção de convenções, sendo esta uma atuação de pouca eficácia sem resultados concretos.

⁽⁴³⁾ Que esteve na base de alguns dos processos mais importantes do Direito Penal europeu, entre os quais o processo de *Maria Pupino*, que será analisado mais adiante.

⁽⁴⁴⁾ Atualmente revogado no Tratado de Lisboa.

⁽⁴⁵⁾ Permitia-se a adoção de normas de direito interno para a produção dos efeitos das Decisões-quadro. Este ato europeu criava regras mínimas para as incriminações tornando-se o embrião de normas incriminadoras no direito interno. No presente as decisões-quadros que visavam este tipo de harmonização foram substituídas por Diretivas conforme indica com o mesmo objetivo de harmonizar o artigo 83.º do TFUE. Diferentemente do que enunciava por exemplo o Projeto da Constituição Europeia através do n.º 1 do artigo III-271.º, as decisões-quadro foram substituídas por Diretivas que estabelecem nesta forma regras mínimas para a definição das infrações penais.

que, na prática, permite que se verifiquem os resultados que a UE tinha como objetivo para um espaço homogéneo.

Estes atos eram uma ponte entre as decisões-quadro e as matérias que se pretendiam regulamentar ⁽⁴⁶⁾. Assim, neste Tratado ficou determinado a noção de “Espaço” do artigo 29.º do “novo” TUE, que podemos interpretar como sendo uma figura da confiança no domínio dos Estados-membros, uma unificação em termos de Direito que incidiria sobre os cidadãos dos Estados-membros.

Considerava-se que esta era a forma ideal de regular os fluxos dos cidadãos europeus entre Estados, sujeitando os mesmos a conceitos e normas penais comuns que permitem assegurar justamente a liberdade, a segurança e a justiça. Mas, a partir da conceptualização deste ideal, suscitaram-se novos problemas, relativamente à compatibilidade necessária entre soberania do Estado-membro na condição de membro da UE ⁽⁴⁷⁾ e a não-atribuição de competências penais à UE, o que não permitiria neste âmbito, a harmonização de um conjunto de normas penais comuns.

Tal entrave atrasava a intervenção europeia no combate à criminalidade transnacional que pudesse lesar os interesses económicos europeus. Apesar desta visão restringir o desejo de implantação deste Direito, entende CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA que, *a partir do momento em que o crime não se contém dentro dos limites da soberania, esta passa a ser um entrave: impõe-se actuações congadas num espaço que se tornou comum* ⁽⁴⁸⁾. Daqui se infere que a soberania de cada um dos Estados passa a ser um argumento de impunidade dos infratores, sendo obrigatória uma partilha de competências das soberanias dos Estados para que tal impunidade não ocorra.

Das alterações ao Título VI do Tratado de Maastricht, ressalta que este passa a designar-se por *Disposições relativas à cooperação policial e Judiciária em matéria penal*, o que institucionaliza, pela primeira vez a *cooperação no domínio da justiça e assuntos internos*; englobando ao abrigo dos interesses comunitários todos os domínios relativos à livre circulação de pessoas, em que se abrange a cooperação judiciária e policial; reorganizou-se a repartição de

⁽⁴⁶⁾ Aliás no anterior Tratado de Maastricht, quanto ao quadro de políticas de interesse comum dos Estados-Membros do artigo K.1 do TUE, a UE entendeu não serem suficientemente abrangentes, para acompanhar o aumento vanguardista de políticas-comuns a serem implementadas pelos Estado-membros.

⁽⁴⁷⁾ Não se trata aqui de um argumento do foro jurídico, mas, sim de um conceito meramente político de natureza não-jurídica, apesar de poder ter um enquadramento nas duas áreas científicas.

⁽⁴⁸⁾ *Apud* ANA RITA GIL, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», p. 158, nota n.º 4.

matérias, pela forma e com o sentido dos “pilares” do Tratado da UE, *atenuando o rigor da oposição entre elas*, e começaram a fazer-se as primeiras referências vagas à criminalidade organizada e a um conjunto não taxativo de matérias do âmbito da cooperação ⁽⁴⁹⁾.

As modificações no Tratado em apreço, resultaram na sincronização progressiva entre o espaço jurídico-judiciário e o espaço do mercado criado ao abrigo do “Espaço Schengen” e ao desenvolvimento do dispositivo judiciário penal para combater a criminalidade dentro de um espaço sem fronteiras ⁽⁵⁰⁾.

Secção 2 - Conselho de Tampere

Para limar algumas imperfeições do Tratado de Amesterdão, organizou-se o Conselho de Tampere, o qual decorreu de 15 a 16 de outubro de 1999, para que as resoluções de carácter programático fossem aplicadas até ao ano de 2004.

No total deste acordo de 62 conclusões, apelou-se a um conjunto de princípios basilares em que os Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros da UE e o Presidente da Comissão Europeia tiveram como objetivo principal o desenvolvimento da construção do espaço de liberdade, segurança e justiça. No acordo final do Conselho ficaram determinados compromissos para a criação de um espaço penal comum, entre os quais se destaca a harmonização do Direito substantivo dos Estados-membros. Apesar de poder colocar em causa o princípio da competência das atribuições, esta forma de articulação e de união para um Direito Penal europeu, foi uma técnica do Tratado de Amesterdão, através da qual a UE emanava normas de matéria penal, sancionando, comportamentos ilícitos por via do Direito interno dos Estados-membros.

Do ponto C, quanto à *Luta Contra a Criminalidade a Nível da União*, focam-se para este projeto legal as conclusões n.ºs 40 e 41, que exigem uma regulamentação preventiva dos crimes que lesem interesses financeiros da União. Apelou-se, por isso, a que o Conselho Europeu desenvolvesse na matéria da criminalidade organizada e transnacional, (...) *a nível da*

⁽⁴⁹⁾ Que, teve de se ampliar ao incluir no que tange ao catálogo das infrações.

⁽⁵⁰⁾ Este Espaço tinha um problema de segurança interna para os Estados-membros, porquanto facilitava a deslocação dos crimes transnacionais entre os Estados-membros. Perante este problema, foram adotados pacotes de medidas com vista a condicionar a deslocação dos crimes, algumas das medidas eram as seguintes: o reforço dos controlos das fronteiras externas; harmonização de algumas matérias dos ordenamentos dos Estados-membros; e a cooperação em matéria penal.

União um conjunto equilibrado de medidas contra a criminalidade, protegendo simultaneamente a liberdade e os direitos legais dos indivíduos e dos operadores económicos. ⁽⁵¹⁾, de forma a sustentar um nível de integração económica-política dos Estados-membros. Assim, dizia-se (...) *haverá que prever e identificar prioridades comuns nesta matéria a nível das políticas interna e externa da União, que deverão ser tidas em conta na preparação de nova legislação* ⁽⁵²⁾. No ponto n.º 41 das conclusões do Conselho de Tampere assinalavam-se as matérias que fossem comuns aos Estados-membros e sobre estas atendendo aos objetivos da UE, os Estados, a nível interno, deviam proceder à criação ou modificação das matérias do ponto n.º 40 das conclusões do Conselho de Tampere, segundo os interesses da UE.

Em conclusão, o ponto n.º 48 assumia que o método mais adequado passava por selecionar matérias que adviessem do combate à criminalidade organizada, como por exemplo da criminalidade financeira (corrupção), para descrever as definições, incriminações e para a atribuição de sanções comuns. Ora, a estrutura das conclusões retiradas deste Conselho devia refletir as compatibilidades entre as prioridades dos domínios do TUE e não as suas limitações.

Secção 3 - Princípios do Direito Penal europeu vs. Princípios do *Corpus Iuris 2000*

Antes da análise deste corpo legal deve-se aferir a compatibilidade do *Corpus Iuris 2000* com os princípios basilares do Direito Penal europeu. Resulta das considerações de ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA ⁽⁵³⁾, a existência de quatro princípios a que o legislador europeu deve atender no processo legislativo, devido aos textos constitucionais que legitimam o Estado de Direito dos diferentes Estados-membros. Estes princípios são o limite negativo a que o legislador deve atender.

Os autores do *Corpus Iuris 2000* separaram os princípios tradicionais (princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da medida da pena e princípio da garantia judicial) dos “novos” princípios, o que indicia uma abordagem diversa ao Direito Penal europeu já na criação deste Código, havendo uma tentativa de conciliação entre os princípios até aqui consagrados e os novos que sustentam as normas do *Corpus Iuris 2000*.

⁽⁵¹⁾ Conclusão n.º 40 do Conselho de Tampere.

⁽⁵²⁾ PARLAMENTO EUROPEU, Ponto n.º 41 das conclusões do Conselho de Tampere, disponível em http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm, acessado no dia 16 de dezembro de 2016.

⁽⁵³⁾ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Alguns princípios para um Direito e Processo Penais europeus», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, n.º 2, abril/junho, 1994, pp. 199 e ss.

Subsecção a. Princípio da legalidade

O ordenamento jurídico português insere o princípio em causa no n.º 1, do artigo 29.º da CRP, em que segundo GOMES CANOTILHO considera que (...), *nos termos do artigo 8.º, as normas penais, internacionais e europeias, prevalecem sobre o direito interno, mas deve ter-se em consideração que a reserva da constituição dos princípios do Estado de direito democrático (art. 8º-4) exige reserva de lei (ou acto equivalente) quanto à definição e tipificação das condutas criminais.* (54).

Tal significa, que a definição e a tipificação da norma incriminatória, não é transposta diretamente do ordenamento jurídico internacional devendo a transposição da mesma ser sujeita à reserva de lei ou ato do mesmo valor. No Código Penal português, o artigo 1.º estabelece que determinado evento factual só é punível mediante previsão anterior na Lei penal daquele comportamento (subprincípio da não retroatividade da lei criminal). Como refere MIGUEZ GARCIA, *o chamado o princípio da legalidade tem por objeto todo o âmbito material da incriminação (os pressupostos positivos e negativos, gerais e especiais tipificados, incluindo os que suportam agravamento), bem como da punição (a definição e determinação das penas e de quaisquer outras sanções criminais) (...)* (55).

Daqui advêm duas questões: primeiro, quanto ao problema de o caso em concreto *ser da competência de um órgão diferente e autónomo da entidade legislativa* (56) e da problemática da admissibilidade de recurso da não retroatividade, bem como a agravamento da sanção. ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA considera que a posição europeia quanto à irretroatividade da lei penal está fundamentada nos termos do artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que proíbe o legislador europeu de criminalizar factos passados – *nullum crimen sine lege* – e de agravar as sanções de modo mais severo que os crimes anteriormente praticados – *nulla poena sine lege*.

Existe neste princípio um conflito entre os princípios da legalidade e da tipicidade, e, o sentido de justiça. O princípio da legalidade, por exemplo, caracteriza-se por prevenir os comportamentos gerais dos cidadãos e razão dos bens jurídicos, que se encontram previstos nas normas penais obrigando a atuação do Estado-membro ao respeito pelas normas criminais em

(54) J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA «Constituição da República Portuguesa Anotada», vol. I, 4.ª ed., pp. 494 e 495, nota IV.

(55) MIGUEZ GARCIA e J. M. CASTELO RIO, *Código Penal anotado – Parte Geral e Especial*, 2.ª ed., p. 27, nota 4.

(56) ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Alguns princípios para um Direito e Processo Penais europeus», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, n.º 2, abril/junho, 1994, p. 203.

vigor. Simultaneamente, subsistem duas vertentes, a vertente positiva que estabiliza as expectativas dos cidadãos através da previsão dos bens jurídicos que ascendem à categoria de valor a respeitar e a vertente negativa que intimida, mediante as sanções de carácter penal, as condutas ilícitas e que ultrapassam os limites dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, merecendo por isso uma tutela penal.

O princípio da legalidade ⁽⁵⁷⁾ estabelece que uma pessoa só pode ser sentenciada por um comportamento que esteja tipificado na lei pela sua ação ou omissão, caso contrário não é possível sancionar um comportamento que não esteja legalmente previsto no momento anterior à sua prática. A função a que o princípio se associa é a garantia fundamental, por forma particular, das relações de tensão entre direitos e liberdade e um qualquer poder sancionatório, dividindo um direito sancionatório europeu de um eventual Direito Penal europeu.

Este princípio está igualmente consagrado no *Corpus Iuris 2000*, com algumas nuances. No que respeita a este último, só serão elegíveis os delitos cujo comportamento ilícito corresponda aos definidos nos artigos 1.º a 8.º em matéria do Direito substantivo. Similarmente ao que vem sendo aplicável no nosso Código Penal, também está prevista a proibição da analogia ⁽⁵⁸⁾ dos artigos 1.º a 8.º cabe, assim, uma das regras que os autores entendiam comportar neste projeto penal comum a definição de infrações.

Subsecção b. Princípio da necessidade social

A importância deste princípio reside na escolha das ofensas sobre as quais este ramo de direito deve incidir. A criminalização de determinada conduta deve obedecer a dois critérios: o axiológico e o pragmático ou da necessidade.

O primeiro critério, invoca a “dignidade penal” dos valores fundamentais criminalmente tutelados, isto é, necessita que o comportamento seja reprovável pela sociedade.

⁽⁵⁷⁾ O princípio enunciado, não trata apenas da formalidade da lei; é também atingir a concreta solução mais justa no caso concreto

⁽⁵⁸⁾ A proibição da analogia, seria um possível remédio para as lacunas do *Corpus Iuris 2000*, no entanto, esta solução não seria segura porque poderia levar a uma intervenção excessiva e discricionária o que progressivamente criaria alguma insegurança e desorientação quanto às normas que viessem colmatar a lacuna e quais as condutas puníveis e não puníveis porque não resultavam da lei no momento da prática.

Quanto ao segundo critério, exige-se que seja unicamente exclusiva a salvaguarda do Direito Penal enquanto *ultima ratio* ⁽⁵⁹⁾ e não do âmbito de outros ramos jurídicos. Tais fundamentos encontram-se subjetivamente mencionados nas situações previstas dos artigos 8.º, n.º 2, do artigo 9.º, n.º 2, do artigo 10.º, n.º 2, do artigo 11.º, n.º 2, e artigo 17.º, da CEDH ⁽⁶⁰⁾. Atualmente, o princípio limita a atuação do legislador no âmbito da incriminação respeitando princípios constitucionais dos Estados-membros, evitando uma perda dos progressos nos Estados-membros a nível do Direito Penal europeu.

Subsecção c. Princípio da culpabilidade e da proporcionalidade das medidas de segurança

Estes princípios auxiliam a determinação das sanções através da dignidade humana. Refere ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA o seguinte (...) *ao nível da solução dos casos concretos, em hipótese alguma a pena poderá ultrapassar a medida de uma proporcionalidade com a culpa do agente – nada obstante, porém, a que fique a quem desse parâmetro, sempre que uma sanção menos grave satisfaça as exigências de prevenção geral e especial.* (...) ⁽⁶¹⁾, ou seja, a concretização de uma pena deverá ser atendida na medida da conduta que o agente assumiu, obedecendo na medida do possível à prevenção geral e especial.

Antagonicamente, o princípio da proporcionalidade, mencionado no Protocolo n.º 2 do Tratado de Lisboa relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, das medidas de segurança funciona como uma barreira abstrata da medida da sanção na proporção da gravidade e aos efeitos dos factos praticados pelo agente ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ Este estatuto aplica-se quando os outros meios de proteção não cumpram a função de garantir determinados bens jurídicos. Mesmo o Direito Penal apenas protege parcialmente os bens jurídicos ou então apenas contra alguns ataques resultando numa tutela fragmentária do Direito Penal.

⁽⁶⁰⁾ No entanto, considera ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA que (...) *Apesar da imprecisão terminológica, outro não é, de resto, o sentido atribuído aos conceitos de «necessidade» e de «proporcionalidade» que, no entendimento do Tribunal de Estrasburgo, derivam dos artigos 5., 6. e 8. e ss. da referida Convenção e delimitam a esfera de intervenção do Direito Penal.* (...) - ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Alguns princípios para um Direito e Processo Penais europeus», p. 208. Depreende-se deste excerto que o legislador secundarizou a importância de se encontrar expressa das limitações das necessidades dos Direitos de liberdade e garantias, restringindo os valores que realmente carecem dessa proteção.

⁽⁶¹⁾ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Alguns princípios para um Direito e Processo Penais europeus», p. 207.

⁽⁶²⁾ Mais restritivamente, o princípio da culpabilidade no Corpus Iuris 2000 determina a conduta do agente, ou seja, a dimensão da responsabilidade deste inclua o auxílio material do instigador ao cúmplice, em função da medida da responsabilidade de cada para a preparação do crime.

Sobre o princípio da proporcionalidade, prevê o projeto em estudo que, no grupo dos delitos dos artigos 1.º a 8.º, a medida da pena abstrata ⁽⁶³⁾ seja proporcional à gravidade do delito executado pelo agente e aos prejuízos resultantes dos danos causados, equacionando para a determinação da medida da pena à culpa com as condições sociais do agente. Aqui subentende-se que o autor define o princípio da medida da pena.

No conjunto da distribuição destes três princípios, a estrutura aplicada pelos autores do *Corpus Iuris 2000* foi realizada por forma a sustentar um grupo específico de normas substantivas, sobre os quais resultam limitações na sua aplicabilidade e utilização.

Subsecção d. Princípio da solidariedade

Quanto ao princípio da solidariedade ou da socialidade, este reflete-se nas medidas que o Estado aplica e refletem na justiça penal em concreto. Dentro dos limites que os princípios impuseram, analisa-se se conseguiu com a aplicação do Direito Penal o resultado de reintegrar o agente que adotou a conduta ilícita na sociedade. Este objetivo não pode extravasar os limites desta finalidade, ou seja, a de evitar a reincidência do sujeito que cometeu o ilícito e sobre o qual recaiu a condenação pela justiça do Estado por determinada conduta. Para tal, existem escolhas que naturalmente são restritas ao delincente, como o consentimento do próprio para que cumpra determinada medida preventiva, restando somente os valores intrínsecos à dignidade humana e ao respeito pelos seus direitos.

Subsecção e. Princípio da subsidiariedade

Por fim, o princípio europeu, que geralmente surge como integrador na UE, no campo do Direito Penal europeu, foi positivado pelo Tratado de Maastricht e consagrado no n.º 3, do artigo 5.º, do TUE (ex-artigo 5.º, no § 2, do TCE), igualmente mencionado no artigo 5.º do Protocolo n.º 2 do Tratado de Lisboa relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, e que se pretendia que correspondesse às ambições da UE, como sendo um princípio constitucional numa possível Constituição Europeia, por forma a preservar e garantir

⁽⁶³⁾ *Princípio de proporcionalidad: Las penas impuestas como consecuencia de la realización de las conductas previstas (...)*, a terminologia utilizada pelos autores parece antever como uma aplicação de um castigo ao infrator, não deixando transparecer o fim preventivo do Direito Penal com a aplicação da medida da pena.

uma ampla margem de soberania penal dos Estados-Membros ⁽⁶⁴⁾. Tal princípio visa preservar a identidade dos Estados-membros e estimular a formulação de soluções jurídicas entre os ordenamentos penais dos Estados-membros limitando a intervenção da UE neste caso a situações relacionadas com os seus objetivos, não podendo estes ser alcançados a nível local, central e regional pelos Estados-membros.

Aliás a abordagem a este princípio, começou por ser discutida no atual artigo 40.º (ex-artigo 29.º) do TUE, sendo que, em domínios em que não sejam de atribuição exclusiva da UE, são um limite a atuação da organização ⁽⁶⁵⁾ em causa no exercício das suas competências ⁽⁶⁶⁾. Este resultado apenas é atingindo no sentido de uma integração comunitária ⁽⁶⁷⁾. A intervenção da UE está limitada quando os objetivos previstos nos atos, não sejam realizados internamente por Estados-membros, sem se verificar os critérios da necessidade e dos valores em perigo, atendendo à condição de *ultima ratio* do Direito Penal.

Quanto ao primeiro, seja por incapacidade, seja por falta de vontade do Estado-membro para estipular a incriminação do comportamento ilícito, confina-se a atuação da UE aos seus limites. O segundo critério, perante a insuficiente atuação do Estado-membro, visa justificar uma intervenção da UE no Direito Penal do Estado-membro.

Em síntese, a UE não tem competência para adotar em pleno um projeto de Direito Penal europeu, no entanto, excecionam-se as situações que justifiquem a necessidade de garantir a efetividade do Direito Europeu, contudo limitado pela necessidade estrita deste fim conforme se interpreta do artigo 325.º, n.º 4, conjugado com o artigo 83.º, n.º 1, ambos do TFUE ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁴⁾ Tais características, limitam a criação de tipos penais de índole europeia, desde que o Direito Penal interno de cada Estado-membro assegure de forma eficaz a tutela da proteção de determinado bem jurídico.

⁽⁶⁵⁾ Este princípio negava à UE a aplicação direta dos seus normativos de Direito da UE no Direito Penal dos Estados-membros. Através da dimensão securitária da cooperação em matéria penal, a UE pode em conformidade com os direitos fundamentais atuar nesse âmbito.

⁽⁶⁶⁾ Os Estados-membros somente poderiam permitir esta aplicação aceitando os exatos termos que o Direito da UE visava estabelecer

⁽⁶⁷⁾ Neste caso em concreto, a intenção do Conselho da UE não foi a de harmonizar e unificar o Direito Penal, mas antes criar novas normas no Direito interno de cada Estado-membro.

⁽⁶⁸⁾ Esta exceção prevista no Tratado de Lisboa não contempla limites a esta intervenção do Direito Europeu que tem contornos de imperatividade face à soberania dos Estados-membros e que se encontra à partida reservada em exclusividade aos órgãos legislativos dos Estados. O artigo 83.º do TFUE não assegura o princípio da aplicabilidade direta das diretivas, como o anterior artigo 31.º, n.º 1, alínea e), do TUE, permitindo apenas a competência penal da UE “por anexação”, mencionando os interesses da UE, conforme o § 2 do referido artigo, bem como o Conselho pode adotar este ato para outros tipos de criminalidade desde que cumpra os requisitos da gravidade e da transnacionalidade, que merecem ser protegidos pelo Direito Penal, por forma a criar uma harmonização material. Outra modalidade legal, insere-se na aproximação de legislação penal no espaço europeu em casos cujos comportamentos penais visem políticas europeias em caso de a sua ação ser incompleta. A existência da salvaguarda do § 3 do n.º 1 conjugado com o n.º 2 do artigo 83.º do TFUE (cláusula da acessoriedade aberta autonomiza a competência harmonizadora penal da UE) merece uma atenção maior que comparativamente às alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 31.º, do TUE. O espírito do legislador europeu no Tratado de Lisboa foi o de alargar o grupo de

Tal exceção ⁽⁶⁹⁾ é, todavia, limitada pelo n.º 3 do artigo 83.º do TFUE, que impõe à UE a não aplicação das Diretivas em matéria penal, caso o conteúdo material da normativa seja contrário ao sistema de justiça penal previsto nas normas constitucionais do Estado-membro.

Subsecção f. Os princípios “novos”

Devido aos desafios que a UE enfrentava, aparentemente houve a intenção por parte dos autores deste projeto de renovar a abordagem que o Direito Penal europeu estipulava para ultrapassar a criminalidade transfronteiriça. Desta forma, implementaram-se os “novos princípios” da territorialidade europeia e do contraditório ⁽⁷⁰⁾.

O princípio da territorialidade europeia visava a aplicação espacial dos artigos 1.º a 8.º do *Corpus Iuris 2000*. Assim, por forma a superar os obstáculos criados pelas soberanias dos Estados-membros, determinava-se que o espaço conjunto dos Estados-membros da UE fosse, parte de um espaço único denominado “espaço judicial europeu”. Esta definição tinha a função de atenuar as limitações da aplicação da lei no espaço de cada Estado-membro. Ora, um delito praticado num determinado Estado-membro não seria impune por o Estado-membro de destino prever uma lei mais favorável ao agente. Assim, a possível vantagem do *Corpus Iuris 2000* seria a autonomia no combate ao crime transnacional, principalmente em matéria de tutela penal de interesses financeiros, face à sua área de jurisdição ser aumentada ⁽⁷¹⁾.

normas penais contra a criminalidade que não estivessem inseridas no parágrafo que antecede. ANA RITA GIL entende que tal disposição “comporta o risco de um recurso desordenado ao Direito Penal” («Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», pp. 160 e 173), apesar de não ter sido criado e consequentemente inserido num capítulo autónomo do Tratado de Lisboa para a aproximação das legislações penais em lugar de estar situado como esta no capítulo 4 “Cooperação Judiciária em Matéria Penal”.

⁽⁶⁹⁾ A solução visa o equilíbrio dentro do processo legislativo ordinário do penal em comunhão com a harmonização do Direito Penal nos vários domínios.

⁽⁷⁰⁾ Este princípio não será analisado por extravasar o âmbito da presente dissertação.

⁽⁷¹⁾ Tratar-se-ia da primeira materialização da ideia de um espaço de liberdade de segurança e justiça que se previu no Tratado de Amesterdão.

Capítulo II – Breve esboço da História do *Corpus Iuris 2000*: seus objetivos e natureza jurídica

Após uma análise às necessidades da competência da UE para legislar no ramo do Direito Penal ao longo dos Tratados, no presente capítulo explicar-se-ão, os motivos, a criação e o desenvolvimento da estrutura do *Corpus Iuris 2000*.

Em primeiro lugar, deve-se analisar os métodos introdutórios do Direito Penal europeu no Direito Penal interno dos Estados-membros, obedecendo a critérios que se prendem com o campo de aplicação, ainda que de forma explícita ou implícita, respeitando sempre o núcleo do princípio da assimilação. Tal princípio advoga que as normas de Direito interno de um Estado devem imperiosamente acautelar os bens jurídicos que a entidade governativa tem por função aplicar, ampliando, o conjunto desses bens a uma dimensão europeia.

No segundo ponto, debate-se um modelo de política criminal que, fundado nos princípios da tradição europeia e do Estado de Direito, se dividem em duas linhas de legitimação: (...) *a legitimação democrática da legalidade jurídico-penal (...), e a proporcionalidade entre a restrição e a protecção de direito, liberdade e garantias, ou, (...), entre o que se protege e o que se restringe para assegurar essa protecção (...)*. Isto é, a base do modelo de política criminal do *Corpus Iuris 2000* não deve basear-se no processo legislativo ⁽⁷²⁾, que o tornaria legítimo pela sua aprovação pelo Parlamento Europeu, mas deve assentar num modelo de equilíbrio entre a restrição de valores europeus e o poder punitivo. As políticas criminais atuais, selecionadas para serem alvo de harmonização, são definidas quando são afetadas por uma crise atual numa determinada matéria, por um certo *estado de coisas*. Em determinados momentos em que existe um acontecimento mediatizado, o Conselho utiliza o Direito Penal para dar atenção a essa matéria ⁽⁷³⁾.

Secção I - História

A tentativa de implementação de medidas legislativas desenvolveu-se em torno de uma organização política com recursos económicos denominada Comunidade Económica Europeia

⁽⁷²⁾ Que funda o Projeto da Constituição Europeia.

⁽⁷³⁾ Uma atuação antagónica, com o Direito Penal interno dos Estados-membros cuja sua aplicação a determinados factos e comportamentos já existe com um fundamento histórico da existência dessa necessidade.

(CEE), com a concordância dos Estados-membros. Para chegar ao *Corpus Iuris 2000*, houve uma aproximação faseada até à fase da unificação.

Tal foi dividido em duas soluções: a primária ou primitiva e a implementação dos Tratados. A primeira, por meio do Direito Comunitário, que regulamentava a harmonização dos ordenamentos jurídicos. A segunda, resultava da atribuição de competências dos Estados-membros através dos Tratados.

Ora, a solução primitiva ⁽⁷⁴⁾ caracterizou-se em três momentos: remissão, assimilação e harmonização. A remissão foi o primeiro mecanismo legal utilizado e pelo qual os Estados-membros deviam remeter as políticas criminais do Direito Penal para as Diretivas do Direito Comunitário. Além de um processo de institucionalização do Direito Penal, caracterizava-se também por uma forte interferência do Direito Comunitário, que absorvia as necessidades do Direito nacional e aplicava os seus princípios. No entanto, o mecanismo apresentava, em muitos casos, uma utilização diferente do seu objetivo. Os legisladores dos Estados-membros integravam conceitos do Direito Penal através da remissão para normas comunitárias ⁽⁷⁵⁾. Em segundo lugar, este mecanismo conflituava com o princípio da legalidade dos Estados-membros.

A assimilação, uma técnica criada pelo TJCE, determinava que a tutela nacional admitia também a proteção de bens supranacionais, havendo na mesma norma penal, de jeito simultâneo, uma proteção dos bens jurídicos nacionais e, europeus, por imposição de Decisão-quadro por via do ex-artigos 10.º, e n.º 2, do 280.º, do TCE (atualmente previsto no 325.º do TFUE), decorrente do antigo princípio da lealdade ou princípio da cooperação leal ⁽⁷⁶⁾, previsto no n.º 3, do artigo 4.º, do TUE. A norma europeia não vem ampliar o sentido do legislador europeu, antes sim, ao abrigo das competências dos Tratados europeus, vem traçar a atuação dos Estados nos seus sistemas jurídicos, para a introdução e proteção dos bens jurídicos europeus ⁽⁷⁷⁾.

O n.º 4, do artigo 280.º do TCE, destinava ao Conselho a criação de medidas que protegessem os interesses financeiros da Comunidade Europeia, a aplicação do Direito Penal dos Estados-membros, destinando aos segundos a forma de aplicação dessas medidas. Os Estados-

⁽⁷⁴⁾ Sem estas alterações, seria impossível aos Estados-membros combaterem o crime, cuja sua extensão ultrapassa as fronteiras físicas da sua jurisdição e a complexidade do crime é elevada por se tratar de delitos muitas vezes organizados num espaço europeu livremente amplo.

⁽⁷⁵⁾ Uma técnica apelidada pela doutrina de “técnica das normas penais em branco” - MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do Direito Penal nacional à necessidade de um Direito Penal europeu», p. 719.

⁽⁷⁶⁾ Quando os interesses nacionais sejam idênticos aos europeus, não permitido que seja feita distinção entre os interesses, obrigando a uma assistência recíproca entre os Estados-membros e a UE.

⁽⁷⁷⁾ A corrupção (melhor explicitado mais adiante) é o exemplo regularmente dado para este princípio, uma vez que, a proteção deste crime ao longo de todos os acordos entre Estado-membros é extensível a todos os Estados-membros, independentemente da proteção do orçamento da UE.

membros estão interinamente melhor posicionados para analisar as questões da virtualidade, adequação e capacidade de uma reação repressiva e não a Comunidade Europeia para essa apreciação.

Em regra, estas normas não conferem uma competência penal real à UE, apesar de poder existir uma suposta competência da UE extensível à matéria penal, quando ocorra um facto lesivo dos interesses europeus, podendo, face ao bem jurídico da proteção dos interesses financeiros, sustentar-se numa lógica sistémica e teleológica ⁽⁷⁸⁾.

O último mecanismo estudado foi a harmonização. Trata-se de uma técnica desenvolvida no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça, a qual foi por diversos autores alvo de considerações, por falta de uma reflexão aturada sobre este instrumento.

Prosseguida pelo princípio da subsidiariedade visava aproximar os normativos dos ordenamentos jurídico-penais ⁽⁷⁹⁾ dos Estados-membros através dos artigos 29.º, § 3, conjugada com a alínea e), do n.º 1, do artigo 31.º, do TUE ⁽⁸⁰⁾, dada a dificuldade de conjugar os domínios que o artigo 31.º do TUE abrangia, o que originava incerteza e insegurança nos conceitos normativos.

Alguma doutrina ⁽⁸¹⁾ entende que este normativo, nomeadamente o conceito de criminalidade organizada, foi utilizado com o propósito de as decisões-quadro ao abrigo da alínea e), do n.º 1, do artigo 31.º, do TUE, se integrem numa harmonização para uma lógica federalista da UE em que se permitia a cooperação policial e judiciária em matéria penal, mas não a aproximação das legislações penais dos Estados-membros ⁽⁸²⁾.

O processo era executado pelos Estados-membros por via interpretativa das regras mínimas estabelecidas por decisão-quadro de alguns elementos, desenvolvendo definições criminais e quais as sanções aplicáveis a determinados domínios estabelecendo similitudes com os

⁽⁷⁸⁾ Esta técnica tem vindo a ser criticada, devido à variedade de soluções que cada ordenamento jurídico apresenta.

⁽⁷⁹⁾ A função de harmonizar as disposições penais dos Estados-membros, pretendia melhorar a cooperação judicial criminal, evitando a dupla incriminação.

⁽⁸⁰⁾ Quanto à cooperação judiciária em matéria penal, entende-se que este artigo foi atualizado no n.º 1 do artigo 82.º conjugado com o artigo 83.º do TFUE (ANA RITA GIL, «Da necessidade ...», p. 161), conforme já vinham a ser previstas nos artigos I-42.º, n.º 1, alínea a); III – 257.º, n.º 1; e III-270.º, todos da Constituição para a Europa.

⁽⁸¹⁾ NUNO PIÇARRA «O espaço de liberdade, segurança e justiça. Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de Ensino da Cadeira», in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano X, n.º 19, 2010, pp.325 e 326.

⁽⁸²⁾ O objetivo, mediante o acordo entre os Estados-membros, eram os interesses orçamentais da UE, através de um processo de transposição de Decisões-quadro, numa lógica de unificação atenuada.

sistemas normativos à volta do objetivo em comum, mas, no final, o bem jurídico tinha de estar assegurado ⁽⁸³⁾.

Esta técnica tem duas funções no Direito Penal europeu: as funções auxiliares, vocacionadas para ajudar as instituições criadas pela UE, e as funções autónomas. Uma destas funções visa contribuir na luta eficaz contra a criminalidade, assegurando condições de segurança e liberdade. Outra função autónoma passa pela manutenção de um espaço de segurança num espaço homogéneo orientada pela execução eficaz de uma política comunitária objeto de norma-ção secundária. Por fim, o que alguns autores como *Gilles de Kerchove aponta ainda aquilo que chama «função simbólica», (...)* ⁽⁸⁴⁾, visando proteger os valores que se constituem como valores da UE. Esta conceção é discordante na doutrina portuguesa. Para ANA RITA GIL a função de proteção dos valores essenciais, da UE assume-se como (...), *autênticos bens jurídicos dotados de dignidade penal.* ⁽⁸⁵⁾, utilizando um *ius puniendi* positivo para a concretização de uma política criminal europeia.

A utilização desta técnica tem algumas limitações, porque era permeável, a que cada Estado aplicasse o Direito da UE conforme o seu entendimento, perante o limite mínimo das regras penais, originando uma certa incompatibilidade normativa e que distorcia a forma das leis criminais, quanto à sua clareza e precisão, ocorrendo por vezes, desvio da matéria a que se destinavam, e resultando, conforme refere ANA RITA GIL, em (...) *uma harmonização «de superfície», não traduzindo uma verdadeira interiorização de valores básicos e essenciais.* ⁽⁸⁶⁾.

Foi por isso um embrião dos crimes contra a União ⁽⁸⁷⁾, exigindo-se que dos Estados-membros os respetivos Direitos Penais utilizassem a punição para essas novas normas até então inexistentes nos ordenamentos jurídicos-criminais. Em matéria da política penal europeia, esta técnica pode traduzir uma desmedida prática da penalidade, deformando o estatuto da *ultima ratio* do Direito Penal ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸³⁾ A principal diferença para a técnica da uniformização é que, aquando da introdução deste normativo no ordenamento jurídico este deve adaptar-se à normatividade pré-existente.

⁽⁸⁴⁾ ANA RITA GIL, «Da necessidade ...», p. 164.

⁽⁸⁵⁾ ANA RITA GIL, «Da necessidade ...», p. 165.

⁽⁸⁶⁾ ANA RITA GIL, «Da necessidade ...», p. 168.

⁽⁸⁷⁾ Que até àquele momento eram enumerados pelas alíneas do n.º 1, do artigo 31.º, do TCE, no qual os referidos crimes dotados de uma gravidade extrema e de carácter transnacional que afetavam a UE. Diferentemente de outros Estados federais, a aplicabilidade da Decisão-quadro era executada por órgãos do Estado-membro.

⁽⁸⁸⁾ Não atendendo a medidas necessárias de descriminalização de condutas resultando num sistema securitário.

Ultrapassando esta primeira fase, entrava-se na segunda fase designada por cooperação, a qual tinha dois objetivos: a aproximação dos ordenamentos jurídico-penais, e, a implementação de normas cuja a origem provinha do Direito da UE ⁽⁸⁹⁾. Porém, apesar da intensidade deste momento em atingir os objetivos, nem sempre tal foi bem-sucedido, uma vez que, na medida em que os Tratados permitiam uma certa margem de concretização, os Estados-membros, muitas vezes, por aplicação de princípios de Direito Penal, adotam outras posições, nem sempre compatíveis com a ideia original, o que origina discordâncias.

Por fim, a terceira fase a unificação, que culmina no *Corpus Iuris 2000*. Os resultados da investigação em torno do projeto em causa concluíram que para a implementação desta lei teriam de ultrapassar-se vários obstáculos aparentemente intransponíveis, o que implicava contornar a coesão entre as variadas regras substantivas e princípios basilares do Direito Penal que assegurassem a coerência entre sistemas judiciais dos Estados-membros, atribuindo esse objetivo ao *Corpus Iuris 2000*.

Secção II – Objetivos

Os objetivos da Comissão Europeia passavam por os Estados-membros terem a capacidade de superar de modo abstrato as fronteiras espaciais do Direito Penal, por forma a defender os interesses de índole económica da UE, o que só se conseguiria através de uma atuação associada e de coadjuvação europeia dos Estados-membros. Deste modo, o objetivo seria atingido com os Estados-membros a aceitarem integração “em bloco” dos normativos tipificados e aplicados internamente ⁽⁹⁰⁾, o que resultava no aumento significativo do combate à expansão transfronteiriça da nova estirpe de criminalidade que subitamente surgira com a nova e permissiva circulação de pessoas e bens.

A materialização desses objetivos teria por base a proteção dos seguintes instrumentos financeiros: orçamento geral, os orçamentos geridos pela UE e fundos europeus. Todas e quaisquer condutas ilícitas que interferissem com as previsões de receitas e despesas enquadradas nesses documentos de índole financeira, eram suscetíveis de serem enquadradas no âmbito de aplicação do *Corpus Iuris 2000*, como meio regulamentar das sanções dos crimes económicos europeus.

⁽⁸⁹⁾ Como aconteceu por exemplo em matéria financeira, com o convénio internacional europeu relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, de 26 de julho 1995, disponível em, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31995F1127\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31995F1127(03))

⁽⁹⁰⁾ Tendo por base o princípio da aplicabilidade direta daquele corpo normativo.

Secção III – Natureza jurídica

Face aos problemas que advêm da necessidade de unificar as diferentes legislações regulamentares ou administrativas dos Estados-membros ⁽⁹¹⁾, é inequívoco, nos termos do artigo 5.º do TUE (ex-artigo 5.º do TCE), que a UE não tem competências penais para a criação de normas, apenas detendo competências para o estritamente necessário, nos objetivos que se propõe alcançar enquanto organização política.

Vem na sequência desta e de outras indisponibilidades, uma solução alternativa que é atribuída às competências da UE. Tal solução consiste em prever sanções para normas que não possuem uma inscrição e respetiva previsão penal para esse comportamento.

Considera PEDRO CAEIRO que *[a] criação de um Direito radicalmente novo, estanque em relação às culturas jurídicas dos Estado-membros e suscetível de ser deduzido dos textos em toda a sua pureza constitui uma fantasia e recorda os procedimentos de um método jurídico caduco.* ⁽⁹²⁾. Este excerto demonstra a via utilizada pela UE com o fito de obter competência penal no Direito Europeu, ou seja, recorrendo ao Direito Administrativo no que respeita ao regime sancionatório. Esta solução, vem desenvolver o Direito Penal económico ou *Direito administrativo sancionatório* ou *Direito administrativo sancionatório comunitário* ⁽⁹³⁾, que vem incidir sobre violações de regulamentos da Administração Pública, especialmente no domínio da economia, cujas sanções são de carácter não penal, ou seja, sanções de mera ordenação social.

No presente, as soluções mais adequadas e que servem o interesse comum da UE são as seguintes: a inscrição nos Tratados da UE da competência penal, ou implementação de uma Constituição Europeia que seja aceite unanimemente pelos Estados-Membro e que “entregue” a competência de cada um à UE, para que seja possível legislar sobre um verdadeiro Direito Penal europeu.

⁽⁹¹⁾ Comparativamente ao fim a que se destina o artigo 116.º do TFUE (ex-96.º do TCE) por forma a eliminar situações de distorção no conceito do mercado único europeu, pode o Parlamento Europeu e o Conselho harmonizar, através da utilização de Diretivas, medidas que regulem as distorções dos ordenamentos jurídicos, por forma a beneficiar o mercado comum.

⁽⁹²⁾ PEDRO CAEIRO «Perspetivas de Formação de um Direito Penal da UE», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, n.º 2, abril/junho, p.196, nota 18.

⁽⁹³⁾ Respetivamente em, VÂNIA COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional - O quadro “pós-Lisboa” – por mares nunca antes navegados, edificar-se-á novo reino?*, p. 747, e, AUGUSTO SILVA DIAS «De que Direito Penal precisamos nós Europeus? ...», julho/setembro, 2004, p.317.

Uma das causas para a ilegitimidade de competência penal na UE foi a não-atribuição e, conseqüentemente, a inexistente inscrição da referida competência nos Tratados europeus⁽⁹⁴⁾. Retira-se do Tratado de Maastricht, *supra* citado, que os Estados-Membros recusaram quase linearmente, a atribuição da referida competência às instituições europeias, apesar da cooperação intergovernamental⁽⁹⁵⁾.

Existem duas circunstâncias, em que se verificam questões de ilegitimidade: a primeira ocorre em domínios cujos Tratados não destinaram à exclusividade da competência e que se encontram estipulados nos artigos 3.º e 6.º do TFUE⁽⁹⁶⁾, conforme o n.º 1, do artigo 4.º, e aos domínios das alíneas do n.º 2, do artigo 4.º, mais especificamente no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça, conforme a alínea j), do n.º 2, do artigo 4.º, todos do TFUE.

Em suma, tal posição do Conselho e da Comissão Europeia, enquanto instituições titulares de competência normativa, seria uma violação dos princípios gerais do Direito da UE e dos princípios constitucionais dos Estados-membros não querendo, no entanto, dizer que tal procedimento seja unilateral, isto é, o procedimento carece de participação dos Estados-membros⁽⁹⁷⁾, mas tal irá sempre depender de uma aplicação direta e de um poder de criação que, neste momento, é inexistente para a UE.

Secção IV - “Drittwirkung” (efeitos horizontais e verticais)

Este subcapítulo analisa a incidência penal do ordenamento juscomunitário nos ordenamentos nacionais. Aqui podem desencadear-se efeitos positivos (*facere*) e negativos (*non facere*), quando exista um conflito legal entre a posição europeia e a posição nacional, sendo que em ambos os casos estamos perante a possibilidade do Estado-membro decidir adotar ou não um normativo de Direito Europeu no ordenamento nacional.

Em Portugal, o ordenamento jurídico-constitucional através dos n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º, da CRP, determina a legitimação jurídica da vinculação das normas jurídicas europeias e quais os critérios a verificar. O presente normativo constitucional vem determinar o critério sobre o

⁽⁹⁴⁾ Tal ilegitimidade ocorre porque os Estados-Membros não legitimam a nível do Direito interno competências do âmbito criminal à UE, sendo por isso discutível, a existência de uma competência partilhada entre a UE e os Estados-membros.

⁽⁹⁵⁾ Aliás se se legislasse em matéria de Direito Penal, quanto a novas formas de criminalidade, o TJCE teria de decidir acerca da incompetência orgânica das instituições europeias.

⁽⁹⁶⁾ O artigo 6.º delimita por via do princípio da atribuição as competências “de raiz” da UE.

⁽⁹⁷⁾ O desrespeito por Diretivas europeias é sujeito a responsabilidade jurisdicional.

reconhecimento e a forma pela qual podem as normas integrar o ordenamento jurídico e a vinculação do Estado português ⁽⁹⁸⁾. O modo de aplicação levanta um problema quanto às normas europeias em relação às matérias que são de reserva parlamentar. Segundo VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, (...) *elas não só se substituem às leis da AR com elas incompatíveis como também precluem a sua intervenção daí para a frente (...), sem que seja esta chamada a confirmá-las (...), ou seja, ou seja solicitada a delegar tais poderes (...)* ⁽⁹⁹⁾. Dito de outro modo, após a verificação dos critérios, o Parlamento Nacional fica inibido de qualquer atuação para controlar essas normas. O n.º 4, do artigo 8.º, da CRP é ainda mais perentório, ao permitir que o Direito da UE a seja aplicável desde que a competência legislativa esteja atribuída, privilegiando o Direito da UE sobre a CRP, conforme já previa o artigo I-6 da Constituição Europeia ⁽¹⁰⁰⁾. No entanto, com uma posição moderada, os autores não consideram que haja uma inversão de poder jurídico do Direito Europeu sobre o Direito nacional, mas antes (...) *ordens jurídicas diferentes em que o primado do direito da União não é primado constitucional mas apenas um primado de aplicação.* ⁽¹⁰¹⁾. Acerca do *modus operandi* da legitimação jurídica das normas jurídicas considera MÁRIO FERREIRA MONTE, (...) *primeiro as Constituições ao prescreverem o modo como as normas comunitárias vigoram na ordem interna, não excluem as normais penais (...)* ⁽¹⁰²⁾. Existe, pois, uma lacuna, na permissividade da ordem jurídica portuguesa ao Direito da UE e da prescrição das normas penais, como ainda (...) *acaba por ser o Tratado constitutivo que vem a definir esse modo, mas no que ao Direito Penal concerne, essa viabilidade.* (...) ⁽¹⁰³⁾, considerando-se que a CRP não criou um mecanismo que assegure esta situação e, como tal, estamos perante um poder inexistente.

⁽⁹⁸⁾ O organismo internacional deve ser dotado de “poderes legislativos”, competência essa atribuída por tratado constitutivo e o normativo publicado no jornal do organismo internacional, pelo órgão dotado dessa competência. No que respeita a competência formal da unificação do Direito Penal europeu para cumprir os dois requisitos, basta que as Constituições dos Estados-membros sejam alteradas e seja inscrito nos Tratados que, por exemplo, um determinado órgão europeu é competente para legislar em matéria penal. MÁRIO FERREIRA MONTE estende-o à competência material neste excerto “(...) *Na verdade, enquanto não existir legitimação orgânica para produção de Direito Penal europeu que produza efeitos directos e automáticos no espaço interno de cada Estado, a possibilidade de um Direito Penal europeu é ainda é ainda uma hipótese.*” (*op. cit.*, p.708), afirmando para isso que é necessário que se produzam efeitos diretos e automáticos a nível dos sistemas jurídicos internos de cada Estados-membro.

⁽⁹⁹⁾ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA «Constituição da República Portuguesa Anotada», vol. I, 4.ª ed., p. 264.

⁽¹⁰⁰⁾ Limitado ainda assim, pelo princípio fundamental do Estado de Direito democrático.

⁽¹⁰¹⁾ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA «Constituição da República Portuguesa Anotada», p. 268.

⁽¹⁰²⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p.707.

⁽¹⁰³⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p.707.

A fiscalização, na forma como vigora, quanto aos normativos comunitários, é da responsabilidade dos Tratados constitutivos ⁽¹⁰⁴⁾. Neste critério existe a dificuldade de fazer corresponder as expectativas do legislador europeu com as do legislador português, que se encontra comprometido com o princípio da legalidade atendendo aos fundamentos internos e externos ⁽¹⁰⁵⁾.

Estes princípios constituem a base do poder público do Estado democrático e pelos quais os cidadãos legitimam a atuação do Estado na limitação dos Direitos fundamentais da Constituição como, por exemplo o Direito à liberdade. Tal permite ao legislador determinar os comportamentos que, pela alçada do Direito Penal, devem ser suscetíveis de aplicação de uma medida preventiva como a limitação da liberdade. Logo, existe uma réplica de tal legitimação do Parlamento Europeu para se equiparar ao nosso Direito interno, respeitando os princípios constitucionais de um Estado de Direito democrático.

No caso de haver um Tratado da UE, ratificado pelos Estados, que atribuísse competência penal ao Parlamento Europeu, tal iria permitir a criação de figuras de delitos ⁽¹⁰⁶⁾, o que, consequentemente, negaria a possibilidade de um Parlamento Nacional alterar ou revogar essas leis penais em virtude de uma inversão material das fontes de Direito, o que interfere com a soberania do Estado-membro ⁽¹⁰⁷⁾. Atualmente, os Estados-membros detêm um poder originário, através de medidas do Parlamento Nacional, para transpor as normas europeias com o fim de fiscalizar matérias de Direito Penal, o que por certo, se trata de uma legitimidade diferente de existir um poder originário que imperativamente aplique normas penais com base em um órgão europeu ⁽¹⁰⁸⁾.

Apesar de os n.ºs 1 e 2, do artigo 6.º, do TUE aludirem ao princípio da atribuição, verifica-se ser este um argumento insuficiente para substituir a falta de legitimação. Para se aplicar esse poder é necessária uma instituição legal que se destine ao efeito. Para tal, a Constituição

⁽¹⁰⁴⁾ É certo que é uma limitação, porém, não é a única impossibilidade para a fiscalização, pois existe também um obstáculo jurídico ao nível da legitimidade democrática, associado às exigências do Estado de Direito democrático.

⁽¹⁰⁵⁾ Os fundamentos internos são inerentes à função do Direito Penal português e à proteção de bens jurídicos associados a prevenção geral e especial. Os fundamentos externos são os princípios liberal, democrático e da separação de poderes.

⁽¹⁰⁶⁾ Designado por “jurisdiction to prescribe”.

⁽¹⁰⁷⁾ Em alternativa uma das soluções apontadas pela doutrina, passa por (...) *retificar, através dos seus parlamentos, aquela matéria, nomeadamente através dos mecanismos até agora existentes, o que, (...) não garante total fidelidade e uniformidade*. (MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p. 722).

⁽¹⁰⁸⁾ Em determinados casos, os Estados-membros não consultam os Parlamentos Nacionais e sem atenderem às suas próprias tradições constitucionais, integram normas do foro penal nos ordenamentos jurídicos penais nacionais, ou através da jurisprudência dos tribunais nacionais que aceitam que a norma europeia se sobreponha ao conflito entre normas criminais europeias e as normas criminais do ordenamento jurídico ordinário.

Europeia podia ser uma solução ⁽¹⁰⁹⁾ que, de momento nas palavras de MÁRIO FERREIRA MONTE ⁽¹¹⁰⁾, é um *método tratadista*, mais unificador deste projeto.

No sentido de auxiliar a determinação do efeito concretamente aplicável, subjaz o princípio do primado do Direito, que é mais favorável ao efeito negativo da norma europeia. Este efeito verifica-se quando uma norma nacional despenaliza uma norma europeia, por exemplo. Quanto aos efeitos positivos, os Estados optam por adotar a norma europeia na sua legislação nacional, devido à cooperação intergovernamental do artigo 4.º, n.º 3, do TUE (ex-artigo 10.º do TCE) ⁽¹¹¹⁾. O princípio do primado do Direito delimita a fronteira material da competência de atuação das matérias comunitárias. Já o princípio da intervenção subsidiária da Comunidade não permite incriminar o fenómeno do crime transnacional ⁽¹¹²⁾. No entanto, tal não impede que os atos executivos da UE sejam aplicados internamente nos ordenamentos dos Estados-membros, por força do seu carácter vinculativo, o qual se acha estabelecido no artigo 290.º, e, principalmente no n.º 1, do artigo 291.º, ambos do TFUE (ex-artigo 202.º do TCE).

Perante este princípio, poderá o Direito da UE, por via de atos executórios de carácter vinculativo, alargar as competências do organismo europeu ao Direito Penal?

Como resposta existem dos exemplos jurisprudenciais ⁽¹¹³⁾, que analisam a atuação da UE, utilizando, à data, as decisões-quadro para o efeito. Os exemplos jurisprudenciais tratam-se da questão da proteção do ambiente através do Direito Penal, *Comissão/Conselho*, Processo C-176/03, datado de 12 de setembro de 2005, e aresto *Maria Pupino*, Processo C-105/03, datado 16 de junho de 2005. Em ambos os casos ficou determinado que, apesar da soberania dos Estados-membros, o Direito Penal nacional podia ser intervencionado pelo efeito direto das decisões-quadro. As restrições europeias impostas pelas decisões-quadro, sob a égide do Direito da

⁽¹⁰⁹⁾ Para um problema da legitimação axiológico-normativa do Direito Penal europeu que ficam dependentes das Constituições de cada Estado-membro, cuja implementação das normas europeias pode colidir com normas internas já implementadas.

⁽¹¹⁰⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «O Direito Penal europeu de Roma a Lisboa: subsídios para a sua legitimação», p. 98.

⁽¹¹¹⁾ Com o Tratado de Lisboa, este artigo sofreu uma alteração na sua substância. Assume-se atualmente que as missões/objetivos acordados nos Tratados devem ser perscrutados mediante um pacto entre a UE e os Estados que a compõem. Tal consequência deriva da tipificação do princípio da cooperação leal que atualizou o artigo 10.º do TCE. A previsão deste princípio inibe a ação dos Estados-membros que prejudiquem a concretização dos objetivos da UE.

⁽¹¹²⁾ Geralmente, tal situação apenas fica ao encargo do Estado-membro que necessariamente tem de resolver o problema ao abrigo do seu ordenamento jurídico.

⁽¹¹³⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE, refere que (...), *ocioso será dizer que devemos estar estribados, por um lado, na legislação nacional de cada país e, por outro, na jurisprudência dos tribunais europeus, com a vantagem, neste último caso, de tal jurisprudência versar em grade parte sobre o correto entendimento as regras penais de cada país, harmonizando-as com o entendimento «europeu».*» («Da autonomia constitucional do Direito penal nacional à necessidade de um Direito Penal europeu», p. 715). Donde, o processo descrito leva a que as decisões judiciais europeias sejam um contributo para uma harmonização interpretativa das legislações nacionais.

UE, delimitam o âmbito de aplicação do Direito Penal, como forma de prosseguir o objetivo da cooperação intergovernamental da UE.

Neste sentido, o acórdão do primeiro processo, no qual se discutiu a questão da competência para adotar Diretivas harmonizadoras das legislações dos Estados-membros, impondo-lhes a tipificação de certos comportamentos e a previsão de sanções, determinando a condenação da Comissão Europeia, tendo esta alegado, no decurso do processo judicial, que (...) *Como assinalou repetidamente nas instâncias do Conselho, a Comissão considera que, no contexto das competências que lhe foram atribuídas para atingir os objectivos definidos do artigo 2.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Comunidade tem competência para exigir aos Estados-Membros que imponham sanções a nível nacional – incluindo, se for caso disso, sanções penais – sempre que tal se revele necessário para atingir um objectivo comunitário.* (...). Este excerto está relacionado com o terceiro Pilar da UE, transmitindo a ideia de que existe um Direito supranacional a que os Estados-membros devem obedecer, inclusive nos casos de insuficiência dos efeitos da medida, a utilização de introdução de matéria sancionatória como meio de assegurar a eficácia da lei, legitimando posteriormente a competência penal por anexação. Não é necessário que existam os critérios da gravidade e da transnacionalidade para ocorrer a intervenção penal por parte da UE.

Ditam também as conclusões da Comissão acerca do acórdão do TJCE de 13 de setembro de 2005 (COM/2005/583 final) do referido processo que existem alguns requisitos para que a UE possa legislar acerca de Direito Penal ⁽¹¹⁴⁾.

A base jurídica deve interligar com a competência implícita, isto é, numa base comunitária sectorial, tendo em vista a efetividade da Decisão-quadro pode a UE prever medidas penais. Refere a Comissão, (...) *[o] que justifica a possibilidade de o legislador comunitário prever medidas relacionadas com o Direito Penal é a necessidade de fazer cumprir a legislação comunitária.* ⁽¹¹⁵⁾, este excerto demonstra que o Direito Penal é um meio para a UE tornar pragmáticas as decisões-quadro. O TJCE determina igualmente para as disposições de Direito

⁽¹¹⁴⁾ Além da utilização da base jurídica correta, pretende-se que, quando se trate da utilização do Direito Penal, deve existir uma ligação a uma determinada área das políticas europeias.

⁽¹¹⁵⁾ Pdf consultado no dia 17 de abril de 2017, p. 03, disponível em - [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0583_/com_com\(2005\)0583_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0583_/com_com(2005)0583_pt.pdf).

Penal necessárias ⁽¹¹⁶⁾, que estas devem basear-se na matéria da causa regida pelo Tratado da UE.

Também no acórdão do processo *Maria Pupino*, o TJCE, determinou que para o Direito nacional devem vigorar as limitações europeias, levando a que as normas internas, no seu seio, estejam em conformidade com os fins a que o Direito Europeu visa atingir por via das decisões-quadro ⁽¹¹⁷⁾. No entanto, a decisão fundamenta-se no ponto n.º 46, partindo do princípio que havendo uma decisão-quadro que não foi transportada para o ordenamento jurídico nacional de um Estado-membro e consequentemente a não aplicação direta do normativo, não pode para efeitos de aferição da responsabilidade penal do indivíduo, servir para realizar o enquadramento legal. Assim, *46 - Todavia, deve-se observar que as disposições que são objecto do presente pedido de decisão prejudicial não têm por objecto a extensão da responsabilidade penal da interessada, mas o processo e os meios de produção da prova.* ⁽¹¹⁸⁾. Quanto ao efeito direto da decisão-quadro, o TJCE interpretava que por via da alínea *b*), do n.º 2, do artigo 34.º, do TUE ⁽¹¹⁹⁾ (revogado pelo Tratado de Lisboa), as decisões-quadro detêm carácter obrigatório, mas os critérios da forma e meios da aplicação do Direito Europeu são da competência dos Estados-membros e suas instituições.

As posições do TJCE descritas nestes processos, são questionadas pela nossa doutrina, conforme o entendimento de CARLA AMADO GOMES, sobre o processo C-176/03 que afirma só poder existir uma de duas hipóteses nesta matéria, (...), *se a harmonização se limita a estabelecer os sectores de elementos de proteção ambiental em que a sanção penal deve atuar do tipo entregues ao legislador nacional; ou pelo contrário, se a uniformização penetrará no desenho o comportamento típico e na estatuição das molduras penais.* ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁶⁾ O TJUE, estipulou três fundamentos para a eficiência da política criminal da UE, que justifica, a necessária criação de determinadas normas penais. O primeiro fundamento está relacionado com a identificação do comportamento ilícito, o segundo com o tipo de sanção adequado a aplicar e o terceiro com outras medidas enquadradas no domínio em que a norma penal está inserida. Tudo isto respeitando os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade já explicitados. O segundo critério, a coerência, defende que se deve qual deve respeitar a base comunitária onde se insere a disposição penal para atingir a harmonização a fim de evitar contradições nos ordenamentos nacionais dos Estados-membros.

⁽¹¹⁷⁾ Com efeito indireto, conforme já se explicitou.

⁽¹¹⁸⁾ Ponto n.º 46 do Ac. *Pupino*, disponível em - <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59363&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=30063>, acedido no dia 12 de abril de 2017.

⁽¹¹⁹⁾ Por via do artigo 249.º, 3.º parágrafo do TCE (atualmente situa-se no artigo 288.º, § 3 do TFUE) de Diretiva, conforme já explicitado.

⁽¹²⁰⁾ CARLA AMADO GOMES «Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição?», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 107, 2006, p. 217.

Torna-se assim notório, que o interesse europeu não obedece aos princípios europeus instituídos, nomeadamente no que concerne ao princípio da subsidiariedade. Esta decisão atenta aos princípios da especialidade de atribuições da Comunidade. Assim, (...) *resulta do acórdão do Tribunal de Justiça que os aspectos de Direito Penal (...), que exigem um tratamento horizontal, não são, em princípio, abrangidos pelo direito comunitário*, ⁽¹²¹⁾, isto é, as matérias legais competência legislativa do Estado de Direito, são poderes intransmissíveis.

⁽¹²¹⁾ Pdf consultado no dia 17 de abril de 2017, p. 4, disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0583_/com_com\(2005\)0583_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0583_/com_com(2005)0583_pt.pdf).

PARTE II – CRIMES COMETIDOS POR AGENTES DA UNIÃO EUROPEIA

Esta parte dedica-se à análise de alguns tipos legais de crime previstos no *Corpus Iuris 2000*, para o que será essencial definir-se, antes de mais, se é possível fazer recobrir esta região normativa a um único bem jurídico-penal protegido ou, ao invés, se as concretas incriminações se não acobertam a um só e, por isso, preveem uma pluralidade de interesses com relevo para o Direito Penal europeu.

Remetendo-nos para o momento exato do desenho do *Corpus Iuris 2000*, a intenção dos juristas que constituíam o grupo de trabalho deste projeto era a de que este documento oficial, fosse o mais perfeito e completo possível, afastando o mais depressa possível os mecanismos já referidos para colmatar as lacunas legais, utilizando normas penais e elementos comuns que fossem aplicáveis por todos os Estados-membros.

O método que foi escolhido, aqui utilizado para encontrar definições das normas penais que fosse unânime, consistiu na consulta ao Direito interno. A solução estava longe de ser perfeita, mas entendeu-se ser a única capaz de fazer do *Corpus Iuris 2000* um meio comparativo que permitisse uma melhor integração e interpretação de conceitos. Apesar de tal importar sempre, mesmo assim, alguma indefinição, devido à natureza e proveniências dos diferentes conceitos jurídico-penais, foi este o único método que se entendeu capaz de atingir os desideratos a que o projeto tendia.

Capítulo I – Análise conceptual e bem jurídico protegido

Quanto aos interesses financeiros da UE que carecem de proteção, é obrigatório mencionar os bens jurídicos através dos quais esta organização internacional, com personalidade jurídica e com plena capacidade jurídica deve ver acautelada a proteção legal contra condutas fraudulentas e lesivas.

A função primordial do Direito Penal, enquanto último reduto do Direito, é a de garantir a proteção dos bens jurídicos, assegurando a justiça material do caso, como instrumento de política-criminal. O fundamento para essa proteção resulta do princípio da legalidade, já explicitado. Identifica MÁRIO FERREIRA MONTE ⁽¹²²⁾ alguns dos problemas a que o legislador pode estar sujeito: a ausência de uma norma penal que proteja determinado bem jurídico (desde que

⁽¹²²⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «O Direito Penal europeu de Roma a Lisboa: subsídios para a sua legitimação», p. 186.

preencha o critério da necessidade e da dignidade penal), ou seja, uma lacuna no Direito Penal, e, quando a proteção do bem jurídica esteja previsto, mas, objetivamente não tem uma proteção perfeita atendendo às necessidades que apresenta.

Quanto ao primeiro problema, objetivamente, o tipo é o parâmetro onde se pode verificar a existência da lacuna do legislador, para ser determinada a impunidade na averiguação penal de determinado comportamento. Como por ex. o crime de corrupção passiva abordado mais adiante, no qual no Código Penal de 1886, o artigo 318.º (Peita, suborno e corrupção de empregado público) ⁽¹²³⁾ e o artigo 322.º (Aceitação ou oferecimento de promessa), revelavam, que este crime apenas ocorria quando houvesse uma conexão entre a ação do funcionário e a verificação da vantagem objetiva, ignorando a prática do ato em si. Ora, este preceito primário ignorava por completo as situações do ato de corrupção que ocorressem no sector privado, desprotegendo parcialmente o bem jurídico, perante o facto de a vantagem solicitada ou aceite não ter conexão com a prática de uma ação ou omissão por funcionário ⁽¹²⁴⁾. Tal exemplo demonstra que o legislador penal tem, em muitos casos, problemas em englobar toda a proteção de que dispõe em volta do bem jurídico. E daí uma situação de injustiça ⁽¹²⁵⁾ quando os crimes de corrupção ocorressem no setor privado.

Para se conceber a proteção de um bem jurídico aplica-se o critério do *ius puniendi* ⁽¹²⁶⁾ que, revestido de carácter público, é um poder que visa assegurar valores ligados a convivência social em comunidade. E isto na medida em que qualquer tipificação criminal deve encontrar num texto constitucional o fundamento para a sua existência, bem se falando numa congruência entre os bens jurídico-penais e o quadro axiológico-normativo que subjaz a uma Lei Fundamental. Mesmo que o Projeto de uma Constituição para a Europa tenha falhado, ainda assim poder-se-ia encontrar nos Tratados da UE o étimo fundante e justificador dos diversos tipos legais de crime, dado que, no que respeita aos interesses da própria União – únicos abrangidos

⁽¹²³⁾ Art. 318.º *Todo o empregado público que cometer crime de peita, suborno e corrupção (...) § 5.º Se o empregado repudiou livremente o oferecimento ou promessa que aceitara, ou restitui a dádiva ou presente que recebera, e livremente deixou de executar o acto injusto, sem que fosse impedido por motivo algum independente da sua vontade, cessará a disposição deste artigo. (...).*

⁽¹²⁴⁾ Esta lacuna só foi colmatada com a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro.

⁽¹²⁵⁾ Refere MÁRIO FERREIRA MONTE numa alusão à função do Direito Penal e à justiça penal: *[s]endo função do Direito Penal (...), a justiça penal alcançar-se-á se e quando essa proteção se efective e, consequentemente, se restabeleça a paz jurídica comunitária abalada com o crime. (...)* («O Direito Penal europeu de Roma a Lisboa: subsídios para a sua legitimação», p. 90).

⁽¹²⁶⁾ O *ius puniendi* das instituições europeias pode ser positivo, através do qual se define como necessária a intervenção soberana do legislador penal para permitir a punibilidade de uma determinada conduta e um *ius puniendi* negativo quanto à legitimidade para emanar normas que afetem a dimensão do Direito Penal estadual.

pelo *Corpus Iuris 2000* –, esses diplomas legais seriam suficientes para garantir a dita conformidade entre os preceitos incriminadores e uma norma hierarquicamente superior na qual se refletisse tal proteção.

Secção 1 - Agentes / funcionários? – Conceito

Na doutrina europeia, SCHÜNEMANN defende que um projeto desta natureza deve incidir sobre os crimes de funcionários, como forma de vigiar e controlar as atribuições policiais e penais dos agentes europeus, pois, como refere, (...), *um controlo eficaz do exercício do poder é condição irrenunciável da sua própria legitimidade* ⁽¹²⁷⁾, uma vez que só assim se legitimam as atribuições dos agentes da UE.

Em matéria de ofendido nos delitos em estudo, dúvidas não existiam que se trata da própria UE, ainda que o concreto interesse seja corporizado por determinada instituição. Quanto às matérias que ficassem excluídas do âmbito do *Corpus iuris 2000*, os sistemas de justiça penal dos Estados-membros seriam os primeiros a atuar no tocante a esses crimes transnacionais utilizando a harmonização penal para o efeito.

A título de exemplo, atualmente, no nosso CP o conceito de funcionário abrange, no crime de corrupção ativa e passiva (respetivamente, artigos 373.º, n.ºs 1 e 2 e artigos 374.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CP), na defesa dos interesses da UE, aqueles que para ela trabalham ou exercem funções, havendo, portanto, uma certa harmonização do conceito do Direito nacional com o do Direito europeu, conforme se retira da alínea *a*), do n.º 3, do artigo 386.º do CP.

A definição de funcionários europeus distingue-se, numa primeira linha, surge a distinção, dentro dos “agentes europeus” (cfr. a alínea *a*), do n.º 1, do artigo 5.º do *Corpus Iuris 2000*), entre os que têm funções diretas, num vínculo de uma relação laboral com a UE ⁽¹²⁸⁾, e os que têm funções apenas indiretas (cfr. a alínea *b*), do n.º 1, do artigo 5.º do *Corpus Iuris 2000*, integram-se todos quantos, não detendo um qualquer vínculo jurídico com a União – independentemente do *nomen iuris* –, mesmo assim prossigam atribuições desta organização

⁽¹²⁷⁾ AUGUSTO SILVA DIAS «De que Direito Penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre Algumas Propostas Recentes de constituição de um Direito Penal comunitário», p. 320.

⁽¹²⁸⁾ Em conformidade com o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias assim como o Regime aplicável aos outros agentes destas Comunidades, nos termos do Regulamento n.º 259/68 do Conselho de 29 de fevereiro de 1968, com as sucessivas alterações legais.

internacional, sendo por ela remunerados ou pelos Estados-membros, desde que a concreta função desempenhada apresente esse nexos com as atribuições comunitárias, possivelmente adotando um sistema de comissão de serviço por arte da UE.

Se quisermos estabelecer um paralelo com o Direito interno português, diríamos que se tratam de todos quantos exercem funções de soberania, mesmo não se achando formalmente integrados na estrutura da Administração Pública, como sucede, p. ex., com os concessionários de serviços públicos ou de utilidade pública (exploração da rede energética, das autoestradas, do fornecimento de água). São funcionários com vínculos laborais a organizações de caráter público ou estaduais ou, de caráter privado, ponto é que à disposição da UE, com funções equivalentes àquelas exercidas por oficiais ou outros seus agentes da UE. Em síntese, é um conceito inserido numa norma cuja epígrafe é denominada de corrupção, retirando uma certa autonomização do conceito, inversamente ao que sucede no nosso CP ⁽¹²⁹⁾.

O projeto em estudo procurou abranger também os agentes nacionais que, na qualidade de funcionário público de um Estado-membro fosse titular de funções sujeitas à responsabilidade jurídica da lei penal.

No artigo 386.º do CP, o legislador português, acrescentou ao conceito de “funcionário”, as funções que são classificadas para essa “classificação” de responsabilidade pública e que estão incumbidos de realizar os fins do Estado e, conseqüentemente, o seu normal funcionamento.

Verifica-se que existe, uma dúvida razoável quanto à autoria deste crime, uma vez que, o exercício da função pública por parte do funcionário sobre o qual recai a confiança, quer dos interesses próprios da UE, quer dos interesses do Estado português ⁽¹³⁰⁾, presume que a atividade ilícita funcione nos mesmos moldes entre sector público e privado, mas, em qualquer dos casos, o legislador não prevê que o agente que pratica o crime de corrupção se trate de uma pessoa coletiva pública cujo interesse único patrimonial é o mesmo.

⁽¹²⁹⁾ Ao ser um conceito não individualizado, a sua aplicação pode mais restritiva e não ter a amplitude necessária para abranger os crimes que se ausentam nessa definição.

⁽¹³⁰⁾ Uma vez que se trata um análise cujo termo comparativo será apenas o ordenamento jurídico português.

Secção 2 - Bem jurídico ou bens jurídicos?

O aparecimento de bens jurídicos no Direito Penal europeu surge devido às políticas comuns que foram implementados na UE, que vêm sendo designados por “bens jurídicos europeus”. Estes interesses juridicamente relevantes são extensíveis a todo o território europeu, precisamente por se tratar de políticas que são comuns e de carecerem de uma proteção jurídica cuja harmonização levará à criação de (...) *normas jurídico-penais únicas, aplicáveis em todos os Estados-membros.* (...) ⁽¹³¹⁾. A identificação da necessidade do bem jurídico associado a um ilícito criminal acentuam o princípio da necessidade, já explicado anteriormente, o que obriga a uma intervenção penal ao nível europeu. Para tal, AUGUSTO SILVA DIAS indica dois aspetos que derivam dessa situação: (...) *[p]rimeiro, não devem integrar a matéria penal comunitários comportamentos ilícitos que, (...) não provocam dano, isto é, não produzem uma diminuição do seu valor ou utilidade para os respectivos titulares, e são, por isso destituídos de uma ofensividade perceptível.* (...) ⁽¹³²⁾. Dito de outra forma, o crime tipificado não depende de um resultado concreto sobre o bem jurídico, bastando apenas o agente assumir o comportamento que vise determinado fim que afete os bens jurídicos, no que nada mais é que os tradicionais crimes de perigo (muitos deles abstrato). Assim demonstra-se a função de proteger e manter a sua coesão dos interesses e objetivos de que dispõe o artigo 3.º do TUE (ex-artigo 2.º do TCE) e que define a identidade da UE.

Para que se garanta a proteção do bem jurídico, este deve estar devidamente identificado na norma, pois, como refere MÁRIO MONTE FERREIRA, *[e]ssencial pois é que a norma aponte os bens jurídicos e as consequências jurídicas para a sua violação (...)*, como forma de informar a comunidade que aquele bem jurídico se acha protegido ⁽¹³³⁾, como a intimidação que resulta de o sancionamento daquele comportamento ilícito ⁽¹³⁴⁾.

Para que ocorra a identificação normativa, basta atender aos valores sociais ligados a convivência social do ser humano. O mero interesse de proteção da integridade das funções europeias desempenhadas, enquanto fundamento para a necessária proteção do Direito Penal, não é requisito suficiente para essa proteção seja legitimada, mesmo no âmbito do Direito Penal supranacional, devendo assumir-se sempre essa tutela como fundamental.

⁽¹³¹⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do Direito penal nacional à necessidade de um Direito Penal europeu», p.713.

⁽¹³²⁾ AUGUSTO SILVA DIAS «De que Direito Penal precisamos nós Europeus?...», p. 320.

⁽¹³³⁾ Limite positivo do princípio da legalidade.

⁽¹³⁴⁾ Limite negativo do princípio da legalidade.

No caso do Direito Penal europeu, as decisões-quadro fundamentavam-se na essencialidade e consenso para alguns bens-jurídicos, para outros bastava tratarem-se de simples interesses, como é o caso dos interesses financeiros ou a manutenção do bem-estar comum. Como se sabe, existem bens jurídicos individuais e supra-individuais, que configuram valores autónomos cujo titular é a sociedade considerada como um todo, e que contribuem para o maior desenvolvimento valorativo do indivíduo.

No contexto do *Corpus Iuris 2000*, podemos falar em bens jurídicos? Entendemos que podemos divisá-los como sendo de dois tipos: os bens jurídicos “institucionais”, que dizem respeito aos funcionários e pessoas coletivas da UE (por exemplo a corrupção ou a quebra de segredo) e os bens jurídicos pessoais, causados pela criminalidade transnacional. Existem bens jurídicos que se acham plasmados nos Tratados, sendo também património da UE (o dito *acquis communautaire*), com o mínimo denominador comum, conforme demonstrado no n.º 1 do artigo 6.º, do TUE. Nas palavras de, ANA RITA GIL, (...) *estes valores vigoravam na UE com o estatuto de princípio gerais de direito e encontravam-se estreitamente ligados e dependentes da configuração feita por parte do TJ.* ⁽¹³⁵⁾. O excerto reflete, além de uma certa incerteza sobre os valores nos quais a UE assentava, que, nas suas bases existe um conjunto de bens cujo consenso entre os Estados-membros pelos Tratado ⁽¹³⁶⁾, como reconhecimento de certos valores da identidade da própria União – cfr. n.º 1, do artigo 2.º, do TUE.

Depreende-se que bem jurídico europeu traduz um conjunto de interesses meramente funcionais para a proteção eficaz de um interesse geral que é a promoção da economia.

Capítulo II – Os específicos tipos legais de crime

Acerca dos princípios gerais deste ramo do Direito da UE, é imprescindível para a introdução do presente capítulo, abordar o princípio do Primado do Direito Europeu sobre o nacional, o que, por sua vez, condiciona a direta aplicação das disposições penais internas. Considera PEDRO CAEIRO que (...) *[a]s normas previstas nos tratados e nos regulamentos têm um valor normativo superior ao direito interno e são directamente aplicáveis pelas autoridades dos Estados-Membros, enquanto que as directivas requerem uma actividade legislativa de*

⁽¹³⁵⁾ ANA RITA GIL, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», p.187.

⁽¹³⁶⁾ No Tratado de Lisboa integraram-se as novas fontes jurídicas europeias. A Carta dos Direitos Fundamentais, de carácter vinculativo é a principal novidade, passando a ser o novo conjunto de valores de referência da UE, apesar de não ser exaustivo. E através do n.º 2 do artigo 6.º do TUE vem-se confirmar a adesão da Carta dos Direitos do Homem.

transposição por parte dos últimos. ⁽¹³⁷⁾. Tal afirmação eleva o Direito Europeu, portanto, a um estatuto supranacional.

Tal como no projeto da Constituição Europeia, através do artigo III-415.º, é notório que, de alguma maneira, a UE tentou espolpear a criação de uma competência penal que lhe permitisse, bem como as suas instituições e demais órgãos, defenderem os interesses financeiros associados aos crimes económicos. Assim se verifica no Tratado de Lisboa e em outros anteriores: veja-se o n.º 2 do artigo 3.º (ex-artigo 2.º) do TUE, no qual já os Estados-membros estipulavam a necessidade de haver medidas que ultrapassassem o Direito Penal nacional na defesa de tais interesses (cfr. o n.º 1, do artigo 325.º, do TFUE (ex-artigo 280.º do TCE), no âmbito do capítulo 6 – A luta contra a fraude do título II – Disposições financeiras da Parte VI – Disposições Institucionais e Financeiras) ⁽¹³⁸⁾.

Assim, suscita-se a questão de saber se o Direito da UE pode sobrepor-se às leis que regulamentam determinada sociedade de um Estado-membro. Se um dos objetivos do *Corpus Iuris 2000* foi a implementação de um conjunto de *infrações comuns*, que diferenças normativas subsistem entre o Direito Penal português e os normativos comuns do *Corpus Iuris 2000*? Que bens jurídicos precisam da proteção do Direito Penal? Será que a nossa normação reflete a proteção aos valores dos quais a UE apela?

Secção I – Corrupção (artigo 5.º)

As estimativas económicas atuais quanto a prática da corrupção, preveem que seja causadora de um custo a rondar os 120 mil milhões de euros ⁽¹³⁹⁾, justificando desta forma uma proteção acrescida do bem jurídico que se visa.

Na análise desta norma, é de notar a intenção do legislador europeu em definir taxativamente, quais os agentes, em que qualidade atuam e em que funções.

Para o Direito Penal português, o crime de corrupção está inserido na epígrafe da Secção I “Da Corrupção”, do Capítulo IV “Dos Crimes cometidos no exercício de funções públicas”.

⁽¹³⁷⁾ PEDRO CAEIRO «Perspetivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia», p.191.

⁽¹³⁸⁾ [...] *por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma protecção efectiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos, e organismos da União.*

⁽¹³⁹⁾ Dados recolhidos em COMISSÃO EUROPEIA, *Compreender as políticas da União Europeia: A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção*, 2014, p. 3 disponível em: <http://www.norte2020.pt/sites/default/files/public/uploads/documentos/LutaFraude.pdf>.

No projeto aqui em estudo, este crime insere-se nos crimes cometidos por funcionários, podendo, tratando-se, pois, de um crime específico quanto ao critério do agente, ao nível do tipo objetivo.

Resulta daqui o problema da prática do crime de corrupção, enquanto o meio ilícito necessário. Assim prevê o *Corpus Iuris 2000* que este crime é suscetível da alçada do Direito Penal europeu somente quando sejam visados os interesses financeiros europeus. Nota-se, desde logo, a prontidão com a qual o legislador europeu privilegia os interesses financeiros em detrimento da integridade das funções do funcionário, conforme dispõe o n.º 2, do artigo 5.º

O bem jurídico protegido por esta incriminação é a proteção dos interesses financeiros europeus, conforme alude o n.º 2 do artigo 5.º, em detrimento dos propósitos económico-financeiros individuais de cada Estado-membro. No entanto, há uma lacuna que não deixa de ser notória, ou seja, o legislador europeu não clarifica se a prática da corrupção visa ofender interesses financeiros em particular de um Estado-membro (na hipótese da proteção do *Corpus Iuris 2000* fosse aplicável na UE), ou se apenas os interesses principais da União. No caso português, entende-se que a proteção dos bens-jurídicos europeus, que mereceu consagração no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, visam a proteção da convivência europeia que englobam os valores necessários (valores-meio) que a sustentam ⁽¹⁴⁰⁾.

Poderá isto significar que, a vertente deste projeto para a proteção de interesses estaduais dos Estados-membros relativamente às infrações económicas externas, é secundarizada face à proteção dos interesses de índole económica da UE?

Relativamente à disposição do CP português, quanto ao bem juridicamente protegido, surge a seguinte disposição da 1.ª parte, do n.º 1, do artigo 372.º, com a epígrafe, recebimento indevido de vantagem ⁽¹⁴¹⁾, bem jurídico chegou a ser considerado “duplo”, que se caracterizava na manutenção da pureza da função pública e a confiança que é depositada na vontade do Estado, dos seus cidadãos ⁽¹⁴²⁾, isto é a integridade das funções que os funcionários desempenham e, a falsificação ou adulteração da vontade do Estado, implicando a manipulação de tal elemento volitivo da vítima coletiva que é o Estado em si, enquanto independente e imparcial. Atualmente

⁽¹⁴⁰⁾ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Anotação ao art. 372.º do Código Penal», in: JORGE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, p. 660.

⁽¹⁴¹⁾ I - *O funcionário que, no exercício de funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida (...)*.

⁽¹⁴²⁾ O primeiro bem jurídico designa-se de aspeto externo e o segundo momento denomina-se por aspeto interno. - ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Anotação ao art. 372.º do Código Penal», in: JORGE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, p. 659.

defende-se que o bem jurídico consiste na *autonomia intencional do Estado* ⁽¹⁴³⁾, por forma a defender a atuação as funções públicas.

Objetivamente, da análise do tipo-de-ilícito, o legislador europeu não determina as funções adstritas ao funcionário ⁽¹⁴⁴⁾. A qualidade de funcionário destina-se a ser meio apto à prática do comportamento tipificado, pelo que estamos em face do que apelidamos de delito específico, sendo que, a existência do objeto, oferecido ou prometido, normalmente sendo existente, pode não o ser, pelo menos na modalidade em que o corrompido solicita uma vantagem que, na prática, pode não vir a concretizar-se. Mesmo assim, o tipo legal aperfeiçoa-se, uma vez que estamos, ao menos nessa modalidade típica, em face de um crime de perigo.

O projeto *Corpus Iuris 2000* valoriza o conhecimento intelectual do agente, corruptor ⁽¹⁴⁵⁾, quanto as competências que estão atribuídas ao funcionário, corrompido ⁽¹⁴⁶⁾, que vê a sua conduta lesar os interesses da UE. Existe, portanto, uma componente económica e financeira que se torna aliciante para o funcionário, no exercício de funções ao abrigo das atribuições da UE, o que favorece a causalidade entre a danosa lesão dos interesses já referidos e a prática contrária às quais o funcionário se encontra adstrito.

Em concreto os números 4 e 5, do artigo 5.º, do *Corpus Iuris 2000*, contemplam reduzidamente a prática de tais crimes. Desde já, perante a gravidade criminal e dos interesses violados, não se contempla a distinção entre aplicação de penas para a corrupção passiva e ativa, bem como dos outros crimes.

Da análise do n.º 3, do artigo 5.º, do *Corpus Iuris 2000* ⁽¹⁴⁷⁾, verifica-se um afastamento do artigo 372.º do CP. O legislador europeu, no que diz respeito ao enquadramento da conduta do agente entende que as circunstâncias ou a qualidade do funcionário podem ser respeitantes a usos e costumes, que são diferentes do suborno ilícito (nomeadamente a vantagem económica) que reveste a prática do crime, e que o legislador português cautelosamente analisa impune-mente aquando por exemplo do funcionário, que é convidado a assistir a eventos públicos, revestindo-se em funções de mera representação e que ressalva da necessidade de atos contrários

⁽¹⁴³⁾ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Anotação ao art. 372.º do Código Penal», in: JORGE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, p. 661.

⁽¹⁴⁴⁾ Entende-se por exercício de funções, a ação (ou omissão) respeitante ao assunto da competência do órgão a que está incumbido e de que é titular no exercício das funções. No Direito Penal português, se essa competência for praticada com a vantagem solicitada ou aceite, ela implica responsabilidade criminal pelo crime de corrupção.

⁽¹⁴⁵⁾ Quem promete e ou oferece com o objetivo da prática do favor.

⁽¹⁴⁶⁾ Aquele que aceita a prática de determinada conduta contrária aos seus deveres.

⁽¹⁴⁷⁾ *Para uma melhor percepção, segue-se uma tradução dos normativos enunciados, Existe corrupção passiva quando, um funcionário solicite ou aceite, para ele próprio ou para um terceiro, diretamente ou por interposição de terceiros, dádivas, promessas ou qualquer outro benefício de qualquer natureza: (...).*

à sua função. Assinale-se que a tipificação em ambos os artigos da solicitação torna-a inequivocamente ilícita.

Diferentemente do *Corpus Iuris 2000*, para distinguir entre os agentes corruptor e o corrompido, o legislador português introduziu a teoria da incriminação, que distingue o crime específico próprio e o crime específico impróprio. No primeiro caso, o facto de se tratar de um funcionário que compactue ⁽¹⁴⁸⁾ com o fim de lesar os interesses do Estado português, agrava o tipo base da corrupção, e, neste caso tratar-se de corrupção passiva (artigo 372.º do CP). No segundo caso, verifica-se o seguinte: o funcionário, nessa qualidade, lesa os interesses do Estado, apenas com o conhecimento da oferta por parte do corruptor, o que funciona como um tipo autónomo deste crime, um tipo de incriminação que corresponde à corrupção ativa (artigo 373.º do CP).

Quanto à ação do funcionário para o crime de corrupção passiva, nos termos das alíneas *a)* e *b)*, do n.º 3, do artigo 5.º, do projeto ⁽¹⁴⁹⁾, encontram-se estipuladas duas condutas ilícitas: quando o funcionário for solicitado ou aceitar, para si ou para terceira pessoa, dádivas, promessas ou vantagens de outra e qualquer natureza.

Nestas duas condutas, o fim comum será o favorecimento do corruptor, pelo facto do agente, que atue numa perspetiva negativa, ou seja, contrária aos deveres que foram lhe atribuídos, acabe por realizar num comportamento proibido, conforme a alínea *a)*, do n.º 3, do artigo 5.º. Já no que respeita à segunda alínea, o funcionário, incumprindo com as funções a que está adstrito, pratica o crime de forma omissiva ⁽¹⁵⁰⁾, no entanto, nem toda a inatividade do funcionário é ilícita, devendo advertir-se que as circunstâncias para a prática do crime de corrupção sugerem que exista uma situação em vias de ser alterada e que o funcionário tenha possibilidade de intervir sobre essa decisão.

Neste ponto, é possível afirmar que a qualidade de funcionário é o meio apto a produzir o resultado penalmente previsto, dado que, caso essa qualidade não correspondesse a vontade

⁽¹⁴⁸⁾ Ou seja, (...) *com uma declaração de vontade do empregado público que evidencie a inequívoca intenção de mercadejar com o cargo (...)*, podendo a declaração ser feita tacitamente ou expressamente. - ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Anotação ao art. 372.º do Código Penal», in: JORGE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, p. 662.

⁽¹⁴⁹⁾ *a) se agir no exercício das suas funções com um ato contrário aos seus deveres do cargo; ou b) se omitir de realizar um ato de função ou executar no exercício da sua função de um ato que, de acordo com suas funções oficiais, seja obrigado.*

⁽¹⁵⁰⁾ Esta situação em particular é classificada nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p.1185, nota 4) de corrupção passiva própria antecedente e corrupção passiva própria subsequente, nos termos do artigo 373.º, n.º 1, do CP português.

do corruptor e o corrompido ludibriasse quanto à qualidade em que estaria a agir, nos termos do *Corpus Iuris 2000*, não estavam preenchidas as condições da prática do facto ilícito. E isto por estarmos em face de um delito específico. Outras poderiam ser as figuras de delito convocáveis, como, por exemplo, a de burla.

Em contraponto subjaz na alínea *a*), do n.º 4, do artigo 5.º, do referido projeto ⁽¹⁵¹⁾, a corrupção ativa, na qual a responsabilidade penal recai sobre o corruptor ou aquele que oferece ou instiga um funcionário, mediante uma promessa ou dádiva, a adotar a conduta que conduz às seguintes práticas. Neste crime verifica-se que o legislador releva apenas a oferta do convite cometido pela pessoa para que se verifique a prática do crime, independentemente da conduta que do agente. À semelhança do crime de corrupção passiva, aqui também está previsto que a promessa, a dádiva, ou qualquer outra oferta, comportam a prática de corrupção por parte do corruptor.

Para o Direito Penal português, a conduta típica resulta da dádiva, promessa de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, não devida, para a prática de um ato ilícito ou lícito *passado ou futuro, de um agente público no exercício do seu cargo ou dos poderes de facto inerentes*. ⁽¹⁵²⁾. Objetivamente, e ao contrário do crime de corrupção passiva, a tipicidade deste crime é destinada a um agente cuja qualidade é indiferente, dado não corresponder os elementos típicos que o corrompido, na corrupção passiva precisa de ter logo trata-se de um *delito comum* ⁽¹⁵³⁾.

No que respeita a alínea *b*), do n.º 4, do artigo 3.º, traduz-se no seguinte: *b) omitir de realizar um ato de sua função a ser realizada de acordo com suas funções oficiais em violação das suas obrigações oficiais*. Atualmente, esta alínea corresponde, em parte ao n.º 2, do artigo 373.º, do CP português com remissão para o n.º 2, do artigo 372.º. Deve-se novamente salientar que a relevância da vantagem indevida, retira-se da interpretação do crime de corrupção. Quando o suborno não for devido, mas se preencher a prática de corromper e se os atos se verificarem contrários aos seus deveres oficiais, resulta a atenuação da pena prevista para o crime de corrupção.

⁽¹⁵¹⁾ *a) para que realize um acto próprio das suas funções ou um acto em exercício das mesmas, infringindo as suas funções oficiais.*

⁽¹⁵²⁾ VITOR DE JESUS RIBAS PEREIRA «Serviço e servir-se do público: da corrupção e do branqueamento de capitais», in: JOSÉ FARIA COSTA (coord.) *Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu*, pp.286 e 287.

⁽¹⁵³⁾ A consumação deste crime não carece da qualidade em que o agente pratica o delito ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Anotação ao art. 372.º do Código Penal», in: JORGE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, p. 662.

Mas o espírito do legislador europeu, aquando da elaboração deste projeto, definiu que a prática de omissão face ao cumprimento daquele dever afeta a integridade do exercício da função, tornando a mesma ilícita. Assim, VITOR DE JESUS RIBAS PEREIRA refere que *é um crime específico que se trata cujo conteúdo de ilícito se encontra na declaração e vontade do agente público de mercadejar com o cargo, e que se consuma quando a manifestação de vontade do agente público chegue à esfera de conhecimento do agente corruptor* ⁽¹⁵⁴⁾.

Quer no *Corpus Iuris 2000*, quer do Direito Penal português, trata-se de um crime doloso dado que o agente tem de preencher os elementos intelectual, volitivo e emocional do dolo.

Em conclusão, o legislador europeu, se analisarmos o projeto à luz do Direito Penal português, enquadrou toda a estrutura dos crimes de corrupção passiva e ativa no âmbito dos crimes de resultado ou material, dado que a conduta do autor só se materializa quando o resultado do suborno condiciona a conduta do funcionário que lese o bem jurídico protegido e outras provisões que atentam a lesão dos referidos interesses. A prática deste crime resume-se a *uma intenção calculada e planeada de apropriação de bens através de uma troca entre partes que calcularam os custos e proveitos* ⁽¹⁵⁵⁾, cuja vítima final não resulta de nenhum dos intervenientes diretos, mas sim um bem jurídico coletivo que é a sociedade. Por tudo o quanto se encontra vertido, é intenção do legislador proteger *in totum* qualquer interesse financeiro da União acima de qualquer outro bem jurídico.

Secção II – Desvio de fundos/peculato (artigo 6.º)

O artigo 375.º do CP português é aquele que mais se aproxima deste delito. O bem jurídico que se visa salvaguardar é a integridade das funções que o funcionário exerce. Neste caso em concreto, o *Corpus Iuris 2000*, quanto ao bem jurídico em causa identifica-o como sendo a normal utilização dos fundos que se enquadram nos interesses financeiros da UE. O funcionário incumbido do poder para dispor deles, indevidamente, atribui o referido valor económico a outrem. Aqui, o legislador europeu preventivamente pune, a atuação do funcionário, ou de outrem, que resolve atribuir determinado benefício, quer de forma indireta, quer direta. A referida norma confirma novamente a teleologia do legislador europeu em centrar a construção deste projeto no interesse supremo das finanças da UE.

⁽¹⁵⁴⁾ VITOR DE JESUS RIBAS PEREIRA «Serviço e servir-se do público: da corrupção e do branqueamento de capitais», p. 287.

⁽¹⁵⁵⁾ IRENE PORTELA, «A intangibilidade da fraude e da corrupção formas de combate adequadas», p. 249.

Se no exercício de funções, o funcionário objetivamente favorecer determinada pessoa com a atribuição ou isenção de um subsídio, de forma ilegítima, a pena do crime é agravada pela qualidade em que o atribui, ou, isenta. Verifica-se, no entanto, que a lacuna desta norma se situa no facto de a finalidade para a utilização desses fundos ser unicamente para proveito próprio do funcionário. Assim, no que concerne aos intervenientes para a prática deste crime encontram-se aqui representados os funcionários e um terceiro. Na segunda parte do projeto deste normativo, resulta que, caso o funcionário de forma direta ou indireta intervir é também penalmente relevante a sua atuação, quando envolva empresas ou operações de carácter económico que sejam do seu interesse.

Em matéria de Direito comparado coloca-se a questão de saber que normas do Direito Penal português têm suscetibilidade de comparabilidade com este. O crime de apropriação ilegítima, do artigo de 234.º e o crime de peculato previsto no artigo 375.º, consagram um elemento que os diferencia. Relativamente ao primeiro é um “crime de furto qualificado” agravado pela qualidade do agente, com a intenção de desviar de um conjunto de recursos financeiros quantias monetárias para um terceiro. Já no que concerne ao segundo tipo de crime, conforme afirma PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, (...) [a] «*permissão*» de apropriação consiste na omissão do dever de vigilância sobre os bens que impendem sobre o agente ⁽¹⁵⁶⁾, correspondendo, transversalmente, ao delito de abuso de confiança.

Na tipificação do *Corpus Iuris 2000*, há lugar à prática do crime de peculato quando o funcionário, usando os seus poderes, atribui ajudas de fundos comunitários quer de forma legítima, quer por motivo de exceção, ou, atribui a empresas, nas quais o funcionário tenha interesses pessoais. Porém, esta extensão normativa é muito limitada, dado que se limita a pessoas coletivas privadas o que por si só não prevê quando a conduta do funcionário resulte em proveito próprio de um Estado-membro, ou de um Estado terceiro à UE.

Secção III – Abuso de poder (artigo 7.º)

Comparável ao crime previsto no artigo 382.º do CP, a previsão normativa identifica o agente que na qualidade de funcionário, com poderes e/ou funções vá para além do seu quadro funcional, lesando, *in casu*, interesses comunitários.

⁽¹⁵⁶⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*, p.896, nota 12.

Quanto ao *Corpus Iuris 2000*, visa ele proteger o bem jurídico dos interesses financeiros da UE da autuação do funcionário que abusa do poder de que se encontra investido.

Aparentemente, o legislador não aborda como é que o abuso é o meio idóneo, a lesar os interesses comunitários. Da interpretação do normativo do abuso de poder do CP português, os elementos que o legislador utiliza para criminalizar o comportamento previsto será que eram aplicáveis à norma do *Corpus Iuris 2000* em questão? Ora, em resposta a tal questão, o legislador português prevê que quando o comportamento que manifeste uma incompetência total ou parcial provoque um prejuízo, ou seja, um custo sem qualquer retorno, prejudicando a eficácia dos serviços e conseqüentemente os interesses nacionais ⁽¹⁵⁷⁾, levará a que seja acionada a esfera de ação da norma. A previsão do CP é, nesta medida, mais eficaz porque não se restringe apenas ao abuso de funções, incluindo igualmente a violação de deveres, parte das suas funções, como já vem sendo patente na abordagem a estes crimes.

Acresce ainda referir que o funcionário para criar esse prejuízo, não pode preencher nenhuma de duas condições: violação da lei substantiva; desvio de poder; incompetência relativa ou absoluta; usurpação de poderes. Significa isto que, a contrario, que o funcionário tem de ter os referidos poderes delegados à prática de tais factos, de forma direta, caso contrário tal não se verifica. Os elementos aqui aludidos parecem compatíveis com o crime típico do *Corpus Iuris 2000*.

Esta prática ilícita, da figura do abuso de poder, pressupõe a existência de um beneficiário, com o comportamento ilícito desse funcionário conforme demonstrado no CP português. Será o funcionário ou um terceiro?

Certamente que o legislador europeu, tem o intuito final de proteger o bem jurídico, mas apenas se limita a esse fim. Isto é, em qualquer momento, a intenção final para a qual a lesão deste bem jurídico é feita não é expressa pelo legislador, pressupondo então que o alcance da norma exige que o desvio ilícito das quantias depositadas nos referidos fundos resulte no proveito próprio do funcionário. Donde, não parece que a mesma se possa interpretar no sentido de a vantagem para um terceiro não estar tipificada na norma. Subjetivamente, a prática desta infração para se verificar o dolo, a prática do agente deve exceder os fins das funções que lhe estão atribuídas para o objetivo de beneficiar ilegitimamente com os desvios da atribuição de fundos económicos.

(157) MIGUEZ GARCIA e J. M. CASTELO RIO, *Código Penal anotado – Parte Geral e Especial*, p. 1328, nota 2.

Torna-se igualmente pertinente, questionar se o prejuízo de terceiro, está ou não, direta ou indiretamente, abrangido pela sanção da norma. Existe uma certa razoabilidade para tal ser aceite, dado que os recursos financeiros têm de estar disponíveis pelo valor que estão anunciados, caso a pessoa e/ou candidato não receba a totalidade disponível pela quantia monetária que está publicitada, o que pode evidenciar a existência de uma manobra fraudulenta atribuída ao funcionário.

Por fim, quanto à existência de interesses comunitários, visa-se para além da proteção desses fins financeiros da UE, não só, proteger a integridade do funcionamento das instituições UE das funções associadas aos respetivos trabalhadores enquanto deveres dos mesmos.

Secção IV - Quebra de segredo (artigo 8.º)

A infração que encima esta secção resulta na divulgação a terceiros da informação que é confiada a um funcionário, se e por causa das funções que ocupa, podendo comprometer a integridade das tarefas que lhe estão confiadas. Logo, lesa o bem jurídico dos interesses económicos da UE conforme a última parte do normativo. Neste projeto a lesão advém da perturbação da atribuição de subsídios, ou concessões de ajudas em concursos e cuja revelação pode ser lesiva faces aos objetivos que estejam na base da concessão dessas ajudas.

A informação privilegiada à qual o funcionário tem acesso deve estar sob sigilo, por razão da sua função, em virtude do segredo com que as matérias estão classificadas. Quanto ao agente, este tem de ser um funcionário encarregue de ter conhecimento da informação em sigilo, pelo que o acesso a tais informações é uma condição imperativa da prática do crime. É razoável, portanto, excluir do âmbito de proteção da norma, o agente que, na qualidade de funcionário, não tenha acesso a essa informação classificada.

Objetivamente, o segredo revelado ⁽¹⁵⁸⁾, tem de estar relacionado com uma das seguintes situações: controlo de lucros e/ou rendimentos, atribuição de subvenções ou subsídios que sejam do conhecimento do agente e que dada a importância que têm exigem sigilo, em virtude

⁽¹⁵⁸⁾ Sobre a revelação, a doutrina em Portugal (VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal anotado e comentado: legislação conexa e complementar*, Lisboa: Quid Iuris, 2014, p. 1019, nota 6), tem entendido que a ofensa visa duas vítimas em dimensões distintas: a pessoa que confiou o segredo e a UE, incluindo os próprios Estados-Membros.

Deve-se referir que se considera que o segredo não é só revelado quando se torna público, mas quando o mesmo é dado a conhecer a terceiro, (...) *qualquer extensão do conhecimento do segredo para lá do círculo restrito que têm o direito de conhecê-lo constitui, pois, revelação típica.* (op. cit., p. 1019).

do risco da sua generalização, por serem aptas a colocar em risco os meios relativos às finanças da UE.

Em face do exposto, para preencher o conceito de sigilo, podemos estar perante a necessidade de recorrer a normativos de outras áreas do Direito (ou mesmo conceitos extrapenais), no que consiste em “normas penais em branco”. Exige-se, assim, a verificação de um nexo de imputação objetiva, isto é, se o segredo for público ou se o tempo, entretanto decorrido, retirar ao segredo o interesse associado, pode não haver de todo segredo. Idêntico raciocínio se pode desenvolver para um terceiro que revela o segredo, não estando obrigado a mantê-lo.

Secção V – Considerações sobre o Direito sancionatório do *Corpus Iuris* 2000 (Capítulo II, Parte Geral dos Crimes, artigo 9.º e Capítulo III, Sanções, artigo 14.º)

O Direito Penal europeu como já se referiu atua perante o momento de risco do bem jurídico ou num momento *mediático*. Esta atuação, pode levar a que o legislador comunitário, na urgência de punir determinados comportamentos, tenha um critério desproporcional em face dos bens jurídicos carentes de proteção.

Refere ANA RITA GIL acerca da 2ª parte do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, que *o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais quando for imprescindível para assegurar outros bens fundamentais* ⁽¹⁵⁹⁾, o que demonstra que na necessidade de se garantir um bem fundamental recai sobre o Estado a faculdade de poder atuar sobre os direitos constitucionais, por forma a proteger valores, europeus.

Ora, refere MÁRIO FERREIRA MONTE, acerca das soluções aplicáveis no Direito Penal que *[a]s soluções vertidas nos códigos penais e nas leis penais em geral são, muitas vezes, a resposta dada a exigências comunitárias, sociais* ⁽¹⁶⁰⁾. Tal, significa que existe uma dupla funcionalidade do *ius puniendi* dos Estados-membros a que se deve obedecer, seja da carência protetora da missão financeira da UE, seja de carência social.

Este regime, como fim da justiça penal, tem exigências a nível de prevenção geral positiva ou de integração e de prevenção especial positiva ou de socialização. A aplicação de uma pena, uma liberdade reconhecida aos Estados-membros para a sua escolha ⁽¹⁶¹⁾, é o meio que a

⁽¹⁵⁹⁾ ANA RITA GIL, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», p. 183.

⁽¹⁶⁰⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», p. 693.

⁽¹⁶¹⁾ (...), *quando a efetividade do direito comunitário o exige, ser eventualmente enquadrada pelo legislador comunitário*. – cfr. Pdf consultado no dia 17 de abril de 2017 p. 04 disponível em [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0583_/com_com\(2005\)0583_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0583_/com_com(2005)0583_pt.pdf).

justiça penal tem de salvaguardar o bem jurídico num determinado caso em concreto, quando a eficácia de uma norma europeia seja colocada em causa, como revela o processo C-176/03, anteriormente explicitado. O Direito Penal europeu prevê, por isso, normas incriminadoras com efeito indireto, ao contrário da intenção inicial do projeto *Corpus Iuris 2000*, - que pretendia tornar-se numa referência no conjunto de crimes que previa.

Neste capítulo do *Corpus Iuris 2000*, ficaram discriminadas as sanções aplicáveis aos crimes descritos até aqui. O elemento subjetivo ou *mens rea* ⁽¹⁶²⁾, é questionável no que respeita aos princípios que subjazem o *Corpus Iuris 2000*, esta técnica sancionatória não é passível de ser utilizada pela UE, pelo que a falta de prática desta organização internacional, nesta matéria, não permite aferir com certeza a proporcionalidade e a necessidade da eficácia das normas descritas desde do artigo 1.º ao artigo 8.º daquela tentativa de compilação legal. Resulta que, esta prática sancionatória esta adstrita à soberania dos Estados-membros, incidindo sobre as liberdades individuais como forma de prevenir e integrar o agente na sociedade dado possuírem conhecimento comprovado das praticadas de cada um dos povos individualmente.

⁽¹⁶²⁾ Termo utilizado na versão inglesa do *Corpus Iuris 2000*.

Conclusão

A dissertação visou identificar os objetivos que ficaram patentes no *Corpus Iuris 2000*. O sentido tomado pelo legislador europeu dirige-se para a proteção dos Direitos de crédito/interesses financeiros em prol da manutenção da UE enquanto organismo transfronteiriço. Hoje, o Direito Penal europeu encontra nos pluralismos democráticos e nas tradicionais culturas dos Estados-membros o problema do afastamento das culturas dos Estados europeus que pertencem a esta organização política. Nas respetivas Constituições ainda não existem as condições necessárias para unir o Direito Penal. A Constituição Europeia não completa a solução do problema em aberto, ponto que falhou e não é expectável que o projeto retorne, ao menos a breve trecho. Donde, será antes mais provável o crescimento cada vez maior dos crimes económicos, e com a insegurança das instituições europeias para controlar esse fenómeno, fruto da ausência de uma codificação única.

É um projeto muito discutido, na medida em que se pretende saber se a harmonização/unificação de um Código Penal é eficaz para prevenir esses comportamentos ilícitos e se deve ser aplicável mutuamente sob uma cooperação intergovernamental entre Estados-membros, em matérias tão sensíveis e subordinadas a soberania de um Estado-membro. Acrescenta-se que ao abrigo do princípio da subsidiariedade, as oito infrações aqui analisadas nunca poderiam integrar o ordenamento jurídico português, por exemplo, uma vez que no Direito Penal português já se legislou quanto a esses tipos de crime, assegurando a sua proteção, se aos delitos for aplicável a Lei portuguesa, ao abrigo dos artigos 5.º e 6.º do nosso CP. Mas a dúvida mantém-se, uma vez que os ilícitos do projeto visam somente os interesses orçamentais da Europa, enveredando o CP português, como lhe compete, por zelar somente pelos bens jurídicos estritamente nacionais.

Como refere ANA RITA GIL, *[o] Direito Penal europeu é, pois, ainda, um direito virtual, que só ganha existência a partir do momento em que é Direito nacional* ⁽¹⁶³⁾. Daqui se retira que o processo de aproximação das legislações penais europeias permite fazer transparecer a existência de um Direito Penal supranacional que resulta da intervenção das leis penais dos Estados-membros e de normas europeias das instituições da UE.

⁽¹⁶³⁾ ANA RITA GIL, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», p.159.

O *Corpus Iuris 2000*, presentemente, é entendido como um fim de um projeto, *havendo mesmo quem fale em «modelo de utopia legal, cujo o êxito depende mais da vontade dos Estados-membros em pretender de facto ultrapassar aquelas questões antes postas, do que das próprias soluções ali consubstanciadas»*.⁽¹⁶⁴⁾ Destarte a vontade dos Estados-membros, resume-se à iniciativa política de atribuir as políticas criminais a um organismo internacional externo às instituições nacionais, mas, é prioritário para a UE conseguir uma solução que proteja os interesses financeiros. Neste tema existe um contributo político, porém o Direito Penal nunca viu um poder partilhado ao menos desta forma e, por isso, seria um feito histórico inédito a aplicação de um Direito Penal aos vários Estados-membros.

O Tratado de Lisboa, no n.º 1, do artigo 4.º, do TUE tipifica que, *as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem ao Estados-Membros.*, isto é, as competências que são dos Estados-Membros são da sua responsabilidade no que se conhece como princípio da subsidiariedade.

Este projeto legal, apesar de não ter sido aplicado, foi o embrião de novas soluções no âmbito da proteção dos interesses financeiros da UE como se reflete na Diretiva 2001/0115(COD), e Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa ao combate à corrupção no setor privado.

Assim, restava uma de duas opções disponíveis para os Estados-membros ou implementavam o pequeno pacote normativo que este projeto previa, ou o mesmo era implementado através de Diretivas que não interferem com as normas de Direito interno que protejam interesses financeiros da UE. Com o Tratado de Lisboa substitui-se um *ius puniendi* direto por um *ius puniendi* indireto, a utilização de Decisões-Quadro foi substituída pelas Diretivas em prol da aproximação legislativa em lugar do efeito direto das primeiras decisões-quadro.

Mas estas medidas são o melhor exemplo de que a realização de um Código Penal europeu está longe de ser realidade, dado que, efetivamente, só quanto a um número reduzido de crimes é que ainda se discute em que medida podem eles ser aplicados numa área tão abrangente como é o Direito Penal.

Seguidamente, e numa alusão aos princípios pelos quais se rege o Direito Penal europeu, destaca-se o já o aludido princípio da subsidiariedade, como mecanismo de resolução de conflitos positivos entre as leis europeias e as leis portuguesas em matéria penal. Sob o fundamento

⁽¹⁶⁴⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», pp. 723 e 724.

da cultura, a lei nacional deve, sem dúvida alguma, ter o privilégio sobre as leis europeias, atendendo ao registo histórico que nesta dissertação se evidenciou e que é a base do nosso sistema-pena. Na verdade, as instituições europeias, ainda se encontram muito afastadas da realidade sociocultural de cada país.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia do Direitos do Homem*, 3.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALMEIDA, LUÍS DUARTE D', *Direito Penal e Direito Comunitário. O Ordenamento Comunitário e os Sistemas Juscriminais dos Estados-Membros*, Coimbra: Almedina, 2001.

BACIGALUPO, ENRIQUE, «Existem condições para um Direito Penal Europeu?» in: *Revista Julgar*, n.º 6, setembro-dezembro, 2008 pp. 23-33.

CAEIRO, PEDRO, «Perspectivas de formação de um Direito Penal da União Europeia», in: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 6, n.º 2, abril/junho, 1996, pp. 189-208.

CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, VITAL *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA, *Compreender as políticas da União Europeia: A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção*, 2014, disponível em: <http://www.norte2020.pt/sites/default/files/public/uploads/documentos/LutaFraude.pdf>

COMISSÃO DAS LIBERDADES PÚBLICAS E DOS ASSUNTOS INTERNOS, *Relatório sobre os procedimentos penais no quadro da União Europeia (Corpus Juris)*, 1999, disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0091+0+DOC+XML+V0//PT>

COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA, «Alguns princípios para um direito e processo penais europeus», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n.º 2, abril/junho, 1994, pp.199-215.

COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA «Anotação ao art. 372.º do Código Penal», in: Jorge Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 654-686.

CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, «Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea» in: *Revista Penal*, n.º 16, 2005

DELMAS-MARTY, MIREILLE, «A caminho de um modelo europeu de processo penal», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, n.º 2, abril/junho, 1999, pp.229-243.

DIAS, AUGUSTO SILVA DIAS, «De que Direito Penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre Algumas Propostas Recentes de constituição de um direito penal comunitário», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 3, julho/setembro, 2004, pp.305-323.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Feral do Crime*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRO, MIGUEL SOUSA FERRO «Acórdão C-176/03 do TJCE: A comunitarização das Competências penais?», in: *Revista do Ministério Público*, Ano 27, n.º 107, 2006 pp.189-212.

FIDALGO, SÓNIA «Direito Penal Europeu: entre uma Europa Securitária e uma Europa Solidária», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, pp. 931-966.

GARCIA, MIGUEZ e RIO, J. M. CASTELO, *Código Penal anotado – Parte Geral e Especial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

GIL, ANA RITA, «Da necessidade de um paradigma de criminalização para um Direito Penal europeu», in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano IX, n.º 17, 2009, pp. 157-195.

GOMES, CARLA AMADO, «Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição?», in: *Revista do Ministério Público*, Ano 27, n.º 107, 2006, pp. 213-230.

GOMES, JOSÉ LUÍS CAMELO, *Tratado de Lisboa, tratado da União Europeia (anotado com todas as versões anteriores), Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (anotado com todas as versões anteriores)*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010.

LOPES, MANUEL CARLOS e ANASTÁCIO, GONÇALO; *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.

MARAVÉ, NOELIA CORRAL, «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», in: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2016.

MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *O projeto de Constituição Europeia*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

MONTE, MÁRIO FERREIRA, *O direito penal europeu de “Roma” a “Lisboa”: subsídios para a sua legitimação*, Lisboa: Quid Iuris, 2009.

MONTE, MÁRIO FERREIRA, «Da autonomia constitucional do direito penal nacional à necessidade de um direito penal europeu», in: ANTÓNIO CÂNDIDO OLIVEIRA (Coord.), *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Almedina, 2004.

PARLAMENTO EUROPEU, *Os Tratados de Maastricht e de Amesterdão*, 2017, p. 1 disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.1.3.pdf

PARLAMENTO EUROPEU, Conclusões do Conselho de Tampere, disponível em http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

PEREIRA, VITOR DE JESUS RIBAS «Serviço e servir-se do público: da corrupção e do branqueamento de capitais», in: JOSÉ DE FARIA COSTA; INÊS FERNANDES GODINHO; SUSANA AIRES DE SOUSA (Coords.), *Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu*, Coimbra Editora, 2014, pp. 277-296.

PEREIRA, VICTOR DE SÁ e LAFAYETTE, ALEXANDRE, *Código Penal anotado e comentado: legislação conexa e complementar*, 2.^a ed., Lisboa: Quid Iuris, 2014.

PIÇARRA, NUNO «O espaço de liberdade, segurança e justiça. Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de Ensino da Cadeira», in: *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano X, n.º 19, 2010, pp. 233-366.

PORTELA, IRENE, «A intangibilidade da fraude e da corrupção formas de combate adequadas», in: JOSÉ DE FARIA COSTA; INÊS FERNANDES GODINHO; SUSANA AIRES DE SOUSA (Coords.), *Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp.243-253.

PRATA ANA (Coord.), VEIGA, CATARINA e VILALONGA, JOSÉ MANUEL, «Dicionário Jurídico», Vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009.

RAMOS, VÂNIA COSTA, *Direito Penal Europeu Institucional - O quadro “pós-Lisboa” – por mares nunca antes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B2509c605-5053-470f-bd36-1686158ac0e8%7D.pdf>.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA e MOTA, JOSÉ LUÍS LOPES DA, *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, JOANA AMARAL, *Um Ministério Público europeu: algures entre o optimismo e a resistência? Da protecção dos interesses financeiros comunitários às possibilidades de desenho do novo órgão*, Coimbra: Almedina, 2012.

TIEDEMANN, KLAUS, «La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea» in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Fasc/Mês 2, 1996, pp. 385-405.

VOGEL, JOACHIM, «Política Criminal y Dogmática Penal Europeas» in: *Revista Penal*, n.º 11, 2003.