

CAPÍTULO 26

A COMUNIDADE EUROPEIA E A HARMONIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL E DA POLÍTICA COMUNITÁRIA¹

John A. E. Vervaele

Professor de Direito Penal Financeiro e Econômico, Rechtsgeleerdheid,
Universiteit Utrecht; Professor de Direito Penal Europeu, Collège d'Europe
Trad. Ana Cristina Gomes

Introdução

A primeira vez que viajei a Freiburg em 1987 para uma visita de estudo no Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Universität Freiburg na Rua Erbprinzen soube que eu estava me dirigindo à Meca. Minhas expectativas foram mais que satisfeitas. O Instituto tinha a melhor biblioteca do mundo nesta área de investigação. Era, ainda, notável que a coleção não era só excelente no que concernia às fontes alemãs, mas que também era boa no que concerne ao Direito Comparado e ao Direito Europeu. A livraria refletia seu pai espiritual. A marca de *Tiedemann* estava presente por toda parte. Em sua biblioteca, ele trouxe à vida sua visão sobre o conhecimento jurídico. Em pouco tempo sua biblioteca se converteu em um lugar para investigadores de todo o mundo. E, não inoportunamente, *Klaus Tiedemann*, os assistentes e a secretária eram extremamente acessíveis. Eu havia me deparado com a Meca da cultura acadêmica. E por isso que não é de surpreender o fato de que, desde 1987, tenho feito numerosas breves visitas de trabalho à rua Erbprinzen.

Graças à nossa paixão compartilhada pelo mundo ibero-americano e sua cultura jurídica, conhecemo-nos pessoalmente e cada vez melhor. Nossos caminhos se cruzaram em numerosas conferências onde podemos trocar pontos de vista. Sempre foi uma experiência maravilhosamente enriquecedora conversar e discutir com ele. Não só *Klaus Tiedemann* é um especialista em *Wirtschaftsstrafrecht*, mas também tem um grande conhecimento geral no campo do direito penal. Inclusive, sempre logrou combinar isto com uma grande riqueza de experiência humana.

Klaus Tiedemann também tem uma grande paixão pela Europa e é um pioneiro no campo do Direito Penal Europeu. Por meio de sua publicação sobre fraude de subsídios (*Subventionsbetrug*), sendo ele um dos primeiros na Europa, levou os fundamentos da pesquisa para a dimensão europeia da justiça penal doméstica. Eu tive o prazer de desfrutar plenamente do seu entusiasmo e conhecimento nesse campo para o estudo da implementação do *Corpus Juris*². Junto com a colega *Mireille Delmas-Marty* foi dado forma e conteúdo a um projeto para o modelo europeu no campo da direito penal. Naquela época, claramente não se cansava da matéria de estudo, no entanto, seu trabalho pioneiro nesta

¹ Este artigo é uma versão reescrita e substancialmente atualizada (desde 15 de julho de 2007) de Vervaele, J.A.E., *The European Community and Harmonization of the Penal Law Enforcement of Community Policy. Accessio Bonorum from the Third to First Pillar?* Em Kimmo Nuotio (Ed.), *Liber Amicorum Raimo Lahti*, 2007 (Próximo a ser publicado)

² M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele, *The Implementation of the Corpus Juris in Member States*, vol. I-IV, Antwerp-Oxford, 2000-2001.

área também resultou em um livro fabuloso sobre Europa-Delikte³, que combina um excepcional conhecimento e experiência nas áreas *Wirtschaftsstrafrecht* e direito penal europeu.

Neste contexto, tive que fazer uma escolha em relação a minha contribuição para Klaus Tiedemann. Por um momento hesitei entre uma contribuição sobre Ibero-américa ou uma de direito penal europeu, mas finalmente optei por um tema relacionado ao direito penal europeu que é de grande relevância neste momento e continuará sendo de grande importância para a formação futura do Direito Penal Europeu. O próprio Klaus Tiedemann ofereceu um contributo para a base jurídica de direito penal europeu em 1999⁴. Klaus Tiedemann sempre defendeu uma competência funcional da Europa no campo do direito penal, mesmo dentro do Tratado da Comunidade Europeia. Muitas vezes, encontrava-se só em seus pontos de vista, especialmente na Alemanha, mas é uma evidência da grande coragem e visão que continue a defender esta posição. É claro que nem sempre foi compreendido, como na primavera de 2006, quando vários Estados-Membros ficaram alarmados pela (ainda mais marcante) erosão europeia do direito penal nacional. A causa direta disso foi o julgamento da grande Câmara da Corte Europeia de Justiça no caso C-176/03⁵ com relação à harmonização das penas em casos ambientais, em que a Comunidade Europeia (CE) foi considerada pela primeira vez como competente para harmonizar a aplicação do Direito Penal à política comunitária⁶. Assim, esse tema é a contribuição ideal para uma *Festschrift* a Klaus Tiedemann, uma vez que é em parte resultado de sua iluminada reflexão. Esta reflexão também se reflete no Tratado Reformador⁷, que é o resultado do Conselho Europeu de 21/22 de Junho de 2007 sob a presidência. O projeto de Tratado Constitucional foi alterado pelo Tratado Reformador, em que a harmonização do direito penal e da cooperação internacional em matéria penal tornou-se plenamente parte do processo de integração comunitária.

A europeização do direito penal tem se desenvolvido continuamente desde a promulgação do Tratado de Maastricht. De onde vem o medo de harmonização do direito penal no primeiro pilar de sustentação? Importa realmente se a lei penal nacional é harmonizada por meio de Diretivas ou Decisões-Marco? Não é isto apenas uma questão institucional de Bruxelas? A questão central desta contribuição são quais consequências jurídicas e políticas podem ser esperadas a partir do acórdão do Tribunal⁸. Respostas a estas perguntas só podem ser encontradas, em primeiro lugar, revisando o contexto histórico da relação pacífica e pequena entre a integração europeia e direito penal nacional (seção 2), e, segundo, analisando o impasse político crescente, neste caso, ocorrido após a entrada em vigor do Tratado da União Europeia (seção 3). As implicações do julgado serão analisadas através da análise da posição da Comissão (seção 4), o Conselho de Justiça e Assuntos do Interior de certos Estados-Membros em relação ao julgado. Na seção 6, vamos explorar mais profundamente desenvolvimentos recentes com uma análise das

³ K. Tiedemann (ed.) *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002.

⁴ K. Tiedemann *Reflexions sur la base juridique du Corpus Juris*, AGON Nr. 23 (1999), 7.

⁵ Caso C-176/03, *Comisión v. Consejo*, julgamento de 13 de setembro de 2005.

⁶ No parágrafo 48 do julgado se lê o seguinte: "As a general rule, neither criminal law nor the rules of criminal procedure fall within the Community's competence (...) However, the last-mentioned finding does not prevent the Community legislature, when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure for combating serious environmental offences, from taking measures which relate to the criminal law of the Member States which it considers necessary in order to ensure that the rules which it lays down on environmental protection are fully effective".

⁷ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf

⁸ Para uma análise exaustiva do próprio

propostas da Comissão e da jurisprudência do Corte de Justiça, para depois concluir, subseqüentemente, na seção 7 com algumas considerações finais.

Integração Europeia e Direito Penal, História do Desenvolvimento ⁹

Não é nenhum segredo que os pais fundadores da CE ignorarem certa medida a importância da aplicação do Direito Comunitário. Além de algumas poucas exceções no direito do Tratado primário, como a obrigação dos Estados-Membros em criminalizar as infrações de confidencialidade de Euraton ou perjúrio frente a Corte de Justiça Europeia¹⁰ mantiveram um silêncio resolutivo no que concerne à aplicação do Direito Comunitário. O Tratado da CE não prevê claras bases jurídicas nem poderes atribuídos a cada aplicação direta na CE (com exceção da aplicação das regras europeias da concorrência), ou para aplicação indireta do direito comunitário pelos Estados-Membros. Isto significa que a aplicação da política comum agrícola e pesqueira, do Código Aduaneiro da Comunidade, dos regulamentos do mercado de valores europeu, as regras de fraude de subsídio, a política ambiental europeia, etc. foi deixada completamente à autonomia dos Estados-Membros. É em grande parte graças à Corte que essa autonomia tem sido definida de alguma forma. Os Estados-Membros estão vinculados pela interpretação do artigo 10 da CE (o dever de cooperar, o chamado princípio do Estado-Membro de fidelidade). A Corte de Justiça estabeleceu que Estado-Membro tem o dever de aplicar o direito comunitário, de modo que tenha que promover procedimentos e sanções que são efetivas, proporcionais e dissuasivas, e ofereçam um grau de proteção que é semelhante ao oferecido na aplicação de disposições do direito nacional de natureza e importância similar (o princípio da equiparação). Não só compete a legislação nacional satisfazer esses requisitos, mas também deve ser implementado no decurso da execução¹¹.

A CE reconheceu rapidamente a lacuna no Tratado CE, que diz respeito à legislação. Já em 1976 foi feita uma tentativa para complementar o Tratado CE, com dois protocolos sobre fraude na CE e corrupção de oficiais da CE. No entanto, nenhum protocolo obteve aprovação política no Conselho de Ministros (Conselho)¹². Portanto, em contraste, no período entre 1975 e 1990, a Comissão foi obrigada a explorar os limites políticos e jurídicos do Tratado CE. A Comissão, apoiada pelo Parlamento Europeu, já pensava, então, que havia um déficit considerável de aplicação por parte dos Estados-Membros. Portanto, a Comissão apresentou várias propostas legislativas concretas ao Conselho, a fim de forçar os Estados-Membros a usar tanto o direito administrativo (punitivo) como o direito penal na aplicação do Direito Comunitário.

O Conselho aprovou muitas das propostas da Comissão, obrigando os Estados-Membros a impor sanções administrativas punitivas, especialmente no campo da política agrícola. As Regulamentações em questão prescrevem multas, confisco ou garantias financeiras, excluindo sistemas de subsídios, a desqualificação profissional, etc. Esta harmonização não estava em absoluto limitada a sanções reparatórias, mas preocupado especificamente com sanções punitivas. Os Estados-Membros eram obrigados a proporcionar regras para estas sanções e a aplicar-las. Obviamente, os Estados-Membros também tinham a liberdade para impor tais sanções, no todo ou em parte, por meio da

⁹ Para uma análise mais detalhada confira J.A.E. Vervaele *The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in P. Demaret, I. Govaere & D. Hanf (eds.) *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, P.I.E.-Peter Lang*, Brussels, 2005, p. 277-298 and N. Haekkerup *Controls & Sanctions in the EU Law*, Djøef Publishing, Copenhagen, 2001.

¹⁰ Art. 194(1) Euraton Treaty; Art. 30 of the Statute of the European Court of Justice

¹¹ Confira Caso 66/88, Comissão v. Grácia, [1989] ECR 2965 e a Comunicação da Comissão como resultado deste caso, OJ C 147/3, 1990.

¹² J.A.E. Vervaele *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Kluwer, Deventer 1992, 85-96.

aplicação da lei penal, em vez de usar exclusivamente ou em parte, a regulamentação administrativa, se estava em conformidade com os requisitos para a aplicação como estabelecido pela Corte. A crescente influência do direito da CE no direito das sanções punitivas não foi bem recebida pelos Estados-Membros. Alguns Estados-Membros consideraram que a CE estava aplicando o Tratado CE de modo extensivo demais ou, mais ainda, que havia imposto obrigações apesar da falta de uma base jurídica adequada. A Alemanha, em 1990, considerou que havia chegado a um limite. Dois Regulamentos sobre a agricultura¹³ formaram a desculpa perfeita para intentar uma ação perante a Corte solicitando a anulação. As Regulações não só prescreveram a restituição com um adicional de subsídios injustificadamente obtidos, mas também a exclusão punitiva dos esquemas de subsídios. A Alemanha acreditava que a CE não tinha competência para prescrever sanções punitivas. O que foi marcante neste caso foi que nenhum dos outros Estados-Membros interveio para apoiar a Alemanha em sua disputa. A Alemanha recebeu uma surpresa abrupta quando em 1992 a Corte em seu julgamento no processo C-240/90¹⁴ reconheceu que a CE tinha competência para adotar medidas, incluindo sanções punitivas, que sem dúvida, se inserem no âmbito de aplicação das garantias do direito penal do artigo 6º CEDH. Este julgamento referênciava, finalmente esclareceu a polêmica em torno da competência da CE para harmonização das sanções (punitiva) administrativas. Cerca de 14 anos depois, não se pode dizer que a CE fez um uso explosivo de seu poder, mas justamente o oposto.

É certo que em muitas áreas do Direito Comunitário não se tem tomado, em absoluto, nenhuma iniciativa nessa direção. Pode-se pensar, por exemplo, no direito ambiental, no direito dos seguros, no direito tributário etc. Segundo minha opinião, a Comissão tem demonstrado iniciativa insuficiente para dar alguma forma sistemática ou consistente à harmonização da aplicação administrativa. Por consistente quero dizer que uma política deve ser considerada e aplicada horizontalmente. Além disso, a Comissão não conseguiu usar seu poder para definir uma política de aplicação à CE a partir da qual se pode concluir claramente em que área a política de harmonização da aplicação administrativa pelos Estados-Membros seria necessária. Muitas vezes, uma abordagem *ad hoc* é implementada pelas direções gerais (DGs) da Comissão. Por outro lado, a Comissão não pode ser justificadamente culpada por todos os males. Também é sua tarefa não sobrecarregar o Conselho com iniciativas que estão fadadas ao fracasso ou que apenas levem a estabelecer tensão política entre a CE e os Estados-Membros. Deve-se admitir que em algumas áreas, como serviços financeiros, e definitivamente em matéria de tributação, é impossível ganhar apoio no Conselho de prescrever a aplicação administrativa punitiva.

A competência da CE para harmonização do direito penal nacional é claramente um assunto complexo e delicado. Para explicar isso usando a terminologia das penas: suportar o assédio das críticas. Devido à lacuna legislativa no Tratado CE, podem ser adotadas as posições mais divergentes. Até recentemente, muitos argumentaram, em termos pouco incertos, que o direito penal pertencia ao território exclusivo da soberania nacional. Os advogados criminais, muitas vezes não parecem perceber que a soberania não impede que o direito internacional e supranacional influencie o direito penal nacional. O direito da União Europeia (os tratados de direito penal e resoluções do Conselho de Segurança), o

¹³ Regulación 1260/90, OJ L 124, 1990, p. 715 y Regulación 1279/90, OJ L 126, 1990, p. 20

¹⁴ Caso C-240/90, Alemanha v. Conselho y Comissão, [1992] ECR I-5383. Para uma análise mais detalhada da harmonização da CE e a aplicação administrativa, veja J.A.E. Vervaele Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, in: J.A.E. Vervaele (ed.) Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands, Kluwer, 1994, Deventer-Boston, 161-202., <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2005-0622-155517/4371.pdf>; J. Schwarze, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht", *EuZW* 2003, Heft 09, 261-269 and M. Poelemans La sanction dans l'ordre juridique communautaire, Bruylant, 2004

direito do Conselho da Europa (o CEDH e tratados de direito penal) exercem influência sobre o direito penal nacional. Isto seria também interferência da ONU e do Conselho da Europa? Claro que não, já que os estados têm-se manifestado de acordo com estes tratados e com os objetivos políticos e legais das organizações em questão. O mesmo pode-se dizer do processo de integração europeia. Os Estados-Membros têm lhe dado forma e substância através de tratados constitutivos. Claro que o processo de integração europeia com sua ordem legal dividida tem sua própria dinâmica. De qualquer forma, também aqui, os Estados-Membros estão constantemente envolvidos nestes processos. Basta dar uma olhada nas agendas dos advogados na elaboração de uma legislação no Ministério Holandês de Justiça, incluindo aqueles que lidam com o direito penal, para dar-se conta do quanto profundamente envolvido se encontra o Estado-nação em uma definição mais completa da política e da legislação de Bruxelas.

Na jurisprudência do TJCE é perfeitamente claro que o direito processual penal pertence à esfera de competência dos Estados-Membros¹⁵, mas que o direito comunitário pode impor requisitos para o cumprimento e interpretação desta competência no marco da aplicação do direito comunitário. O direito penal não só deve ser deixado de fora quando as regras para a aplicação são contrárias ao Direito Comunitário (interpretação negativa).

O direito comunitário também de forma inequívoca estabelece os requisitos que a aplicação do direito penal nacional deve atender se for aplicado com o objeto de conformidade com o direito comunitário (integração positiva). Este dever de aplicar em conformidade com certos requisitos também se aplica ao direito penal se os Estados-Membros decidem que esta é a nova ferramenta que eles usaram para aplicar o Direito Comunitário¹⁶. Os Países Baixos tinham experiências anteriores com uma fraca implementação das regras da política pesqueira. Além disso, os Países Baixos estão muito atentos para o fato de que uma aplicação falha no campo da luta contra a gripe suína ou nos subsídios concedidos pela European Social Fund¹⁷, não pode ser justificados citando a soberania nacional ou os conhecimentos de direito penal nacional. Os requisitos que a CE estabeleceu para a aplicação do direito penal nacional também se estendem à prática e à política do direito penal. Isso significa que, por exemplo, dar forma a uma política sobre quando julgar um caso ou uma acusação, e o exercício do poder discricionário processual nos casos que são relevantes do ponto de vista do Direito Comunitário, onde os interesses da CE devem ambos, também, ser ponderados¹⁸.

Uma separação hermética entre a política de direito penal dos Estados-Membros e àquela da CE, nunca existiu. Tanto de *iure* como de fato, o processo de harmonização indireta da CE do direito penal nacional, principalmente do direito penal especial, tem continuado por décadas, a ordem jurídica da Comunidade e a integração também inclui o direito processual penal do Estado-Membro, assim, como resultado tem-se a autonomia dos Estados-Membros restringida. O modelo de integração europeia não é compatível com restringir o direito penal às fronteiras nacionais, onde permanecerá fora do alcance de qualquer influência que possa ter o Direito Comunitário. A questão chave é, no entanto, se a competência da CE para harmonizar as tensões se estende tanto para permitir diretamente à CE a obrigar os Estados-Membros a criminalizar as violações das regras comunitárias. Pode a competência da CE impor exigências quanto à natureza e gravidade da pena? Estendem-se, acaso, estas possíveis competências desde o âmbito de aplicação *ratione materiae*, *ratione personae*, e *ratione loci*, aos aspectos processuais, às modalidades de aplicação (estatuto de limitações, absolver ou absolvição de cargos etc.)? Em torno

¹⁵ Caso 203/80, Casati, [1981] ERC 2595.

¹⁶ Caso 68/88, Comissão v. Grécia, [1989] ECR 2965 e Caso C-226/97, Lemmens, [1999] ECR 195.

¹⁷ J.A.E. Vervaele, Fraude met Europese sociale subsidies in Nederland, NJB 2001, 2167-2175.

¹⁸ Case C-265/95, Comissão v. França, [1997] ECR I-6959.

dessas questões há e tem havido muito debate na literatura. A maioria dos autores de direito penal¹⁹ na Europa negam que a CE tem algum poder, por mínimo que seja, para harmonizar o direito penal diretamente.

A Comissão e o Parlamento têm tentado há décadas convencer o Conselho para que imponha uma obrigação da Comunidade sobre os Estados-Membros para aplicar penalmente a política da CE. As propostas legislativas para esse fim, por exemplo, no domínio do branqueamento de capitais e abuso de informação privilegiada²⁰ eram funcionais em sua abordagem e só forneceram uma harmonização limitada. Em geral, essas propostas obrigaram os Estados-Membros a criminalizar certos atos intencionais e, portanto, proferir uma sentença penal e, no caso de infrações graves, uma pena de prisão. Estas propostas não contêm qualquer disposição concreta em relação à matéria dessas sentenças penais e quanto às penas de prisão. No entanto, mesmo a abordagem de harmonização limitada nunca foi capaz de conquistar o Conselho. O Conselho, como sempre, aprovou as propostas, mas só depois de emenda-las, de maneira que as obrigações foram despojadas do *packaging* do direito penal. Qualquer e toda referência à natureza penal das obrigações foi sistematicamente apagada. As provisões proibitivas ou obrigações de direito penal foram trocadas por provisões proibitivas ou obrigações de natureza administrativa. Obrigações de impor sanções penais foram substituídas por sanções simples.

A neutralização político sistemática das posturas de harmonização do direito penal poderia indicar uma união firme por parte dos Estados-Membros no Conselho. Porém, os Estados-Membros estavam inteiramente divididos nestas questões a tal ponto que em 1990 os ministros de justiça designaram um grupo de trabalho do Conselho constituído de funcionários públicos com a tarefa de submeter a relação entre direito Comunitário e o direito penal a uma discussão fundamental²¹. Os peritos do governo concordaram em que o Direito Comunitário pudesse estabelecer requerimentos para um direito penal nacional, mas não se pode unir em uma posição inequívoca concernente à competência direta de harmonização do direito penal na CE: aqueles Estados-Membros que estavam a favor da competência – uma pequena maioria, entre os quais estavam os Países Baixos – contudo desejavam certas condições para sua representação. Semelhante harmonização só poderia ser uma fração do direito penal de uma área da política do direito Comunitário, sem ser harmonização do direito penal como tal. Esta harmonização deveria, isto é, inclusive, deixar intacto um número de pontos de partida ou garantias que foram consideradas pelos (alguns dos) Estados-Membros como essencial para o seu próprio direito penal (processual). Em relação a isso tem-se feito referências pela rejeição das responsabilidades penais das pessoas jurídicas, a rejeição da introdução de penalidades mínimas, princípios que tem um papel em sentenciar (por exemplo, o princípio da habilidade para pagar) e princípios que têm um papel no ajuizamento/seguimento de ofensas (por exemplo, a desistência ou desistir de cargos e resolução/acordo).

O informativo do grupo de trabalho dividido, para tanto, não resultou em uma revelação política. Dentro do marco do tratado da CE em vigência era politicamente impossível chegar a uma solução concordante. Uma diferença de opinião política

¹⁹ A posição da maioria entre os advogados criminalistas foi argumentada *inter alia* por Grasso, Tiedemann, Delmas-Marty, Vogel e Vervaele que definem uma competência funcional limitada. Para uma discussão recente e interessante entre partidários e detratores, veja Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Europäisches Strafprozessrecht, 2004, Heft 2, 332-474 and B. Schünemann (Hrsg) *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln 2004.

²⁰ Veja COM(90) 106 final, OJ C 106, 1990 para a proposta de uma diretiva que é a história prévia da Directiva 91/308 sobre a prevenção do uso do sistema financeiro com o propósito de branqueamento de capitais. Veja COM(87) 111 final, OJ C 153, 1987 and COM(88) 549 final, OJ C 277, 1988, que é a história prévia da Directiva 89/592 coordenando regulações sobre informações privilegiadas.

²¹ Segundo o Relatório do grupo de trabalho ad hoc veja J.A.E. Vervaele *Fraud against the European Community*, Denver: Kluwer 1992, 313.

fundamental começou a desenvolver-se²². Os intentos holandeses durante a conferência intergovernamental para a preparação do Tratado de Maastricht para integrar aspectos de justiça penal, incluindo o poder de harmonização direta, no direito do CE estavam condenados ao fracasso. O compromisso de Luxemburgo, conhecido agora como a estrutura de três pilares, organizou a cooperação e harmonização do direito penal em um pilar semi-intergovernamental separado que entrou em vigor como parte do tratado de Maastricht em 1993. Com a entrada em vigor do tratado de Amsterdã em 1990, o terceiro pilar se livrou de seu caráter semi-intergovernamental e, por isso, se converteu em uma área da política da EU.

A cooperação do direito penal e a harmonização do direito penal na EU, uma estagnação política.

Estruturar o terceiro pilar para incluir a competência direta legislativa da CE no campo da cooperação em assuntos penais e harmonização do direito penal²³ não causou a batalha para subsidiar, senão o contrário. Afinal, o terceiro pilar é um poder suplementar que pode debilitar ou interferir com o conjunto de poderes da CE. Tanto o artigo 2 da CE como o artigo 47 da CE em conjunto com o artigo 29 da CE são claros com respeito a isso. A existência ou não deste poder não depende se, já antes da entrada em vigor do Tratado da EU, alguma regulação ou diretiva foi criada em algum momento de forma que impunha um dever de harmonizar o direito penal. O desuso deste poder não leva a sua rejeição, nem mesmo leva à entrada em vigor do tratado da EU. Não será a vontade política que determinará a competência legal, ao menos não sem emenda do Tratado. Entretanto, o terceiro pilar do direito penal tem sido definido por muitos como exclusivo, i.e., excluindo qualquer competência do direito penal dentro do primeiro pilar.

Em minha convicção, está claro desde o princípio que a divisão política do estado legal entre o primeiro e o terceiro pilar culminaria em uma batalha institucional de competência no que concerne a posição do direito penal dentro do EU. Ademais, esta divisão também deixou de lado a aplicação do direito administrativo e a aplicação do direito penal. Minhas previsões em 1995²⁴ se têm feito verdadeiras. Mais e mais seguindo a mesa da CE e a EU no que compete às propostas legislativas em que a principal preocupação é a questão fundamental do poder de harmonizar o direito penal. No caso de muitas das iniciativas legislativas do período desde 1993 a 2005, a Comissão se opôs diametralmente ao Conselho. Não tem sentido repetir aqui cada uma das iniciativas e contrainiciativas onde a CE e os Estados-Membros tem abalado o assunto no Conselho. Dois pontos são, contudo, relevantes para a presente análise. Em primeiro lugar, nem a Comissão nem os Estados-Membros apresentam propostas legislativas baseadas em uma bem pensada aplicação e uma política de direito penal. Neste sentido o programa de Tampere²⁵ tem previsto uma direção insuficiente. Mesmo em áreas de política de integração de grande alcance, como as do mercado interno, a união aduaneira ou a união monetária há um elemento final de aplicação. Em nenhuma destas instituições tem sido formado um plano político para representar uma visão integrada sobre a necessidade de harmonização satisfazendo a

²² Em que, por exemplo os Estados-Membros estavam preparados para criminalizar a lavagem de dinheiro baseando-se em obrigações que derivam do direito internacional tratado pela ONU e pelo Conselho Europeu, mas não pela CE. Veja a declaração intergovernamental da Directiva 91/308, OJ L 66/77, 1991.

²³ Veja Special Issue of Delikt em Delinkwent, 2002, September, Special Issue Panopticon, 2004, n.º 1; G. Corstens and J. Pradel European Criminal Law, 2002 and B. Hecker Europäisches Strafrecht, Berlin 2005; Groenhuijsen, M.S. (2004), Criminal Law in the European Union: a Giant or Small Step? In A. Moore (ed.) Police and Judicial Co-operation in the European Union, Cambridge, 2004, 221-243.

²⁴ J.A.E. Vervaele Law Enforcement in Community Law within the first and third Pillar: do they stand alone?, The Finnish Yearbook of International Law, Vol. VII, 1996, 353-369.

²⁵ Atualizada recentemente por COM(2004) 0401.

prevenção e a punição, e como parte do último problema, sobre a aplicação do direito penal e administrativo. Tanto no Conselho como na Comissão a aproximação tem sido predominante *ad hoc* e eclética. É assombroso que neste contexto a comissão não tenha apresentado nenhuma proposta da CE para a proteção penal do euro²⁶, que é, afinal, uma política monetária especialmente grave da CE, e tenha continuado por completo com o Conselho na elaboração de uma decisão-marco²⁷. Também é assombroso que em algumas áreas da política a Comissão tenha falado em favor de desenvolver algum tipo de iniciativa para a harmonização do direito punitivo administrativo ou o direito penal ou só tenham feito isto de forma limitada. Neste contexto, não se pode pensar em desenvolvimento financeiro e regulações de mercados. É verdade que recente Diretiva sobre Abuso de Mercado²⁸ obriga os Estados-Membros a aplicarem disposições provisórias administrativamente, mas nenhuma sanção obrigatória teria sido prescrita. O artigo 14 (2) autoriza a Comissão a fazer uma lista de medidas administrativas e penalidades, mas esta lista é apenas informativa. A falta de qualquer política penal bem contemplada também reflete na harmonização nas iniciativas para a harmonização do direito penal. Por que, por exemplo, a Comissão pressiona a harmonização do direito ambiental e a proteção do direito penal de interesses financeiros da CE²⁹, mas falha em fazer o mesmo no campo da competência pesqueira ou quanto ao financiamento do terrorismo? Por que insistem os Estados-Membros na harmonização do direito penal do terrorismo, xenofobia, para a proteção das vítimas de crime, mas não pela harmonização do direito penal das sérias violações das regras de segurança alimentar, infração da propriedade intelectual ou de manejo financeiro de negócios?

Ademais, é importante formar uma clara imagem dos conflitos institucionais legislativos entre a CE e a EU quanto à harmonização do direito penal. Em suma, três tipos de conflitos podem ser distinguidos durante o período se 1993 e 2005. O primeiro pode ser descrito como "*warding off*". A Comissão apresenta propostas para harmonização do direito penal do Direito Comunitário que o Conselho, subsequentemente, reprovava. No melhor dos casos, a proposta é neutralizada e despojada de sua *packaging* de direito penal. Aqui o Conselho aplica uma velha tática legislativa que foi usada no período anterior à entrada em vigor do Tratado da União Europeia. A proposta da Comissão de uma regulação dos controles oficiais relativos aos alimentos e pesos³⁰ (2003) é um excelente exemplo. A Comissão enfatiza a necessidade de promover a harmonização funcional da aplicação do direito penal que complementa a harmonização existente da aplicação do direito administrativo. A Comissão reclama que deveria ser realizada uma lista básica de ofensas cometidas intencionalmente ou por meio de negligências que poderia ameaçar a segurança dos alimentos e pesos e, portanto a saúde pública de modo que os Estados-Membros devem proporcionar uma sanção penal. A lista não deve limitar-se a ofensas cometidas na posição atual dos mercados de insegurança de pesos e alimentos. Para esta lista de sérias ofensas os Estados-Membros segundo o artigo 55 deveriam proporcionar um mínimo padrão penal:

'1. Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of feed and food law and shall take all measures necessary to

²⁶ O art. 12 da Regulação 974/98 limita-se a colocar em curso um dever para a aplicação em uma redação que nem sequer alcança o nível mínimo de formulação como posto em curso pela TJCE. A proposta da regulação, COM (2000) 492 final, sobre a proteção do euro contra a falsificação não continha nenhuma obrigação de direito penal.

²⁷ A Decisão-Marco 2000/383, sobre a crescente proteção por parte dos direito penais e outras combate sanções contra a falsificação em conexão com a introdução do euro, OJ L 140/1, 2000.

²⁸ Directiva 2003/6, OJ L 96/16, 2003.

²⁹ COM(2001) 272 final, OJ C 240 E, 2001.

³⁰ COM(2003)52 final, texto somente disponível na versão eletrônica em Eur-Lex.

ensure that they are implemented. The penalties provided for must be effective, proportionate and dissuasive. The Member States shall notify those provisions and any subsequent amendment to the Commission without delay. 2. For the purpose of paragraph 1, the activities referred to in Annex VI shall be criminal offences when committed intentionally or through serious negligence, insofar as they breach rules of Community feed and food law or rules adopted by the Member States in order to comply with such Community law. 3. The offences referred to in paragraph 2 and the instigation to or participation in such offences shall, as for natural persons, be punishable by sanctions of criminal nature, including as appropriate deprivation of liberty, and, as for legal persons, by penalties which shall include criminal or non-criminal fines and may include other penalties such as exclusion from entitlement to public benefits or aid, temporary or permanent disqualification from engaging in business activities, placing under judicial supervision or a judicial winding-up order.'

O fato de que as infrações sérias de segurança alimentar podem ameaçar a saúde pública tem sido comprovado conclusivamente por vários escândalos em torno dos alimentos em vários países europeus, os quais em alguns casos, por exemplo o envenenamento com azeite de couve na Espanha, tendo resultado na morte de muitos. Contudo, os Estados-membros não apresentaram uma proposta de uma Decisão-Marco, mas afastaram a proposta da Comissão de sua aparência no Conselho. Na regulação adotada o artigo 55 agora diz o seguinte:

' 1. Member States shall lay down the rules on sanctions applicable to infringements of feed and food law and other Community provisions relating to the protection of animal health and welfare and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented. The sanctions provided for must be effective, proportionate and dissuasive. Member States shall notify the provisions applicable to infringements of feed and food law and any subsequent amendment to the Commission without delay'³¹

O Segundo tipo pode ser descrito como um "sequestro", pelo qual o conteúdo de uma proposta de regulação ou uma diretiva é reproduzido como uma proposta de uma Decisão-marco ou vice e versa. A Comissão e os Estados-Membros se revezam para sequestrar o conteúdo das propostas de um e outro e subsequentemente o colocam em outro instrumento diferente. O choque na relação com a harmonização do direito penal ambiental é um exemplo (decisão-marco vs. diretiva)³². Em alguns casos isto tem levado a um estancamento, mesmo que em outros tenha levado a adoção de decisões-marco contrárias opinião da Comissão e do Parlamento Europeu.

O Terceiro tipo pode ser chamado "coabitação forçada", porque duas propostas são elaboradas paralelamente e em harmonia uma com a outra. A provisão substantiva e, o que pode chegar a ocorrer, previsões que concernem à harmonização administrativa são incluídas em uma proposta de uma diretiva ou uma regulação, contudo os aspectos de direito penal são incorporados em uma decisão-marco. Um bom exemplo de se conhece como um a aproximação dupla do texto é a Diretiva 2002/90 em relação com a Decisão-

³¹ Regulação (EC) N° 882/2004 do Parlamento europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004 sobre o controle oficial levado a cabo para assegurar a verificação do cumprimento da lei de pesos e alimentos, saúde animal e regras de bem estar animal, OJ L 165/97, 2004.

³² Decisão-Marco 2003/80 de 27 de janeiro de 2003 sobre a proteção do ambiente por meio do direito penal (OJ L 29, 2003) que foi anulada pela Corte de Justiça e a Proposta Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de Proteção do Ambiente por meio do Direito, COM(2002), 139 de 13 de Março de 2001, OJ C 180, 2001, emendada por COM(2002)544, OJ C 020 E, 2003.

Marco 2002/946 a respeito da imigração ilegal³³. O pacote finalmente aprovado é um excelente exemplo de "coabitação forçada". A diretiva se limita a si mesma a definir os atos proibidos e participação e a impor a obrigação de proporcionar sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas. A Diretiva-Marco confirma mais extensivamente o repertório do direito penal por meio de uma referência direta às provisões proibitivas da Diretiva. Fez-se obrigatório proporcionar sanções penais. Para algumas infrações cometidas por lucros financeiros sentenças de custódia de máxima duração, ao menos num certo período, se converteram em obrigatórias. Ademais, a Decisão-Marco regula a responsabilidade e as penalidades para as pessoas jurídicas³⁴. Jurisdição, extradição, assistência judicial reforçada etc. As provisões da Diretiva, então, funcionam como o substrato substantivo e moral para as obrigações jurídico-penais apoiando-se nas Decisões-Marco. Outro bom exemplo concerne na contaminação ambiental de barcos de onde ambas as propostas³⁵, foram elaboradas pela Comissão³⁶. O artigo 6 da proposta de uma diretiva inclui a obrigação de proporcionar penas pela descarga ilegal de substâncias contaminantes dos barcos, como foi definido na *Marpol International Convention* para a prevenção de contaminação por barcos, incluindo em casos de infrações sérias, sentenças de custódia, e inclusive para pessoas naturais. A proposta de uma decisão-marco refere diretamente ao artigo 6 da Diretiva e ademais, define a forma das sanções penais. A proposta de uma decisão-marco inclui provisões com respeito a equipes de investigações conjuntas, assistência judicial, etc. Assim também as provisões do direito penal na proposta de uma diretiva provaram ultimamente ser rígidas ante o Conselho. Na Diretiva aprovada todas as referências às obrigações jurídico-penais têm sido eliminadas. É, inclusive, sabido que as negociações sobre este pacote progrediram com grande dificuldade. Certos Estados-Membros com enormes interesses em jogo neste setor estavam extremamente cansados das obrigações jurídico-penais que podiam ser avaliadas e aplicadas pela Comissão.

Na proposta relativa à migração e à poluição marinha, a Comissão teve de aceitar a derrota, mas, todavia, não se deu por vencida. Um exemplo recente de 12 de julho de 2005 é a proposta da Comissão combinada para uma diretiva e uma decisão-marco relativa às medidas penais para combater as violações de propriedade intelectual³⁷. A proposta é um desenvolvimento posterior da Diretiva 2004 / 48, concernente à aplicação dos direitos de propriedade intelectual³⁸, que estabelece a obrigação nos Estados-Membros de proporcionar um direito privado e as medidas de direito administrativo e de implementar as obrigações decorrentes do acordo internacional TRIPS que faz obrigatória a aplicação penal. Na proposta de diretiva, a Comissão claramente reclama um poder direto para impor a harmonização do direito penal, mas ao fazê-lo, limita a si mesma a obrigação para os Estados-Membros de criminalizem as infrações intencionais, de proporcionar certos métodos de participação criminal e de impor penas, incluindo penas privativas de

³³ Diretiva do Conselho 2002/90/EC de 2008 de novembro de 2002 definindo a facilitação da entrada não autorizada, trânsito e residência. OJ L 328/17, 2002, e a Decisão-Marco do Conselho de 28 de novembro de 2002 sobre o esforço do marco penal para prevenir a facilitação não autorizada, trânsito e residência, OJ L 328, 2002.

³⁴ Não, contudo, a responsabilidade penal as pessoas jurídicas.

³⁵ Diretiva 2005/35/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de setembro de 2005 sobre a contaminação provocada pelos barcos e sobre a introdução de penalidades por infrações., OJ L 255/11, 2005 e a Decisão-Marco do Conselho 2005/667 de 12 de julho de 2005 para reforçar o marco do direito penal para a aplicação da lei contra a contaminação provocada por barcos, OJ L 255/164, 2005.

³⁶ Em medida isto compromete a cooperação internacional entre uma direção geral responsável pelo sujeito específico e uma direção geral pelo terceiro pilar.

³⁷ Proposta de uma diretiva sobre medidas penais direcionada a assegurar a aplicação dos direitos de propriedade intelectual e a proposta de uma decisão marco para reforçar o marco do direito penal para combater as ofensas à propriedade intelectual, COM(2005) 276 final, disponível somente em formato eletrônico em EUR-Lex.

³⁸ OJ L 157/45, 2004.

liberdade. A posterior determinação das sanções (nível etc.), a questão da jurisdição e alguns aspectos do procedimento penal, como o início de procedimentos penais, independentemente de uma queixa, são todos regulados ao abrigo da Decisão-Marco.

Esta análise mais profunda traz à tona muitas questões. Não existe nenhuma política de direito penal europeu coerente presente onde todos ou nenhum ator está envolvido. A Comissão, como cuidadora dos interesses da Comunidade, considera seu dever obrigar os Estados-Membros a proporcionar as sanções penais ante infrações sérias de interesse comum na integração europeia, e encontra seus esforços completamente bloqueados pelo Conselho ou encontra que o Conselho só está preparado para impor tal obrigação por meio de uma Decisão-Marco da UE. Os Estados-Membros não estão preocupados, em primeiro lugar, para a aplicação da política comunitária, senão pela luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada, etc. Tem sido evidente há algum tempo para a Comissão que o Conselho continuaria a reivindicar direitos exclusivos para a harmonização do direito penal no terceiro pilar, mesmo que seja contrária à opinião de seu próprio Serviço Jurídico (Legal). A 'coabitação' tão pouco levou ao resultado desejado.

A Comissão tinha que abrir mão de suas ambições no campo do direito penal e reconhecer a singularidade do terceiro pilar nestes assuntos, mesmo em áreas claras da política da CE. O fato de que a obrigação dos Estados-Membros, de alcançar a harmonização do direito penal, não seja imposta por meio de uma diretiva ou uma regulação não é uma conclusão neutra. As Decisões-Marco requerem unanimidade. Diretivas e regulações são usualmente adotadas por meio de codecisões e qualificadas como maioria. Isto significa que o Parlamento Europeu é competente para codecidir que resulta em uma maior legitimação democrática. É por isso muito mais difícil alcançar uma decisão no Conselho JAI que usar o procedimento do primeiro pilar. Mais ainda, opondo-se às decisões-marco, as regulações e provisões incondicionais e claras de diretivas tem efeitos diretos. No primeiro pilar a Comissão também tem muitas mais para obrigar aos Estados-Membros para que cumpram com a harmonização do direito penal. A Comissão pode empregar procedimentos de infrações contra um Estado-Membro. Os Estados-Membros podem ser tidos como responsáveis financeiros pelo cumprimento deles deveres de aplicação e os Estados-Membros podem inclusive ser multados por falhar em cumprir com regras da Corte. De modo que a Comunidade por tanto tem muitas janelas, tanto em termos da legitimação como em termos de eficiência.

O estancamento político só podia ser quebrado por uma regulação sobre o princípio da Corte. A Comissão tem, no entanto, tido êxito ao provocar tal regulamentação objetivando sob o art. 35(6) EU contra a legalidade da Decisão-Marco aprovada pelo Conselho em 27 de janeiro sobre a aplicação penal de direito ambiental³⁹. Com esta Decisão, o Conselho deseja de um lado a proposta apresentada pela Comissão por uma diretiva sobre a aplicação do direito ambiental⁴⁰. Em 13 de setembro de 2005 a Corte deliberou sua amplamente esperada decisão no Caso C-176/03. Esta decisão é uma

³⁹ Que essa Comissão não tivesse começado com seus procedimentos antes que a Corte no que diz respeito à fraude da CE pode ser explicado por meio de razões legais. No momento da aprovação de 1995 a Convenção PIF sob o terceiro pilar de Maastricht, aprovação da diretiva de harmonização do direito penal só haverá sido possível na base do art. 209A. Esta previsão, entretanto, não constitui uma base legal para a harmonização. Esta só foi introduzida pelo art. 280 do Tratado de Amsterdã na União Europeia. Sobre essa base a Comissão em 2001 apresentou uma proposta de uma diretiva para a harmonização do direito penal, porém sem questionar a validade legal das Convenções. A proposta de uma diretiva foi, entretanto, provocada pelos lentos procedimentos de ratificação e as ratificações incompletas dos protocolos de PIF.

⁴⁰ Veja F. Comte, *Criminal environmental Law and Community Competence*, *European Environmental Law Review* 2003, 147-156 em defesa da aproximação da Comunidade. De modo contrário: *Y. Buruma and J. Somsen*, *Een Strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming*, *NJB* 2001, 795-797 e *I.M. Koopmans*, *Europa em de handhaving van het milieurecht: een pijler te ver?*, *NTER*, 2004, 127-132. Para uma posição equilibrada, veja *R. Ortlep, R. Widdshoven and C. Backes*, et. al., *Lex Dura, Sed Lex. Opstellen over de handhaving van omgevingsrecht*, 2005, Kluwer, Deventer, 159-176.

segunda decisão histórica acerca da aplicação do direito da Comunidade já que a Corte reconheceu a competência da CE para harmonizar a aplicação por meio do direito penal do Direito Comunitário. Não menos que onze Estados-Membros intervieram nos procedimentos. Os Estados-Membros⁴¹ apoiaram a posição do Conselho. Os Países Baixos foi o único Estado-Membro que argumentou a favor de uma competência de harmonização penal combinada sob a lei da CE; 'provided that the penalty is inseparably linked to the relevant substantive Community provisions and that it can actually be shown that imposing penalties under criminal law in that way is necessary for the achievement of the objectives of the Treaty in the area concerned (see Case C-240/90 Germany v Commission [1992] ECR I-5383). That could be the case if the enforcement of a harmonizing rule based, for example, on Article 175 EC gave rise to a need for criminal penalties.'⁴²

Visão da Comissão sobre a harmonização da aplicação penal depois do Caso C-176/03.

O comissionado Frattini, responsável pela Área Europeia de Liberdade, Segurança e Justiça, está ciente de que o julgamento coloca à Comissão como a força diretora por trás da política legislativa na CE para apresentar uma visão sistemática ou consistente, horizontal para todas as áreas políticas. Após consultas entre várias Direções Gerais da Comissão em novembro de 2005 apresentou⁴³ um comunicado específico ao Parlamento Europeu e ao Conselho a respeito das implicações dos julgamentos da Corte no Caso C-176/03.

A Comissão começa por analisar o conteúdo e o alcance da decisão da Corte. Artigo 47 da CE dispõe que o direito da CE tem prioridade sobre o Título VI da UE, i.e. o primeiro pilar prevalece sobre o terceiro. Além disso, a Corte considerou que o artigo 175 da CE constitui uma base jurídica adequada para os assuntos regulados nos artigos 1-7 da Decisão-Marco. A Comissão sutilmente assiná-la que os artigos 1-7 são disposições de direito penal manejando a definição de ofensas, a principal das obrigações a impor sanções, o nível de sanções, sanções complementares e regras de participação e instigação. A Corte foi mais longe do que o Advogado-Geral segundo sua opinião em não só aceitar que a CE pode obrigar os Estados-Membros a aplicar (sanções) por meio do direito penal, mas também pode dar detalhes de como eles devem ser organizados. A Comissão, então, muda o objetivo da decisão da Corte. A comissão enfatiza o fato de que o julgamento não significa que a Corte havia reconhecido assim a aplicação penal como uma área de política comunitária. A aplicação penal é apenas subsidiária de uma área política substantiva. No entanto, a Comissão entende que a decisão da Corte pode potencialmente causar impacto em todas as áreas políticas de integração negativa (as quatro liberdades) e integração positiva, em que os métodos do direito penal podem ser necessários para assegurar a aplicação efetiva. Esta prova de necessidade deve ser definida funcionalmente, numa base de área por área. Para algumas áreas políticas não é necessário nenhuma aplicação penal, mas para outras sim. A prova de necessidade também determina a natureza de medidas penais a serem tomadas. A Corte não impõe qualquer restrição sobre isso. Aqui, novamente, a abordagem é funcional. A comissão não disse mais nada, mas podemos concluir que a Comissão obviamente deseja deixar a porta aberta onde seja necessário à harmonização de aspectos da parte geral do direito penal ou do direito processual penal. A Comissão também indica sua preferência por medidas horizontais onde sejam possíveis, i.e., transcendendo áreas políticas específicas. Aqui poderíamos pensar em medidas penais horizontais para o setor agrícola e os fundos estruturais em conexão com a luta contra a fraude na CE ou terrorismo ou crime organizado. A Comissão também acredita que a

⁴¹ Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Portugal, Finlândia, Suécia, e o Reino Unido.

⁴² Desde o Ground 36 no Court's judgment, caso C-176/03.

⁴³ COM(2005) 583 final.

decisão põe um ponto final à dupla interpretação proporcionada pelo texto, i.e., adotando diretivas e regulações para a política substantiva e sua aplicação administrativas, e decisões-marco para a aplicação penal dessa mesma política. A partir de agora, tudo isso pode descansar em uma única política ou regulação.

Na segunda parte da comunicação, a Comissão discute as consequências do juízo de forma mais específica. A Comissão, em primeiro lugar, indica que as provisões do direito penal que dizem respeito à cooperação política e judicial, incluindo as medidas relativas ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais e medidas baseadas no princípio da disponibilidade, caem dentro da área de competência do terceiro pilar. Isto também é verdade para harmonização *per se* da parte geral do direito penal ou direito processual penal, no marco da cooperação e reconhecimento mútuo. A harmonização penal de áreas de política que não fazem parte do Tratado da CE, mas são, contudo, necessárias para os objetivos da Área de Liberdade, Segurança e Justiça estão localizados dentro do terceiro pilar. Um ponto interessante é que na segunda parte da jurisdição da Comissão sob o título '*Consistency of the Union's criminal law policy*' ("*Consistência da política do direito penal da União*"). A comissão indica claramente que a harmonização sob a competência da CE só é possível se houver uma clara necessidade de fazer efetiva a política em questão. Além disso, as exigências dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade devem ser encontrados. Isto significa que existe uma estrita obrigação de fornecer fundamentos e razões. A harmonização pode relacionar-se à definição das infrações, das penalidades, mas também o que é chamado de "outras medidas do direito penal adequadas para a área em causa". É claro que a comissão não deseja desde um princípio de autolimitação meramente a harmonização das definições de infração e de penas. A Comissão continua a declarar que: "The criminal-law measures adopted at sectoral level on a Community basis must respect the overall consistency of the Union's system of criminal law, whether adopted on the basis of the first or the third pillar, to ensure that criminal provisions do not become fragmented and ill-matched." Tanto a Comissão, por um lado, e o Conselho e o Parlamento Europeu, por outro, devem assegurar a coerência, e também prevenir que os Estados-Membros ou as pessoas relacionadas sejam requeridas para cumprir com as obrigações nos conflitos. Este é um requisito interessante, mas também pressupõe que a UE tem uma política de direito penal consistente em ação. No entanto, este não é ainda claramente o caso. Há muito ainda para ser feito e alcançado aqui.

Na terceira parte do comunicado a Comissão discute as consequências da Corte sobre a prática legislativa atual. Nesta, a Comissão distingue entre a legislação secundária que já tinha sido aprovada no Conselho e propostas pendentes. A Comissão considera que é necessária uma legislação correta o que se tornou aparente após a decisão que foi adotada ou proposta sobre a base legal incorreta. As instituições da UE têm o dever de restaurar sua legalidade, e proporcionar certeza jurídica a respeito da implementação nos Estados-Membros. Neste contexto, a Comissão também se referiu ao seu recente apelo à Corte para anulação da Decisão-Marco 2005/667 de 12 de julho de 2005 para fortalecer a aplicação do direito penal sobre contaminação produzida por embarcações marítimas⁴⁴. A Comissão prevê duas estratégias para a realização das correções em conformidade com a decisão da Corte. A estratégia número um é identificar medidas específicas de direito penal a partir de uma lista de Decisões-Marco adotadas e transferi-las para a legislação comunitária, sem nenhuma discussão sobre seu conteúdo ou alcance. Esta é uma operação técnica e formal que requer um acordo prévio entre o Parlamento Europeu e o Conselho. A Comissão também indica claramente sua própria estratégia, caso o tal acordo falhe. Nesse caso, a Comissão faria uso de sua iniciativa legislativa, não só para restaurar a sua base legal, mas também para priorizar ao mesmo tempo soluções substantivas em consonância com os interesses da Comunidade e suas necessidades. Para as propostas pendentes é claro que o

⁴⁴ Caso C-440/05, pendente.

procedimento legal ordinário segue permitindo à Comissão emendar suas propostas quando necessário. Finalmente, a Comissão anexa uma lista de uma legislação secundária adotada e propostas pendentes que considere necessárias de ser emendadas. A legislação secundária adotada corresponde à aplicação penal da proteção ambiental⁴⁵; o Euro⁴⁶ e outros meios de pagamento que não a moeda⁴⁷, lavagem de dinheiro, congelamento, apreensão e confisco⁴⁸, entrada não autorizada, trânsito e residência⁴⁹; corrupção no setor privado⁵⁰; de ataque contra sistemas de informação⁵¹ e a grave poluição causada por embarcações⁵². Em todo o momento, a Comissão indica a base jurídica do Tratado da CE que deveria ser usado. Às vezes, a base jurídica é específica, como o artigo 123 (4) da CE sobre a aplicação penal do Euro ou do artigo 80 (2) da CE sobre a aplicação penal das regras de contaminação provocada por barcos. Em outros momentos, a base jurídica está baseada no poder geral que repousa no artigo 95 da CE, como no caso de corrupção no setor privado. Em um grande número de casos como por exemplo o de lavagem de dinheiro, uma base jurídica específica (*in caso quo* artigo 47 (2) da CE) é combinada com a base jurídica do artigo 95 da CE. Notadamente, entretanto, a Comissão não indica que disposição específica ou tópicos deveriam ser transferidos para o direito comunitário. Acredito que a Comissão claramente desejou abandonar este ponto aberto para possíveis negociações entre o Conselho e o Parlamento Europeu.

A respeito das propostas pendentes, a Comissão limita-se a dois assuntos, estes são a proteção do direito penal dos interesses financeiros da Comunidade⁵³ e da aplicação do direito penal dos direitos de propriedade intelectual⁵⁴. Contudo, em uma nota de rodapé, a Comissão também se refere a um número de áreas adicionais específicas. Qualifica a proposta de uma decisão-marco sobre o combate ao racismo e a xenofobia como se estivera em conformidade com o Tratado, mas acrescenta que qualquer iniciativa legislativa futura com o propósito de aplicação do direito penal deveria ocorrer por meio de uma diretiva baseada em artigo 13 da UE. A Comissão também assinala duas propostas cuja preparação está momentaneamente interrompida, a saber a proposta grega sobre a

⁴⁵ Decisão-Marco 2003/80 de 27 de janeiro de 2003 sobre a proteção do meio ambiente por meio do direito penal (OJ L 29, 2003) que foi anulada pela Corte de Justiça e a proposta de uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de Proteção do Ambiente através do Direito Penal, COM(2001), 139 de março de 2001, OJ C 180, 2001, que foi emendado por COM(2002) 544, OJ C 020 E, 2003.

⁴⁶ Decisão-Marco sobre a crescente proteção por meio de sanções penais e outras contra a falsificação em conexão com as instruções do Euro, OJ L 140/1, 2000 que foi emendado pela Decisão-Marco OJ L 32/3, 2001.

⁴⁷ Decisão-Marco que combate a fraude e falsificação de meios de pagamento não monetários, OJ L 149/1, 2001.

⁴⁸ Diretiva 91/308 sobre a prevenção do uso do sistema financeiro para propósitos de lavagem de dinheiro, OJ L 166, 1991 ainda foi substituída pela Regulação 2005/60 e o Marco de decisão sobre lavagem de dinheiro, a identificação, seguimento, congelamento, apreensão e confisco de instrumentos e procedimentos do crime, OJ L 182/1, 2001.

⁴⁹ Diretiva 2002/90 definindo a facilitação da entrada não autorizada, trânsito e residência, OJ L, 328, 2002 e a Decisão-Marco 2002/946 sobre o fortalecimento do marco penal para prevenir a facilitação da entrada autorizada, trânsito e residência, OJ L 328/17, 2002.

⁵⁰ Decisão-Marco 2003/568 sobre o combate da corrupção no setor privado, OJ L 192/54, 2003.

⁵¹ Decisão-Marco 2005/222 sobre ataques contra os sistemas de informação, OJ L 69/67, 2005.

⁵² Diretiva 2005/35 sobre a poluição provocada por embarcações marítimas e sobre a introdução de sanções por infrações, OJ L 255, 2005 e Decisão-Marco 2005/667 para fortalecer o marco de direito penal para a aplicação do direito contra a poluição provocada por embarcações marítimas, OJ L 255/11.

⁵³ Proposta de uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a proteção do direito penal dos interesses financeiros da Comunidade, OJ C 240E/125, 2001.

⁵⁴ Proposta de uma Diretiva sobre medidas penais para assegurar a aplicação de direitos de propriedade privada e a proposta de uma Decisão-Marco para fortalecer o marco do direito penal para combater as ofensas a propriedade intelectual, COM(2005) 276 final, somente disponível em formato eletrônico em EUR-Lex.

luta contra o tráfico de órgãos e tecidos humanos⁵⁵ e à proposta alemã relativa à proteção do direito penal contra conduta fraudulenta ou qualquer outra conduta anticompetitiva em relação à adjudicação de contratos públicos no mercado comum⁵⁶. Para esta análise, a Comissão não colocou todas as cartas sobre a mesa. Notadamente, não se forneceu nenhum ponto de vista acerca das potencialidades propostas sobre as políticas de harmonização, sobre os quais a comissão não se manifestou ainda.

Pode-se pensar, por exemplo, a política agrícola comum, ou de pesca ou serviços financeiros. Além disso, um número de propostas falidas, como aquelas sobre os controles de peso e alimentos não são mencionados.

A decisão no Caso C-176/03: Recepção dos Estados-Membros no Conselho JAI.

Apesar das opiniões unânimes dos diferentes serviços jurídicos dos órgãos da UE, incluindo aquele do próprio Conselho, a decisão da Corte foi recebida com assombro e ceticismo por muitos governos. É pouco surpreendente que a decisão da Corte não foi bem recebida pelos Estados-Membros, devido às suas numerosas intervenções nos procedimentos a favor do Conselho. No entanto, os governos têm-se centrado principalmente na sua crítica à Comunicação da Comissão e introduziram isto no Conselho JAI. Na Dinamarca, o Ministério da Justiça não perdeu tempo informando o Parlamento sobre o julgamento e apresentando suas reservas⁵⁷. O Ministério mantém a posição de que nenhuma base jurídica poderia estar fundada no Tratado da CE, apesar de terem manifestado sua compreensão sobre o fato de que a decisão da Corte não se limita à legislação ambiental. Na França, a iniciativa veio do próprio Parlamento. Em 25 de janeiro de 2006, a Comissão dos Assuntos Europeus na *Assemblée Nationale* francesa informou ao porta-voz da *Assemblée*⁵⁸. A Comissão considera que a Corte tem atuado além de sua competência e tem demonstrado certo *fédéralisme judiciaire*. A Comissão também afirma que já é hora de finalizar o *gouvernement des juges* e restaurar o poder às entidades a quem pertence, ou seja, os governos dos Estados-Membros. Por isso, a Comissão propõe-se aplicar as disposições "norteadoras" do artigo 42 da UE e assim criar um procedimento de frenagem de emergência no Conselho Europeu⁵⁹. A Comissão tampouco está terrivelmente encantada com o comunicado da Comissão da EU em resposta ao julgamento. Ela rejeita o que considera "a sua interpretação excessiva". Segundo a Comissão, é impossível concluir a partir desta decisão que existe uma competência comunitária de harmonização penal em todas as áreas de políticas comuns da CE e as quatro liberdades do mercado interno. Em vez disso, a Corte limita os seus poderes a objetivos essenciais, intersetoriais e fundamentais.

Nos Países Baixos a Comissão Interdepartamental sobre o Direito Europeu (Inter-Departmental Commission on European Law-ICER) argumenta a favor de tomar precauções para preservar a combinação de instrumentos, i.e., a eleição na prática entre a aplicação de sanções administrativas ou penais, e, portanto, argumenta contra tornando a competência comunitária no campo da definição, específica de sanções penais, exclusiva em demasia. A opinião do ICER foi apoiada por completo na posição do Gabinete em abril de 2006⁶⁰, tal como foi apresentada no Parlamento. O Senado do Parlamento criou uma

⁵⁵ Proposta de uma Decisão-Marco de 26 de abril de 2003, OJ C100/27, 2003.

⁵⁶ Proposta de uma Decisão-Marco de 4 de setembro de 2000, OJC 253/3, 2000.

⁵⁷ Memorandum del 13 de octubre de 2005, http://www.euo.dk/upload/application/pdf/a16a3e79/2005_sv21.pdf

⁵⁸ <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvygy6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vh7rdrlf7yxv.pdf>

⁵⁹ Este é o procedimento de "frenagem de emergência" previsto no Tratado Constitucional Europeu no caso de harmonização do direito penal que ameaça o interesse essencial de um Estado-Membro.

⁶⁰ DIE-402/06, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/f/j9vvygy6i0ydh7th/vh6i mh1tt9ua>.

comissão especial para assuntos JAI, relatando as propostas relacionadas ao direito penal da Comissão Europeia. Essa Comissão verifica se as propostas cumprem com os princípios da subsidiariedade e da necessidade.

Em janeiro de 2006 em Viena o Conselho JAI durante consultas informais examinou o comunicado da Comissão pela primeira vez. O Conselho opina que não há urgência para colocar em prática uma legislação retificadora. Muitas Decisões-Marco adotadas tem sido até agora implementadas no direito nacional. Também sugeriu que o Conselho não está preparado para concluir um acordo de transferência em favor do primeiro pilar. A Comissão indicou no momento que estava preparada para recorrer ao processo legislativo sobre uma base caso por caso. Os Ministros se colocaram de acordo sobre os três princípios seguintes, como base para considerar o impacto da jurisprudência da Corte sobre outras políticas da Comunidade:

“1. As a general rule, criminal law as well as the rules of criminal procedure fall outside the Community’s competence (see paragraph 47 of the judgment) The Community must therefore interpret and apply any exception to this general rule in a narrow sense. 2. The Community legislator is entitled to take legislative measures which relate to the criminal law of the Member States which it considers necessary in order to ensure that the rules which it lays down are fully effective (see paragraph 47 of the judgment). This implies that the Community legislator cannot oblige Member States to provide for criminal penalties for violations of rules which the Community has not or not yet, established or which have been established pursuant to national law only. 3. The Community legislator must leave to the Member States the choice of the criminal penalties to apply, as long as they are effective, proportionate and dissuasive (see paragraph 49). Consequently, Community acts cannot determine in detail and exclusively the level of penalties to be introduced, they should leave a discretion to the Member States”.

Continua a ser visto, é claro, se estes princípios comuns seriam confirmados pela Corte de Justiça em seus julgamentos futuros. Os Ministros elaboraram, ainda, durante o Conselho formal JAI em fevereiro de 2006⁶¹ um procedimento a ser seguido com respeito a arquivos legislativos que continham propostas relevantes ao desenvolvimento da política do direito penal. Este procedimento requer que a Presidência dirija a atenção do COREPER II, acerca de tais propostas. Depois de buscar orientações do COREPER II, a Presidência encaminha a proposta a um grupo apropriado de trabalho para consultas, tendo em conta todos os fatores relevantes, como seu conteúdo, seu objetivo e o conhecimento requerido. O procedimento também exige que o Comitê do Artigo 36 (CATS) seja mantido informado, assegurando uma oportunidade para os peritos da JAI oferecerem pontos de vista sobre formas de disposições de direito penal e um estado ameno para as negociações, que logo pode ser transmitido ao grupo de trabalho relevante. Os peritos do JAI consultados serão, em regra, os delegados do Departamento de Justiça no Grupo de Trabalho do Comitê do Artigo 36 sobre Direito Penal Substantivo (DROIPEN). A Presidência também pode apresentar a proposta ao COREPER II com o objetivo de apresentar qualquer questão relevante para o Conselho JAI. O substantivo Conselho de Ministros da CE permanece com plena responsabilidade por todo o conteúdo da proposta. Assim, as consultas poderiam ser mantidas entre o Conselho JAI e os outros Conselhos da Comunidade nas áreas concernentes e os Ministros do JAI poderiam assegurar a consistência do sistema de direito penal da União Europeia⁶². A posição do Conselho JAI é claramente mais moderada

⁶¹ Veja documento 787/06 da Presidência, consequência procedimentais do juízo da Court of Justice no caso C-176/03, 16 de fevereiro de 2006.

⁶² Ponto 3.3.2 do Programa de Haia de 24 de novembro de 2005.

do que os pontos de vista de alguns Ministérios de Justiça nacionais. A competência para harmonizar, incluindo a harmonização das sanções penais e possíveis aspectos do direito processual penal, é reconhecida. Em junho de 2007, a aplicação destes procedimentos foi avaliada sob a Presidência alemã. Na prática as propostas com um conteúdo de direito penal dominante foram encaminhadas ao Grupo de Trabalho do JAI. Para as propostas em que o conteúdo do direito penal é apenas uma pequena parte de um conteúdo mais amplo, só foi solicitada uma opinião do Grupo de Trabalho JAI. A Presidência alemã propõe consolidar esse processo.

Os atores envolvidos: o realismo da Comissão Europeia e do Conselho JAI e a jurisprudência do TJCE.

Das análises das posições dos Estados-Membros e da posição do Conselho de Ministros do JAI fica claro que a Comissão foi longe demais com sua declaração sobre a decisão da Corte no caso C-176/03. A Comissão já reconheceu isso e claramente optou por uma estratégia cautelosa pela qual uma série de propostas concretas para a harmonização foi apresentada ao Conselho.

A Comissão, por sua vez, emitiu uma nova proposta de Diretiva sobre meio ambiente por meio do direito penal⁶³, substituindo a Decisão-Marco anulada⁶⁴ e a proposta de Diretiva em 2001⁶⁵. Nesta área, podemos falar de um vazio legal que deve ser preenchido. A nova proposta, todavia, está baseada na ideia de harmonização mínima, mas vai um pouco além do delito incluído na Diretiva proposta em 2001, ao incluir o artigo 3 (a) sobre a descarga, emissão ou introdução de uma quantidade ou ionização por radiação seja no ar, solo ou água, que cause a morte ou lesões graves a qualquer pessoa, constituindo uma ofensa criminal, independentemente da ilegalidade da ação (*keine Verwaltungsaksezorität*). Em segundo lugar, uma escala de três passos, dependendo da *mens rea* (negligência grave ou dolo) e as respectivas circunstâncias agravantes. O sistema de multas para pessoas jurídicas, que podem ser administrativas ou penais também segue uma estratégia de três etapas. A proposta também inclui sanções alternativas (como a imposição de supervisão judicial, a proibição de exercício de atividades comerciais ou a publicação de decisões judiciais) tanto para pessoas naturais como jurídicas. Apesar das estratégias cautelosas acima mencionadas, a Comissão apresentou um conjunto variado de propostas com a essência do direito penal, a maioria das quais estão relacionadas com a continuação da implementação e execução de instrumentos de direito penal, incluindo as obrigações de aplicação do direito penal. A Comissão ainda apresentou uma proposta alterada para uma diretiva sobre medidas penais destinadas a assegurar a aplicação dos direitos de propriedade intelectual⁶⁶. Esta proposta está relacionada com o Acordo da OMC sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o "Trips Agreement"), que foi aprovado pela Decisão do Conselho 94/800/EC⁶⁷. A essência do direito penal da proposta é largamente consistente com a da proposta da diretiva ambiental. A Comissão também incluiu pela primeira vez, as disposições relativas com o direito em uma proposta de regulação (proposta de 18 de Dezembro de 2006 de uma Regulação do Conselho estabelecendo um regime da Comunidade para o controle das exportações de produtos de duplo uso e tecnologia)⁶⁸. O artigo 15 (2) prevê o intercâmbio de informações entre as autoridades competentes sobre condenações por infrações penais relacionadas com a exportação de produtos de duplo uso e tecnologias, bem como outras

⁶³ COM(2007) 51 final.

⁶⁴ Decisão-Marco do Conselho 2003/80/JHA, OJ 29/55, 09.02.2003.

⁶⁵ COM(2001) 139 final.

⁶⁶ COM (2006) 186 final.

⁶⁷ OJ L 336, 23.12.1994, p. 1.

⁶⁸ COM (2006) 829 final.

informações. Nos termos do artigo 21 Estados-Membros devem impor sanções penais ao menos para infrações sérias das disposições da regulação, especialmente para a exportação não autorizada de produtos que irão, ou pode ser usado em conexão com o desenvolvimento ou produção de armas químicas, armas biológicas ou nucleares ou mísseis capazes de lançamento, bem como a falsificação ou omissão de informações, a fim de obter uma autorização que, de outra maneira, seria negada. A obrigação de impor sanções se baseia no objetivo de fortalecer o regime da UE sobre a exportação de produtos de duplo uso, em um pedido feito na Resolução 1540 do Conselho de Segurança da ONU para a imposição sanções civis ou penais às infrações das disposições de controle de exportação, como na Estratégia Europeia contra a proliferação de ADM (armas de destruição em massa). A Comissão apresentou também uma proposta de diretiva que altera a Diretiva do Conselho 91/477/CEE relativa ao controle da aquisição e posse de armas⁶⁹. A Comissão, em nome da CE, assinou o Protocolo sobre a Fabricação e o Tráfico Ilícitos e Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições como foi anexado à Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional⁷⁰.

O artigo 16 da proposta da Comissão impõe aos Estados-Membros a obrigação de definir como ofensas penais uma série de comportamentos relacionados com a fabricação e ao tráfico de armas de fogo. A proposta não faz referência a uma possível harmonização das sanções a serem impostas. A Comissão muito recentemente apresentou uma proposta de diretiva que prevê sanções contra os empregadores de nacionais de países terceiros que residam ilegalmente⁷¹. A proposta inclui uma proibição geral de emprego de nacionais de países terceiros que residam ilegalmente. Os delitos graves devem ser punidos com penas. O artigo 10 define qual a conduta que deve ser definida em nível nacional como uma ofensa penal. Os fatores são o significativo número de empregados, o período durante o qual ocorreu a infração, repetir a ofensa etc. A proposta não harmoniza as sanções a serem impostas pelo direito penal. Sob a Presidência portuguesa ocorrerá uma sessão conjunta da Conselho de Ministros da Justiça e do Conselho de Emprego, Assuntos Sociais, Saúde Pública e Defesa do Consumidor sobre a proposta. É interessante notar que em outras propostas, como aquela para uma nova regulação sobre o Código Aduaneiro da Comunidade⁷² que é uma das áreas harmonizadas do direito comunitário, a Comissão não incluiu no artigo 22, sobre as penalidades, nenhuma ofensa criminal ou sanções penais em absoluto, mesmo quando considerando o 12 da regulamentação sublinha a necessidade de sanções dissuasivas: *"It is necessary to ensure an appropriate level of effective, dissuasive and proportionate sanctions throughout the Internal Market in order to discourage any serious infringements of the customs rules and thus reduce risk of fraud, of threats to safety and security, and to protect the financial interests of the Community"*. O mesmo vale para a proposta de regulação relativa ao Sistema de Informação sobre Vistos (VIS) e o intercâmbio de dados entre os Estados-Membros durante uma visita de curta duração⁷³. O artigo 29 da proposta da Presidência⁷⁴ parece ir além da proposta da Comissão⁷⁵. No entanto, ambos pararam de impor sanções penais para uso indevido de dados. O mínimo que se pode dizer é que não é muito claro, a partir das propostas, quando e por que critérios a Comissão escolhe na realidade pelas obrigações jurídico-penais.

⁶⁹ COM (2006) 93 final.

⁷⁰ OJ L 280, 24.10.2001, p. 5.

⁷¹ COM (2007) 249 final.

⁷² COM (2005) 608.

⁷³ COM (2005) 835.

⁷⁴ Art. 29 da Proposta da Presidência: "Member States shall take the necessary measures to ensure that any misuse of data entered in the VIS is punishable by penalties, including administrative and /or criminal penalties in accordance with national law, that are effective, proportionate and dissuasive".

⁷⁵ Art. 29 da Proposta da Comissão: "The Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of the provisions of this Regulation relating to data protection and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented (...)".

As propostas em matéria de proteção ambiental, a proteção dos direitos de propriedade intelectual e as armas foram enviadas pelo COREPER II Grupo de Trabalho sobre Direito Penal Substantivo (DROIPEN) para uma discussão mais profunda. Está claro que a partir das reuniões do Grupo de Trabalho que os Estados-Membros estão pedindo esclarecimento de alguns pontos fundamentais. Em discussão, por exemplo, está o fato de que o legislador comunitário deveria limitar-se a assegurar, por meio do direito penal, a aplicação do direito comunitário ou da lei nacional o que transpõe o Direito Comunitário, ou se a diretiva deveria também aplicar-se a legislação ambiental puramente nacional. Um número considerável de Estados-Membros consideram que apenas violações da legislação ambiental comunitária deveriam ser cobertas pela diretiva. A proposta original de diretiva para a proteção do meio ambiente através do direito penal⁷⁶ foi limitada, com efeito, também a aplicação do direito penal da legislação ambiental da Comunidade como está listado no anexo. A nova proposta de 2007 de diretiva⁷⁷ define de fato no artigo 2º *unlawful* (ilegal), como " *infringing Community legislation or a law, an administrative regulation or a decision taken by a competent authority in a Member State aiming at the protection of the environment* ". Como consequência, a nova proposta não inclui um anexo da legislação da Comunidade. Isso poderia ser considerado uma amplitude de enfoque para a implementação de harmonização comunitária neste campo, mas isso não é, de fato, o caso, tendo em mente que na Decisão-Marco do Conselho relativo à proteção do meio ambiente através do direito penal⁷⁸ os Estados-Membros definem *unlawful* no artigo 1 (a) semelhante à nova proposta diretiva, concretamente como: " *infringing a law, an administrative regulation or a decision taken by a competent authority, including those giving effect to binding provisions of Community law aiming at the protection of the environment* ". Portanto, a Comissão não fez outra coisa que não fosse aquela acordada pela necessidade de vinte e sete Estados-Membros para a proteção penal do meio ambiente. Estados-Membros que agora se encontram reduzindo o âmbito de aplicação da diretiva proposta, estão evidentemente aplicando um duplo padrão. Os Estados-Membros estão além da opinião unânime de que a discussão sobre a inclusão de sanções penais na diretiva deveriam ser propostas até que o TJCE tenha decidido no caso C-440/05 sobre a ação da Comissão para a anulação das Decisões-Marcos para reforçar o marco do direito penal para a aplicação da lei contra a contaminação produzida por embarcações marítimas, cujo regime se espera que seja transmitido até o final de 2007. Este juízo deveria oferecer uma maior perspectiva no âmbito da competência da harmonização na CE para a aplicação do direito penal, fornecendo respostas a perguntas como "Essa harmonização é possível em áreas como as sobre transportes?" e "Também dizem respeito às sanções?" etc.

Há muita especulação sobre isso, enquanto a Corte de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância ainda não tenha ditado uma jurisprudência claramente cristalizada sobre a distribuição de competências entre os pilares, bem como aspectos do direito penal. Isto também está especialmente claro nos casos em que possuem um aspecto de aplicação penal primordial (sem ter puramente caráter de direito penal), mas também tem ligações com o mercado interno. Nos assuntos acumulados C-317/04 e 318/04 o Parlamento Europeu e a Proteção de Dados Europeus desafiou o acordo entre a CE e os EE.UU, no processamento de dados de registros de identificação dos passageiros (PNR), de passageiros aéreos por companhias aéreas para o Escritório de Aduanas e Proteção de Fronteiras dos EE.UU⁷⁹ pela falta de proteção adequada dos dados. Em sua Decisão, a Corte

⁷⁶ COM (2001) 139 final.

⁷⁷ COM (2007) 51 final.

⁷⁸ Framework Decision 2003/80/JHA, OJ 2003, L 29/55.

⁷⁹ Assuntos acumulados C-317/04 e C-318/04, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocr ec=alldocr ec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&a>

tem em conta que os dados PNR são inicialmente recolhidos pelas companhias aéreas no curso de uma atividade que se enquadra no âmbito do Direito Comunitário, concretamente a venda de uma passagem aérea que proporciona o direito a um fortalecimento de serviços. No entanto, a Corte salienta que o processamento de dados é bastante diferente de sua natureza. O processamento de dados não é necessário para o fortalecimento de serviços, mas é tido como necessário para salvaguardar a segurança pública e para propósitos de aplicação do direito. Em outros casos de duplo objetivo, a Corte estava disposta a aceitar uma base legal comunitária, mas não é o caso. Anulou ambas as Decisões do Conselho, o que significa que este assunto deve ser regulado sob o terceiro pilar⁸⁰. Tendo em conta este juízo, a Irlanda desafiou a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 15 de março de 2006 sobre a retenção de dados gerados ou processados em conexão com a provisão de serviços de comunicações eletrônicas disponíveis ao público ou de redes públicas de comunicações, enquanto que o propósito principal ou predominante da Diretiva é o de facilitar a investigação, deteção e processamento de crimes graves, incluindo terrorismo⁸¹.

Por outro lado, a Comissão desafiou uma Decisão do Conselho no segundo pilar (título V do Tratado da UE), por meio do qual uma contribuição da União Europeia foi concedida a CECOWAS no marco da Moratorium on Small Arms and Light Weapons Directive sobre o controle de aquisição e posse de armas⁸². Aos olhos da Comissão, a decisão da CFSP é uma violação do artigo 47 do TEU, já que afeta o poder da Comunidade no domínio da ajuda ao desenvolvimento.

Nos processos T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf Al Bakaraat* e T-315/01, *Abdullah Kadi*, a Corte de Primeira Instância construiu uma base legal no Tratado CE, sobre a lista de sanções contra as organizações e indivíduos que eram suspeitos de estar envolvidos no financiamento do terrorismo, combinando provisões do Tratado CE com o artigo 2º da CE, com o objetivo de consolidar uma política estrangeira comum e de segurança.

Esta jurisprudência divergente da Corte de Primeira Instância e da Corte de Justiça não garante de forma imediata a conclusão de que a Corte de Justiça decidirá o caso C-176/03 de modo diferente do caso C-440/05. Depois de tudo, isso não compromete competências que tem vínculos tanto com a política da Comunidade como com a política do terceiro pilar. Inicialmente, isto diz respeito à pergunta de se a aproximação do direito penal é uma medida essencial para assegurar a efetividade de uma política Comunitária. Isso irá requerer uma revisão arquivo por arquivo.

lldocnrec=alldocnrec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&typeord=ALLTYP&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=PNR&resmax=100&Submit=Zoeken

⁸⁰ A consequência absurda é que se proporcionará menos proteção de dados, já que não há um regime geral para a proteção de dados no terceiro pilar e que a proposta de um regime de proteção de dados tenha excluído, enquanto se dá a aplicação de transferência de dados a terceiros países.

⁸¹ Caso C-301/06 <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&typeord=ALLTYP&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=C%2F301%2F06&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Submit>

⁸² Case C-91/05, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&typeord=ALLTYP&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=C%2F91%2F05&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

Pouco antes da apresentação deste artigo, o Advogado *Geral Mazák* emitiu sua opinião sobre o caso C-440/05. Fica claro a partir deste procedimento que o Conselho poderia contar com o apoio de 19 Estados-Membros envolvidos⁸³. O AG salienta que, contrariamente à opinião expressa por alguns governos, o artigo 47 da UE estabelece a primazia da ação e o direito comunitário sob o enfoque do Tratado da CE em levar atividades assumidas com base no Título V ou o Título VI do Tratado da UE⁸⁴ e nenhuma diferença se a Comunidade, no momento da adoção da Decisão-Marco, já havia adotado ou não uma legislação com relação aos assuntos cobertos⁸⁵. Em tal competência ao abrigo da política sobre os transportes, esse não seria, estritamente falando, o fim da história. Pode haver alternativas para a base legal do Tratado da CE. O AG rejeita o argumento dos Estados-Membros de que a competência penal da CE deveria ser limitada ao meio ambiente ou a problemas substanciais com uma abordagem horizontal no Tratado da CE. Sua abordagem é principalmente que a competência do direito penal deveria ser corolário do princípio geral da efetividade do Direito Comunitário. Por essa razão, ele aceita que o art. 80 (2) da CE constitui a base legal para a aplicação do Direito Penal sobre a contaminação produzida por embarcações marítimas, em vez de art. 31 (1) (e) ou art. 32 (2) (b) da UE e propõe que a Corte deveria anular a Decisão-Marco 2005/667 / do JAI. Entretanto, de acordo com a opinião do AG *Ruiz-Jarabo Colomer* no caso C-176/03: "*the Community legislature is entitled to constrain the Member States to impose criminal penalties and to prescribe that they be effective, proportionate and dissuasive, but beyond that, it is not empowered to specify the penalties to be imposed*"⁸⁶. Ele acredita que, do contrário poderia levar à fragmentação e compromete a coerência dos sistemas penais nacionais e que os Estados-Membros estão, em regra, melhor posicionados que a Comunidade para trasladar o conceito de penas eficazes, proporcionais e dissuasivas em relação aos seus respectivos sistemas jurídicos e contextos sociais. Resta saber se a Corte segue a opinião do AG por completo.

Conclusão

Ainda que a Comissão tenha acalmado sua ambição depois da decisão da Corte no Caso C-176/03, não há dúvidas quanto às consequências da decisão da Corte sobre a europeização do direito penal e por isso, tampouco pela dimensão do direito penal da integração europeia. E a censura de que a Corte ultrapassou a sua competência se justifica? Isso é realmente um exemplo de um *gouvernement des juges*? Onde já ouvimos isso antes? Quando em 1963 e 1964, a Corte de *Van Gend en Loos* e *Costa v Enel* estabeleceu a prioridade e o efeito direto do Direito Comunitário como princípios constitucionais, os Estados-Membros estavam unidos em sua indignação. Desde então, porém, estes princípios têm sido considerados como os pilares básicos sobre os quais a integração europeia também se apoia, além disso, é geralmente aceito que a integração europeia teria falhado sem a autonomia da Corte. Além disso, alguns Estados-Membros dificilmente estão em posição de chamar a atenção da Corte ou apelar pela autonomia dos Estados-Membros. A França, por exemplo, tem construído uma lista impressionante de casos ou falsas aplicações, e tem introduzido a ira financeira da Comissão e da Corte ignorando as opiniões contrárias da Corte em casos relativos à aplicação da pesca⁸⁷. Nesta recente decisão a Corte tem tomado grande cuidado, optando por sentar-se em uma

⁸³ Foram autorizadas a intervir: Portugal, Bélgica, Finlândia, França, Eslováquia, Malta, Hungria, Dinamarca, Suécia, Irlanda, República Tcheca, Grécia, Estônia, Reino Unido, Letônia, Lituânia, Países Baixos, Áustria e Polônia.

⁸⁴ Parágrafo 53 da opinião.

⁸⁵ Parágrafo 57 da opinião.

⁸⁶ Parágrafo 103 da opinião.

⁸⁷ Caso C-304/02, Comissão v. França, decisão de 12 de julho de 2005, ainda não relatado, texto disponível através do site da web da Corte Europeia de Justiça.

câmara completa e tendo, o caso, tomado-lhe tempo. Na minha opinião, o juízo é coerente com a abordagem que a Corte fez no passado. A Corte nunca subscreveu os poderes exclusivos dos Estados-Membros ou o terceiro pilar no campo do direito penal. A Corte realmente aplica uma interpretação extensiva do Tratado da UE, mas tem feito isso por dezenas de anos e adotando um enfoque funcional, concretamente realizando os objetivos da integração europeia⁸⁸. No entanto, concordo com aqueles que criticam a opinião de que a Corte tinha feito bem em proporcionar um raciocínio mais amplo para suas decisões, que teria impedido a aparição de uma série de questões atuais. Em primeiro lugar, a Corte não discute expressamente o âmbito material do julgamento. Do meu ponto de vista, a Comissão da *Assemblée* francesa se apegou do lado errado do tronco. Claro que a Comissão da UE deveria apresentar argumentos para mostrar que o objetivo em questão é essencial à integração europeia e que a harmonização do direito penal é efetiva e necessária. No entanto, acho que é impossível concluir a partir do argumento 42 (*cross-sector* e natureza fundamental do objetivo) que é o critério fundamental, decisivo, ou que a harmonização do direito penal estivera fora de questão para, por exemplo, garantir a segurança dos alimentos, enfrentar a fraude na CE ou proteger o euro. Afinal, depois de tudo, não seria estranho se a harmonização fosse possível para apoiar políticas, mas não para áreas políticas exclusivas comunitárias? Um segundo problema em conexão com o âmbito de aplicação material concernente à maneira em que os artigos 135 e 280 da CE foram escritos excluindo a aplicação do direito penal nacional e a administração nacional da justiça do poder de adotar medidas. A Corte se limita a si mesma observando que estas disposições não estão envolvidas na forma do direito penal em matéria ambiental. No entanto, isto não esclareceu qual é realmente o âmbito destas disposições para uma possível harmonização do direito penal. É interessante que o Conselho Holandês de Estado em sua opinião⁸⁹ considera que a harmonização do direito penal é inerente ao artigo 280 e que as restrições mencionadas não se colocam no caminho das obrigações da Comunidade para criminalizar e para a harmonização das definições da ofensa. Os princípios, sobre os quais estão baseados os sistemas nacionais de justiça penal, como a escolha de se processar, a discricção na sentença, etc, estão excluídos. Também pode esperar que o juízo da Corte no Caso C-440/05 levará mais luz sobre a harmonização das sanções penais. Neste caso, a Comissão, depois de tudo, afirma expressamente que as disposições, a partir da desafinada Decisão-Marco, sobre o combate da contaminação provocada por embarcações marítimas que concernem ao tipo e nível de sanções criminais, também caem dentro da competência da Comunidade.

A discussão sobre a interpretação legal do julgamento é uma coisa, converter esta competência legal em uma política corrente no Conselho, é outra. É verdade que o processo de codecisão oferece mais chances de êxito que o procedimento de unanimidade e que o Conselho terá que se proteger contra os doutrinados contrários da Corte. Apesar da atitude cética do Conselho e dos Estados-Membros, ainda seria algo lógico para algumas áreas políticas, tais como infrações graves de regras do Mercado de Capitais (tráfego interno, o abuso de mercado, etc.), unir as regras substantivas e administrativas e a aplicação do direito penal num instrumento comunitário e, assim, prescrever um modelo de aplicação integrada.

A aplicação do direito penal deve ainda permanecer como subsidiária, com base na ideia de um último remédio. A Comunitarização do direito penal, portanto, não significa o

⁸⁸ No Caso T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf Al Bakaraat* - T-315/01, *Abdallah Kadi*, a corte constrói uma base legal no Tratado da CE para a lista de sanções contra as organizações e pessoas que estão sob suspeita de estar envolvidas com o financiamento do terrorismo, ao combinar disposições do Tratado da CE com o art. 2 da EU, os objetivos de realizar uma política estrangeira comum e de segurança.

⁸⁹ Opinião do Conselho de Estado, 31 de agosto de 2001, referencia n° W03.01.0420/II/A, anexo a TK II 2001-2002, 22 112, n° 207. O gabinete frequentemente pede ao Conselho de Estado sua opinião sobre as propostas legislativas europeias.

fim de aplicação do direito administrativo. A Comissão Europeia também leva consigo grande valor para a aplicação administrativa. Além disso, o dever da aplicação do direito penal com base em uma regulamentação ou uma diretiva não significa automaticamente que todos os casos também devem ser investigados e processados criminalmente. Os Estados-Membros são e permanecerão competentes para determinar, após muitas considerações, que sistema de aplicação (de direito privado, direito administrativo ou direito penal) é aquele que se enquadra melhor ao caso. O legislador nacional pode, portanto, continuar a usar modelos pelos quais certas ações podem ser restringidas tanto administrativamente como abrigados pelo direito penal (mistura de instrumentos). Mesmo no caso de um dever de aplicar através do direito penal, os Estados-Membros continuam a reter o poder de decidir se processar ou não. No entanto, esta escolha deve ser baseada em considerações apropriadas, incluindo os interesses europeus em jogo.

Tudo isso significa que agora podemos sentar e relaxar e voltar ao nosso trabalho diário? Não creio que seja assim. Mais do que nunca, se exige que os Estados-Membros pensem sobre a política penal europeia, tanto no que concerne à aplicação da política comunitária como no que concerne à futura definição da área de liberdade, segurança e justiça. Deve haver discussões nos Estados-Membros no que diz respeito ao interesse comum na aplicação efetiva da política comunitária e do mercado interno, a realização da área comum e da regra comum conectada das garantias de direito. O direito penal, inegavelmente reflete um pedaço da cultura jurídica nacional e, portanto, um símbolo da soberania do Estado. No desenvolvimento de um modelo de integração europeia, baseada na soberania compartilhada só pode ser lógico que os Estados-Membros cooperem na criação de uma cultura judiciária comum também na área do direito penal. Os Estados-Membros e a União Europeia necessitam de uma política de direito penal comumente aceita. O Programa da Haia também se concentra unilateralmente na área de liberdade, segurança e justiça. Este programa deve ser recalibrado, como resultado do julgamento da Corte através da inserção da aplicação do direito comunitário. O julgamento da Corte também oferece uma perfeita oportunidade para reexaminar a parte sobre a harmonização do direito penal no Tratado Constitucional. O artigo III-2721 (2), por exemplo, oferece a base perfeita para uma política de aplicação integrada na UE⁹⁰.

O julgamento da Corte transcende o debate institucional e nos obriga a assumir a discussão da posição do direito penal na integração europeia. A opinião recente do AG no caso C-440/05 vai na mesma direção. Em vez de focar-se somente na proteção *nacional* dos valores do direito penal é tempo para se concentrar numa agenda *europeia* de valores de direito penal. Só assim podemos dar substância a uma confiança mútua entre os Estados-Membros e os corpos de aplicação e inculcar, nos cidadãos, fé na justiça penal na Europa. O objeto de debate já não é mais se nós queremos um direito penal europeu, mas para que queremos e sob que condições. O trabalho de Klaus Tiedemann, desde as suas publicações sobre fraude de subsídios até seu projeto maior em *Europa-Delikte*, é uma fonte constante de orientação. Esperemos que ele continue a guiar-nos ainda mais nos próximos anos. Nós precisamos deste guia para poder preencher a agenda do direito penal e o futuro Tratado da UE (o Tratado Reformado) e para encontrar o equilíbrio correto na aplicação das políticas da União e também para dar-nos conta da *ultima ratio* nas políticas penais na UE.

⁹⁰ Vogel, J. The integrated criminal justice system and its constitutional framework, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 125-147.