

A UNIÃO EUROPEIA E A HARMONIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PENAIS. UM CESSIO BONORUM¹ AO TERCEIRO PILAR?

Prof. John Vervaele² (com tradução de FAUZI HASSAN CHOUKR³)

Na Primavera de 2006 foi dado o alerta em vários Estados-membros diante da previsão da intervenção da Comunidade Européia no Direito Penal nacional. A causa direta foi a decisão do Tribunal de Justiça Europeu no processo C-176/03⁴, relativa à harmonização das sanções penais para crimes ambientais, em que a Comunidade Européia (CE) foi considerada, pela primeira, vez funcionalmente competente para harmonizar a aplicação do Direito Penal na política da UE⁵. Nos Países Baixos, políticos e acadêmicos chegaram a sugerir que, como resultado da decisão sobre as questões ambientais, "questões tipicamente holandesas", tais como drogas, aborto e eutanásia, estariam igualmente sujeitas às orientações do Direito Penal Europeu. Na França, a Comissão dos Assuntos Europeus de *l'Assemblée Nationale* criticou o Tribunal Europeu por agir como um "governo de juízes", suplantando o papel dos políticos.

¹ *Cessio bonorum* é a "cessão voluntária" de bens.

² Professor de Direito Penal Econômico e Financiero, Faculdade de Direito de Utrecht; Professor de Direito Penal Europeu, College of Europe, Bruges.

³ Doutor em Direito pela USP. Professor da FACAMP.

⁴ Caso C-176/03, Comissão vs. Conselho, sentença de 13 de setembro de 2005.

⁵ O ponto 48 da decisão reza como segue: "Como norma general, nem o Direito penal nem as normas de Direito processual penal são competência da Comunidade (...). Nada obstante e tendo em conta que a aplicação de sanções efetivas proporcionais e dissuasórias por parte das autoridades nacionais competentes, é uma medida essencial para combater os delitos graves contra o meio-ambiente, o mencionado veredicto não é impedimento para que o legislador Comunitário tome aquelas medidas que estejam relacionadas com o Direito penal dos Estados membros que considere necessárias para garantir que as normas que estabelecem matéria de proteção meio-ambiental sejam plenamente efetivas.

A europeização do Direito Penal vem se desenvolvendo de forma constante desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht. Donde, então, o medo da harmonização do Direito Penal por meio do “terceiro pilar”? É realmente importante que o Direito Penal nacional seja harmonizado por meio de Diretivas em lugar de precedentes jurisprudenciais? Não se trata apenas de um problema institucional de Bruxelas? A questão central é determinar quais são as conseqüências políticas e jurídicas que a decisão do Tribunal comporta.⁶ As respostas a esta pergunta só podem ser encontradas por meio da revisão, em primeiro lugar, do contexto histórico e das complexas relações entre a integração europeia e a legislação nacional em matéria penal (tópico 2), e da análise do impasse político que ocorreu após a entrada em vigor o Tratado da União Europeia (TUE Artigo 3). O tópico 4 dedica especial atenção à posição holandesa neste contexto.

Os Países Baixos são o único país que tomaram posição sobre o processo C-176/03, deixando algum espaço para a harmonização da legislação penal. Por sua vez, os Países Baixos exigem respeito pelas diferenças culturais na legislação nacional relativas ao Direito Penal e defendem a preservação de importantes princípios e do devido processo legal. No tópico n.º 5 serão avaliadas as implicações, considerando as posições da Comissão, o Conselho de Assuntos Internos e Justiça e de alguns Estados-membros, respectivamente, e, finalmente, no tópico n.º 6, as conclusões.

⁶ Para uma análise exaustiva da sentença, ver S. White, “Harmonisation of criminal law under the First Pillar”, *European Law Review*, 2006. ELR 2006 (vol 31, nr. 1), p. 81-92, y P.-Y. Monjal, “Reconnaissance d’une compétence pénale communautaire pour la CJCE”, *Recueil Dalloz* 2005, no.44, 3064-3067.

2. A integração europeia e o Direito Penal: um processo em desenvolvimento.⁷

Hoje já não é mais segredo que os “pais fundadores” da CE passaram por sobre a importância da aplicação do Direito Comunitário. Para além de algumas exceções no início dos Tratados, tais como a obrigação de que os Estados-Membros criminalizem a violação da confidencialidade da Euratom ou cometer falso testemunho perante o Tribunal de Justiça Europeu,⁸ uma postura silenciosa foi mantida no que diz respeito à aplicação do Direito Comunitário. O Tratado CE não prevê qualquer base jurídica clara, nem poderes atribuídos à direta ou indireta aplicação do Direito Comunitário pelos Estados-Membros. Isto significa que a implementação de políticas comuns para a agricultura e as pescas, o Código Aduaneiro Comunitário, a regulamentação do mercado europeu de valores, as regras de fraude de subsídios da UE, as normas ambientais europeias, e assim por diante, retirou completamente a autonomia dos Estados-Membros. Foi, sobretudo, graças ao Tribunal, que esta autonomia foi um pouco condicionada, vez que os Estados-Membros estão vinculados à interpretação do Tribunal pelos requisitos do artigo 10º do Tratado CE (Comunidade Lealdade). A este respeito, o Tribunal estabeleceu que os Estados-Membros têm o dever de fazer cumprir o Direito Comunitário e, para tanto, devem prever processos e sanções que sejam efetivas, proporcionadas e dissuasivas, e também proporcionar um nível de proteção que seja semelhante em natureza e importância às existentes no Direito interno. Não

⁷ Para uma análise mais detalhada ver J.A.E. Vervaele “La Europeización do Direito penal e a dimensión penal da integração europea”, in J.A.E. Vervaele, *El Derecho penal europeo. Del Derecho penal económico y financiero a un Derecho penal federal*, Ubijus, Mexico, 2006, 459-490 y N. Haekkerup, *Controls & Sanctions in the EU Law*, Djoef Publishing, Copenhagen, 2001.

⁸ Art. 194 (1) Tratado do Euroatom; Art. 30 do Estatuto do Tribunal Europeu de Justiça.

apenas a lei tem de cumprir estes requisitos, mas estes também devem ser colocados em prática no decurso de sua aplicação.⁹

A CE reconheceu rapidamente o vácuo no Tratado CE no que se refere à legislação. Em 1976 houve uma tentativa para complementar o Tratado CE, com dois protocolos relativos à CE e à corrupção de funcionários da CE. No entanto, o protocolo não recebeu o aval político do Conselho de Ministros¹⁰. Como resultado, no período entre 1975 e 1990, a Comissão foi forçada a explorar os limites políticos e jurídicos do Tratado CE e, com o apoio do Parlamento, sustentou que havia um déficit considerável por parte dos Estados-Membros. Em seguida, a Comissão introduziu várias alterações legislativas propostas ao Conselho com o objetivo de obrigar os Estados-Membros a utilizar tanto o Direito Administrativo sancionador, como a sanção penal para a aplicação do Direito Comunitário.

O Conselho adotou muitas das propostas da Comissão que exigiam dos Estados-Membros imporem sanções administrativas, especialmente no campo da política agrícola comum. Estes regulamentos estabeleciam multas, perda de garantia financeira, a exclusão dos programas de subsídios, a desqualificação profissional, e assim por diante. A harmonização não estava limitada a sanções reparadoras, mas expressamente mencionava sanções punitivas, e os Estados-Membros eram obrigados a regulamentar estas sanções e aplicá-las. Claro, além de fazerem-no, parcial ou totalmente, por meio do Direito Administrativo, os Estados-Membros tinham também a liberdade de executar estas sanções totalmente ou parcialmente por meio dos mecanismos da legislação penal, desde que respeitassem os requisitos estabelecidos pelo Tribunal para a aplicação da lei.

⁹ Ver o Caso 66/88, Comissão v. Grecia, [1989] ECR 2965 e a comunicação procedente da Comissão como resultado deste caso, OJ C 147/3, 1990.

¹⁰ J.A.E. Vervaele, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Kluwer, Deventer 1992, 85-96.

A crescente influência da legislação da CE nas leis punitivas não foi bem recebida em alguns Estados, especialmente aqueles que consideraram que a CE havia interpretado os limites do Tratado de forma demasiado ampla, ou mesmo que ela havia imposto obrigações que carecia de base jurídica adequada. Em 1990, a Alemanha considerou que se tinha chegado ao limite. Dois regulamentos em matéria de agricultura¹¹ foram a justificativa perfeita para propor uma ação questionando os fundamentos principiológicos perante o Tribunal. A regulamentação não só previa o reembolso das sobretaxas das subvenções obtidas injustificadamente, mas, também, dispunha sobre a natureza punitiva excluindo os planos de subvenções. Na opinião da Alemanha, a CE não era competente para decretar sanções punitivas. Provavelmente a face mais notável deste caso é que nenhum dos demais Estados-Membros interveio para apoiar a Alemanha em sua dissidência. O Tribunal rejeitou no caso C-240/90¹² a posição da Alemanha, e reconheceu que a CE era funcionalmente competente para harmonizar as medidas, incluindo sanções para punir, o que não deixaria de estar dentro do âmbito de aplicação das garantias penais do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH). Este precedente definitivamente clarificou a disputa sobre a competência da CE para harmonizar sanções administrativas. Quatorze anos após a decisão, não se pode dizer que a CE tenha feito extenso uso desse poder. Muito pelo contrário, é de salientar que, em muitas áreas do Direito, a UE não tomou qualquer

¹¹ Regulamento 1260/90, OJ L 124, 1990, p. 715 e Regulamento 1279/90, OJ L 126, 1990, p. 20.

¹² Caso C-240/90, Alemanha vs. Conselho y Comissão, [1992] ECR I-5383. Para uma análise detalhada da harmonização da CE da execução administrativa, ver J.A.E.Vervaele. Poderes sancionadores de e na Comunidade Europeia. Rumo a um sistema de sanções administrativas europeias? in J.A.E. Vervaele, *El Derecho penal europeo. Del Derecho penal económico e financeiro a um Direito penal federal*, Ubijus, Mexico, 2006, 117-164;; J. Schwarze, 'Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht', *EuZW* 2003, Heft 09, 261-269 y M. Poelemans, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, 2004.

iniciativa nesse sentido. Pode-se imaginá-lo, por exemplo, no direito ambiental, direito de valores mobiliários, direito fiscal, e assim por diante. Em minha opinião, a Comissão atuou menos que o desejável para fornecer uma maneira consistente de harmonização pelos canais administrativos, e por "consistente" quero dizer que ele deveria desenvolver uma política horizontal e meditada. A Comissão não tem conseguido, no exercício da sua competência, delinear uma política a partir da qual se possa deduzir claramente em que matéria se exigiria a harmonização da aplicação do Direito Administrativo dos Estados-Membros. Foi freqüentemente aplicada uma abordagem *ad hoc* pelas Diretivas Gerais da Comissão. Mas não se pode culpar a Comissão por todos os males. A sua tarefa não está em saturar o Conselho com as iniciativas legislativas que estão condenadas ao fracasso ou que impliquem numa crescente tensão política entre a CE e os Estados-Membros. É preciso reconhecer que em algumas áreas, como serviços financeiros, mas, sobretudo, na área de tributação, ainda é impossível obter o apoio do Conselho para ordenar a execução de penas administrativas.

A competência da CE para harmonizar o Direito Penal nacional é mais complexa e sensível. Dado o atual vazio legislativo, muitos argumentam que o Direito Penal deve ser exclusivamente uma questão de soberania nacional. De qualquer forma, muitos penalistas parecem não se aperceber que a soberania nacional não impede que o Direito Internacional e supranacional tenham influência no Direito Penal nacional. O Direito das Nações Unidas (Tratados de Direito Penal e de Resoluções do Conselho de Segurança), o Direito do Conselho da Europa (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e dos Tratados em matéria penal), todos exercem sua influência no Direito Penal nacional. Isto é uma interferência da Organização das Nações Unidas no Conselho da Europa? Claro que não, porque, precisamente, os Estados têm aceitado esses Tratados e têm acordado com os objetivos de organização política e jurídica. O mesmo se poderá dizer do processo de integração europeia. Os Estados-Membros têm

Ihe dado forma e conteúdo por meio dos Tratados fundadores. Sem dúvida, o processo de integração europeia com o seu sistema jurídico tem dividido suas dinâmicas. Mas, também neste aspecto, os Estados-membros estão constantemente envolvidos nestes processos e dinâmicas. É necessário apenas dar uma olhada na agenda dos funcionários do Ministério da Justiça holandês, incluindo aqueles que se dedicam à legislação penal, para perceber como o Estado-nação está profundamente envolvido na definição do futuro da política de Bruxelas.

A partir da jurisprudência do Tribunal fica muito claro que a lei (processual) penal pertence à esfera de competência dos Estados-membros¹³, mas o Direito Comunitário poderia impor exigências de cumprimento e interpretação desta competência no marco da aplicação do Direito Comunitário. O Direito Penal não deve ser afastado apenas no caso das normas que devam ser implementadas tornarem-se contrárias ao Direito Comunitário (interpretação negativa), mas o Direito Comunitário estabelece claramente os requisitos que devem ser atendidos pelo Direito Penal nacional a fim de se adequar ao Direito Comunitário, caso deseje integrá-lo (integração positiva).

Este dever de atuar de acordo com determinados requisitos é igualmente aplicável ao Direito Penal, se os Estados-Membros decidirem que esta é a ferramenta utilizada para executar o Direito Comunitário¹⁴. A Holanda teve experiências no passado com a ineficácia da aplicação Europeia da regulamentação da pesca. Além disso, a Holanda também está consciente de que o fracasso na aplicação em áreas como a luta contra a peste suína, ou de subsídios concedidos pelo Fundo Social Europeu¹⁵, não pode ser justificada sob a soberania nacional ou nos princípios do Direito Penal nacional.

¹³ Caso 203/80, *Casati*, [1981] ECR 2595.

¹⁴ Caso 68/88, *Comissão vs. Grécia*, [1989] ECR 2965 e Caso C-226/97, *Lemmens*, [1999] ECR 195.

¹⁵ J.A.E. Vervaele, 'Fraude met Europese sociale subsidies in Nederland', *NJB* 2001, 2167-2175.

Os requisitos que a CE previu para atuar a aplicação do Direito Penal nacional afetam tanto a política criminal como a prática do Direito Penal. Isto significa que, nos casos que sejam relevantes a partir da perspectiva do Direito Comunitário para definir políticas (por exemplo, quando um caso for arquivado ou retirar-se a acusação) ou no exercício do poder discricionário do Ministério Público, os interesses do CE devem também ser sopesados¹⁶.

No que diz respeito ao Direito Penal, nunca houve uma perfeita divisão entre aquilo que pertence aos Estados-membros e que corresponde à CE. Tanto *de jure* quanto *de facto*, há décadas, tem funcionado um processo indireto de harmonização do Direito Penal, principalmente na sua parte especial. Como a comunidade jurídica e da integração também inclui a lei (processual) penal dos Estados-Membros, tem-se restringido a autonomia dos Estados-Membros.

Um modelo de integração europeia não é compatível com uma limitação do Direito Penal, nas fronteiras nacionais, que se manteria fora do alcance de qualquer influência do Direito Comunitário. A questão fundamental é, no entanto, se a CE a concorrência é ampla para que os Estados-Membros criminalizem as violações das normas comunitárias. É, assim, a CE competente para impor exigências relativas à natureza e gravidade de sanções? Esta concorrência inclui o objetivo da aplicação *ratione materiae*, *ratione personae* e *rationi loci*, ou de aspectos processuais sobre as modalidades de execução (matéria de prescrição, arquivamento ou a retirada da acusação, etc.) Em relação a estas questões tem emergido um exaustivo debate

¹⁶ Caso C-265/95, Comissão vs. França, [1997] ECR I-6959

doutrinário, e a maioria dos acadêmicos criminais¹⁷ na Europa negou que a CE tenha alguma competência legislativa, ou até menos, de aproximar a legislação penal diretamente.

Durante décadas, a Comissão e o Parlamento Europeu têm tentado convencer o Conselho a impor a obrigação dos Estados-Membros em implementar a política criminal da CE. As propostas legislativas nesta matéria, por exemplo, no campo da lavagem de dinheiro ou de tráfico de comércio interno¹⁸, eram funcionais na sua perspectiva e só queriam uma harmonização limitada. Em geral, as propostas desejavam que os Estados-Membros punissem os atos dolosos estabelecendo uma sanção e, em caso grave, uma pena privativa de liberdade.

As propostas não previam qualquer definição de como essas sanções se dariam ou os termos da pena privativa de liberdade. No entanto, a abordagem de harmonização limitada não foi capaz de superar a formalidade da aprovação pelo Conselho. Este geralmente aprovava as propostas, mas apenas após alterá-las a fim de que estas obrigações fossem despojadas dos elementos de Direito Penal, que poderia incluir. Todas, e à sua vez, cada uma das referências de natureza criminal foram sistematicamente eliminadas. As obrigações para impor sanções penais foram substituídas por penas simples.

¹⁷ A posição minoritária entre os advogados penalistas foi defendida por, *inter alia*, Grasso, Tiedemann, Delmas-Marty, Vogel e Vervaele, quem advogaram por uma competência funcional limitada. Una recente conversação entre os proponentes y os opositores sobre este extremo que pode resultar interessante, está disponível em, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Europäisches Strafprozessrecht, 2004, Heft 2, 332-474 y B. Schünemann (Hrsg), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln 2004.

¹⁸ Ver COM(90) 106 final, DOCE C 106, 1990 proposta para a Diretiva que foi la historia previa da Diretiva 91/308 sobre a prevenção do uso do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro. Ver COM(87) 111 final, OJ C 153, 1987 e COM(88) 549 final, OJ C 277, 1988, que é a historia prévia da Diretiva 89/592 coordenando a normativa e os regulamentos sobre comercio interior.

A neutralização sistemática a nível político das propostas de harmonização da legislação penal da Comissão poderia ser vista como uma mostra de unidade inabalável dos Estados-Membros no Conselho. No entanto, os Estados-membros estavam divididos internamente em relação a essas questões, tanto que os Ministros da Justiça, em 1990, atribuíram a um grupo de trabalho do Conselho, formado por funcionários públicos, a tarefa de discutir a relação entre o Direito Comunitário e Direito Penal¹⁹. Os especialistas do governo estavam de acordo em que a legislação da UE poderia estabelecer requisitos para o Direito Penal nacional, mesmo que eles não pudessem chegar a um acordo acerca da posição inequívoca da CE sobre a competência direta de alinhamento da legislação penal. Os Estados-membros que eram a favor de tal competência (uma pequena maioria, na qual se encontrava a Holanda) desejavam, no entanto, que certas condições fossem aplicadas. Este alinhamento só poderia representar o apêndice de uma política penal, isto é, não uma harmonização penal enquanto tal, de modo que foram mantidos intactos alguns pontos de partida ou de garantia considerados essenciais em alguns Estados-Membros para a sua própria legislação penal. Neste sentido, referia-se à rejeição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a rejeição à introdução de sanções mínimas, a princípios que regem a aplicação da pena (por exemplo, o princípio da capacidade de pagamento) e os princípios que dizem respeito à investigação de violações (como o arquivamento de investigações, não propositura da ação penal ou acordos penais).

Assim sendo, e dado que o grupo estava dividido, o relatório não significou qualquer progresso político. No marco do Tratado CE em vigor era politicamente impossível

¹⁹ Ver o informe do grupo de trabalho *ad hoc* em J.A.E. Vervaele, *Fraud against the European Community*, Deventer: Kluwer 1992, 313.

chegar a uma solução viável. O caso levou a uma diferença de opinião política fundamental²⁰. As tentativas holandesas durante a conferência intergovernamental para a preparação do Tratado de Maastricht, com o objetivo de integrar os aspectos da justiça penal, incluindo a harmonização da competência direta do Direito Comunitário, foram fadadas ao fracasso. O “Compromisso do Luxemburgo”, agora conhecido como a estrutura do terceiro pilar, organizou a cooperação e harmonização da legislação penal em um semipilar intergovernamental, que entrou em vigor como parte do Tratado de Maastricht em 1993. Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam, em 1999, desprende-se o terceiro pilar do seu caráter semi-intergovernamental e se tornou um assunto, na sua totalidade, da política da UE.

3. Cooperação e harmonização do Direito Penal na União Européia: uma questão politicamente paralisada.

Estruturar o terceiro pilar para incluir a competência legislativa direta da UE no âmbito da cooperação e harmonização em matéria penal não acalmou a batalha, mas sim teve o efeito contrário²¹. Afinal, o terceiro pilar é uma energia adicional que não pode nem prejudicar nem interferir na ordem das competências ou poderes da CE. Ambos os artigos 2º e artigo 47º, conjugado com o artigo 29º do Tratado da UE são claros nesta

²⁰ Por exemplo donde os Estados-membros foram preparados para criminalizar a lavagem de dinheiro com base nas obrigações derivadas do Direito Internacional feito pela ONU e o Conselho de Europa, mas não pela CE. Ver a declaração intergovernamental para a Diretiva 91/308, OJ L 66/77, 1991.

²¹ Ver a edição especial de *Delikt en Delinkwent*, 2002, setembro, edição especial Panopticon, 2004, nº. 1; G. Corstens y J. Prado, *Européian Criminal Law*, Dalloz, 2002 y B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin 2005; Groenhuijsen, M.S. (2004) ‘Criminal Law in the Européian Union: a Giant Leap or a Small Step?’ in A. Moore (ed.), *Police and Judicial Co-operation in the Européian Union*, Cambridge, 2004, 221-243.

matéria. Sem embargo, o “terceiro pilar” tem sido definido por muitos como exclusivo, ou seja, sem quaisquer poderes relativos ao Direito Penal existente no “primeiro pilar”.

Creio que desde o início ficou claro que a divisão política entre o primeiro e o terceiro pilar culminaria numa batalha institucional sobre a posição do Direito Penal na UE. Além disso, a divisão também separou a aplicação do Direito Penal e Direito Administrativo. Minhas previsões de 1995 se tornaram realidade²². Cada vez mais, a CE e a UE apresentam propostas legislativas incompatíveis colocando em jogo a questão essencial que é a da competência para harmonizar a legislação penal. Em muitas iniciativas legislativas realizadas no período entre 1993 e 2005, a Comissão adotou posição diametralmente oposta à do Conselho. Não faz sentido mencionar aqui cada uma das iniciativas e contra-iniciativas em que a CE e os Estados-membros se dirigiram ao Conselho. No entanto, existem duas abordagens relevantes para a análise. Primeiro, nem a Comissão nem os Estados-Membros apresentaram propostas relativas ao Direito Penal e à aplicação da lei penal. A agenda de Tampere²³ não deu suficientes indicações sobre esse ponto. Mesmo em áreas objeto de regulamentação por integrar um vasto leque de temas como o mercado interno, união aduaneira ou união monetária, não existe qualquer elemento sobre a aplicação. Nenhuma das instituições tem implantado um plano para responder às idéias de prevenção e repressão, e as relações entre o Direito Penal e Direito Administrativo. Tanto no âmbito do Conselho e da Comissão, a abordagem tem sido predominantemente *ad hoc* e eclética. O que é impressionante neste contexto é que a Comissão não apresentou qualquer proposta relativa à proteção

²² J.A.E.Vervaele, “La aplicación efetiva y salvaguardia do Direito comunitario en los pilares primero y tercero do Tratado da Unión Européia: ¿ Una separación de bienes?” in .A.E. Vervaele, El Derecho penal europeo. Del Derecho penal económico y financiero a un Derecho penal federal, Ubijus, Mexico, 2006, 165-188.

²³ Recentemente atualizado por COM (2004) 0401.

penal do Euro²⁴, que é o cerne da política monetária da CE, e, sem embargo, tem sido absolutamente de acordo com o Conselho no desenvolvimento das Decisões-Marco²⁵. É igualmente chocante que em algumas áreas sujeitas à regulação a Comissão ainda não tenha desenvolvido qualquer iniciativa para a harmonização das sanções administrativas ou penais, ou, caso já tenha sido feito, o foi só timidamente. Neste contexto podemos pensar na regulamentação dos serviços financeiros e valores mobiliários. É verdade que a recente Diretiva sobre abuso de mercado²⁶ impõe aos Estados-membros aplicar as disposições de tal Diretiva administrativamente, mas não impôs qualquer forma específica de sanções ou penas. O artigo 14 (2) autoriza a Comissão a fazer uma lista de medidas e sanções administrativas, mas esta lista é meramente informativa. A falta de uma política clara em matéria penal também se reflete nos esforços de harmonização penal. Porque, por exemplo, a Comissão²⁷ pressionou a favor da harmonização no Direito Penal ambiental e na proteção dos interesses financeiros da CE, mas porque ela não o faz no domínio da concorrência, da pesca ou de financiamento terrorismo? Porque os Estados-Membros pressionam no sentido de harmonizar o Direito Penal em matéria de terrorismo, da xenofobia ou da proteção das vítimas de crime, mas não pressionam sobre as graves violações das normas de segurança alimentar, as violações dos direitos de propriedade intelectual ou de gestão financeira de negócio?

Em segundo lugar, é importante obter uma imagem clara das escaramuças institucionais entre a CE e a UE em relação à harmonização da legislação penal. Resumidamente, de

²⁴ El Art. 12 do Regulamento 974/98 limita a si mesmo na redação ao estabelecer o dever de fazer cumprir que sequer alcança o nível da formulação mínima tal e como foi estabelecida pelo TEJ. a proposta para uma regulação, COM(2000) 492 final, sobre la proteção do Euro contra a falsificação, não continha qualquer obrigação de Direito penal.

²⁵ Decisão Marco 2000/383, sobre o incremento da proteção através de sanções penais e outras sanções contra a falsificação em conexão com a introdução do Euro, DOCE L 140/1, 2000.

²⁶ Diretiva 2003/6, OJ L 96/16, 2003.

²⁷ COM(2001)272final, OJ C 240 E, 2001.

todos os conflitos que ocorreram entre 1993 a 2005, podemos distinguir três tipos diferentes. O primeiro tipo pode ser denominado como "desapreço" ou "rejeição". A Comissão apresenta propostas para a harmonização do Direito Penal que o Conselho rejeita ou por elas não se apega. Na melhor das hipóteses, a proposta é neutralizada e despojada de seu conteúdo penal. Trata-se aplica a velha tática legislativa que também foi utilizada no período anterior à entrada em vigor do Tratado da UE. A proposta da Comissão relativa à adoção de uma regulamentação oficial sobre a segurança alimentar²⁸ (2003) representa um excelente exemplo disso mesmo. A Comissão sublinha a necessidade de se estabelecer uma harmonização funcional da aplicação da lei penal, adicional à já existente harmonização administrativa. Além disso, reclama o estabelecimento de uma lista de infrações cometidas com dolo ou culpa grave e que podem ameaçar segurança alimentar e a saúde pública, e para a qual os Estados-membros deverão prever sanções penais. Os Estados-Membros devem estabelecer, em conformidade com o artigo 55 normas penais mínimas para a elaboração dessa lista:

"1 .- Os Estados-Membros deverão estabelecer regras relativas às sanções penais por infrações à legislação alimentar. Eles também devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que as sanções sejam aplicadas. As sanções devem ser eficazes, proporcionais e dissuasivas. Os Estados-Membros devem notificar a Comissão dessas disposições, bem como quaisquer alterações posteriores, sem a mínima demora.

2 .- Para efeitos do disposto no n. ° 1, constituem atividades criminosas a que se refere o Anexo VI quando cometidas intencionalmente ou por culpa grave e na medida em que elas violam regras comunitárias em matéria de legislação alimentar ou as regras adotadas pelos Estados-membros no cumprimento das regras alimentares.

²⁸ COM(2003)52 final, texto disponível em formato eletrônico unicamente através de Eur-Lex.

3 .- Os delitos referidos no n.º 2 e a instigação ou a participação no cometimento de tais violações devem ser punidos com sanções penais, incluindo prisão, se necessário. No caso de serem cometidos por pessoas jurídicas, devem ser punidos com sanções que incluem multas penais ou não penais e outras sanções como a perda do direito de acesso a benefícios ou auxílios públicos, inibição temporária ou permanente de exercer a atividade comercial, acompanhamento judicial ou encerramento da atividade. "

Grave violação na segurança alimentar pode ameaçar a saúde pública e isso tem sido provado conclusivamente através de diversos escândalos alimentares em muitos países europeus. Em alguns casos, como o triste caso do óleo de colza, na Espanha, que causou a morte de muitas pessoas. No entanto, os Estados-membros não tinham apresentado propostas de Decisão-Quadro, e no Conselho, despojaram a proposta da Comissão, de qualquer elemento de Direito Penal. O regulamento aprovado, agora artigo 55 diz o seguinte:

"1 .- Os Estados-membros deverão prever sanções para o descumprimento da legislação alimentar da UE e de outras disposições relativas à saúde e ao bem-estar animal, e devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que as sanções sejam aplicadas. As sanções previstas devem ser eficazes, proporcionais e dissuasivas.

2 .- Os Estados-Membros devem notificar a Comissão dessas disposições aplicáveis às violações da legislação alimentar e as posteriores alterações sem qualquer demora. "²⁹

²⁹ Regulamento (EC) N.º 882/2004 do Parlamento Europeu e o Conselho de 29 de abril de 2004 sobre os controlos oficiais levados a cabo para assegurar a verificação do cumprimento do Direito alimentar e das normas sobre saúde e bem-estar animal, DOCE L 165/97, 2004.

O segundo tipo de conflito de leis pode ser descrito como um "seqüestro", pois o conteúdo da proposta de regulamento ou Diretiva é copiado para uma proposta de Decisão-Quadro ou vice-versa. A Comissão e os Estados-Membros estão voltados em "seqüestrar" o conteúdo das propostas formuladas pelos outros e, em seguida, incluí-la em um instrumento jurídico separado. O confronto resultou na harmonização do Direito Penal ambiental é uma dessas questões controversas (decisão versus Diretiva)³⁰. Em muitos casos, isso levou ao impasse, embora, por vezes, tenha levado à tomada de Decisão-Quadro contra o parecer da Comissão e do Parlamento Europeu.

O terceiro tipo, chamado de "coabitação forçada", é o desenvolvimento de duas propostas paralelas, mas em harmonia umas com as outras. As disposições materiais e, se o caso, as disposições relativas à harmonização administrativa são incluídas numa proposta de Diretiva ou regulamento, enquanto os aspectos da harmonização da legislação penal estão incorporadas nas decisões-marco. Um bom exemplo daquilo que é conhecido como o critério da dupla Diretiva 2002/90 texto é acompanhado com a Decisão-Marco 2002/946 sobre a imigração ilegal³¹. O pacote que foi definitivamente aprovado é o exemplo por excelência de "coabitação forçada." A Diretiva impõe limites a si própria para definir a participação e os atos ilícitos e impõe obrigação de prever sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas. A Decisão-Quadro também justifica o repertório de Direito Penal, fazendo referência direta aos preceitos proibitivos da

³⁰ Decisão Marco 2003/80 de 27 de janeiro de 2003 sobre a proteção do meio- ambiente através do Direito penal (OJ L 29, 2003) que foi anulada pelo Tribunal Europeu. Ainda a Proposta para uma Diretiva do Parlamento Europeu e o Conselho sobre la Proteção do Meio Ambiente através do Direito Penal, COM(2001), 139 de 13 de março de 2001, DOCE C 180, 2001, tal e como foi modificada por COM(2002) 544, DOCE C 020 E, 2003.

³¹ Diretiva do Conselho 2002/90/CE de 28 de novembro de 2002 definindo a facilitação de entrada, transito e residencia não autorizadas, DOCE L 328/17, 2002, e a Decisão Marco do Conselho de 28 de Novembro de 2002 sobre o reforço do marco penal para impedir a facilitação da entrada, transito e residencia não autorizadas, OJ L 328, 2002.

Diretiva. Tornou-se obrigatório prever sanções penais. Para determinados delitos cometidos com ganho financeiro é exigido que se preveja penas privativas de liberdade, fixando um patamar mínimo para a pena máxima.

A Decisão-Quadro prevê responsabilidade adicional das pessoas jurídicas e de sanções³², incluindo jurisdição, extradição, assistência jurídica, etc. As disposições da Diretiva funcionam como um substrato e moral para o Direito Penal ao abrigo da Decisão-Quadro. Outro exemplo claro é o da poluição ambiental provocada por navios, em que ambas as propostas³³ foram elaboradas pela Comissão³⁴. O artigo 6 ° da proposta da Diretiva inclui a obrigação de estabelecer sanções penais para as descargas ilegais de poluentes de acordo com a definição que faz da Marpol para a Prevenção da Poluição por Navios, estabelecendo para o evento infrações graves, penas de prisão também para pessoas físicas. A proposta de Decisão-Quadro faz referência direta ao artigo 6 ° da Diretiva, define a forma de sanções e também inclui disposições sobre equipes conjuntas de investigação e de assistência jurídica. Também aqui os preceitos da lei penal contidos na proposta de Diretiva provaram ser absolutamente inaceitáveis por parte do Conselho. No âmbito da Diretiva adotada tenham sido eliminadas todas as referências ao Direito Penal. Por outro lado, também é sabido que as negociações sobre este pacote evoluíram com grande dificuldade. Alguns Estados-Membros com fortes interesses em jogo neste setor foram extremamente cautelosos no que diz respeito às obrigações do Direito Penal que devem ser avaliadas e executadas pela Comissão.

³² Não sem embargo a responsabilidade penal das personas jurídicas.

³³ Diretiva 2005/35/EC do Parlamento Europeu e o Conselho de 7 de setembro sobre contaminação procedente de navios e sobre a introdução de sanções penais para las infrações, DOCE L 255/11, 2005 e a Decisão Marco do Conselho 2005/667 de 12 de julho de 2005 para reforzar el marco penal para el cumplimiento do Direito contra contaminação procedente de navios, DOCE L 255/164, 2005.

³⁴ Com frequência isto implica cooperação interinstitucional entre a Direção Geral responsável para uma matéria específica e a Direção General para o terceiro pilar.

Nos casos da migração e da poluição marítima, a Comissão teve de aceitar sua derrota, mas ainda não desistiu. Um exemplo recente, a partir de 12 de julho de 2005, é a combinação proposta pela Comissão entre uma Diretiva e uma Decisão-Quadro relativa às medidas penais contra as violações dos direitos de propriedade intelectual³⁵. Esta proposta representa o desenvolvimento da Diretiva 2004/48 relativa à aplicação dos direitos de propriedade intelectual³⁶ que impõe a obrigação aos Estados-membros de estabelecer medidas de direito privado e administrativo e implementar as obrigações assumidas no âmbito do Acordo TRIPS, que faz da aplicação penal algo obrigatório. Na proposta de Diretiva, a Comissão reclama o poder direto para impor a harmonização penal, mas, ao fazê-lo, limita a obrigação dos Estados-Membros em criminalizar condutas dolosas, prever determinadas formas de participação e de impor sanções penais, incluindo prisão. A posterior determinação de sanções (nível, e assim por diante), a questão da competência e alguns aspectos do processo penal, como o início de um processo penal sem a necessidade de provocação prévia, são todos abrangidos na Decisão-Quadro.

Esta análise traz à luz vários aspectos. No que diz respeito ao Direito Penal não existe uma política europeia coerente com qualquer dos atores envolvidos.

A Comissão, enquanto guardiã dos interesses da Comunidade considera seu dever de obrigar os Estados-Membros em prever sanções penais por violações graves dos interesses comuns da integração europeia. Contudo, por vezes, vê todos os seus esforços

³⁵ Proposta de Diretiva sobre medidas penais dirigidas a assegurar o cumprimento dos Direitos sobre a propriedade intelectual e a proposta da Decisão Marco para reforçar o marco de Direito penal com objetivo de combater os delitos contra la propriedade intelectual, COM(2005) 276, sólamente disponible en formato electrónico a través de EUR-Lex.

³⁶ DOCE L 157/45, 2004.

totalmente bloqueados pelo Conselho e, em outras ocasiões, se depara com a situação do Conselho só estar disposto a impor uma obrigação desse tipo através de uma Decisão-Quadro da UE. Os Estados-Membros não parecem muito preocupados com a aplicação das regras comunitárias, mas apenas em matéria de terrorismo, crime organizado, e assim por diante. Para a Comissão ficou claro que o Conselho gostaria de continuar reclamando os Direitos do terceiro pilar na harmonização da legislação penal, até mesmo contra parecer de sua própria assessoria jurídica³⁷. A "coabitação forçada" não levou ao resultado desejado. A Comissão teve de desistir de suas ambições em matéria de Direito Penal e de reconhecer a exclusividade do terceiro pilar a estas questões, mesmo em áreas que pertencem claramente à competência legislativa da CE. Que a obrigação dos Estados-Membros em garantir a harmonização da legislação penal não venha a ser imposta por uma Diretiva ou um regulamento não é uma questão menor. Decisões-Quadro são tomadas por unanimidade. As Diretivas e regulamentos são geralmente adotados através do processo de co-decisão e por maioria qualificada. Isto significa que o Parlamento é o responsável pela co-decisão, o que acarreta uma maior legitimidade democrática, mesmo quando é muito mais difícil chegar a uma decisão no Conselho de Justiça e Interior. Por outro lado, diversamente das decisões-marco, regulamentos e Diretivas têm, sim, efeito direto. No primeiro pilar, a Comissão também tem muito mais meios para obrigar os Estados-membros a cumprirem a harmonização da legislação penal. A Comissão poderia iniciar um processo de caráter

³⁷ Em numerosas opiniões, entre outros assuntos relativos ao cumprimento do Direito penal referente ao Direito meio-ambiental, o Serviço Legal do Conselho aclarou que o Direito da CE proporciona uma base legal para uma harmonização limitada do Direito penal, restringida a obrigação de criminalizar infrações de preceitos proibitivos e estabelecer sanções penais. As modalidades de sanções penais e outros aspectos, de acordo com o Serviço Legal, deveriam estar reguladas nas decisões marco do terceiro pilar. Com respeito à proposta de decisão marco sobre a retenção do tráfico de dados daqueles que proporcionam serviços, o Serviço Legal do Conselho considerava que estes assuntos só podiam ser regulados por un instrumento da CE (comunitario). As opiniões são confidenciais.

disciplinar contra um Estado-Membro e poderia esse Estado ser declarado responsável financeiramente pela não-obediência e poderia até ser multado por não cumprir decisões judiciais. Assim, a via comunitária tem muitas vantagens, tanto no que diz respeito à legitimidade, como em termos de eficiência.

Assim, somente poderia ser superado o “ponto-morto” político através da regulação do princípio pelo Tribunal. Para tanto, a Comissão teve razão em provocar tal decisão ao suscitar, nos termos do artigo 35 (6) BS, objeções contra a legalidade da Decisão-Quadro adotada pelo Conselho em 27 de janeiro sobre a aplicação penal do direito ambiental³⁸. Com esta decisão, o Conselho eliminou a proposta apresentada pela Comissão para uma Diretiva sobre a aplicação da lei penal do meio-ambiente³⁹. Em 13 de Setembro de 2005, o Tribunal emitiu a muito aguardada decisão sobre o processo C-176/03. Esta decisão é um segundo ponto de referência no que diz respeito à aplicação do Direito Comunitário, vez que o Tribunal reconheceu a competência funcional da CE para harmonizar a aplicação do Direito Comunitário através do Direito Penal. Nada menos do que onze Estados-Membros intervieram no processo. Dez Estados-Membros⁴⁰ apoiaram a posição do Conselho. Holanda foi o único membro que defendeu a

³⁸O fato de a Comissão se abster em dar início ao processo perante o Tribunal de Justiça sobre a questão da fraude na CE, deve-se a razões de ordem jurídica. No momento da adoção da Convenção PIF 1995 no âmbito do terceiro pilar do Tratado de Maastricht, a adoção da Diretiva relativa à harmonização do direito penal só será possível com base no art. 209 A. Esta regra, no entanto, não foi uma base jurídica para a harmonização. Isto só foi introduzido pelo artigo 280º do Tratado da União Européia. Com esta base, a Comissão apresentou em 2001 uma proposta de Diretiva relativa à harmonização do direito penal, mas sem pôr em causa a validade jurídica das convenções. A proposta de Diretiva, contudo, foi apenas causada pela lentidão dos processos de ratificação e ratificação dos protocolos incompletos FIP.

³⁹ Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Portugal, Finlândia, Suécia e o Reino Unido.

⁴⁰ Vid. para maior detalhe E.A.M Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie*, Nijmegen 2006.

diversidade na concorrência para a harmonização penal nos termos da legislação comunitária. Por este motivo, a posição holandesa é especialmente interessante.

4 - Direito Penal da comunidade e a posição holandesa

Os países baixos têm se envolvido na aplicação da legislação comunitária nos Estados-Membros. No grupo de trabalho ad-hoc sobre Direito Penal e Direito Comunitário⁴¹ criado no âmbito da cooperação política europeia no Conselho, a Holanda foi um dos que reconheceram a base legal no Direito Comunitário para a harmonização funcional do Direito Penal⁴². No âmbito da Conferência Intergovernamental (CIG) para a preparação do Tratado de Maastricht, a Holanda ainda tentou, sem êxito, integrar alguns elementos da política penal incluindo aspectos do Tratado de Schengen para a CE. Em 1992, o governo dedicou um primeiro memorando específico com relação entre o Direito Comunitário e o Direito Penal. O conteúdo deste documento, que também foi expressamente aprovado pelo então Ministro da Justiça Hirsch Ballin, coincidiu com a opinião neerlandesa sobre o grupo de trabalho *ad hoc*. A harmonização do Direito Penal por meio do Direito Comunitário seria possível desde que agisse como um apêndice de políticas funcionais e garantisse as questões de direito (processual) penal, consideradas as mais importantes pelos Estados-Membros. Holanda conseguiu até mesmo bloquear a harmonização das penas mínimas, através de uma declaração anexa ao Tratado de Amsterdam. Em 1999, imediatamente após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam e do terceiro pilar reequilibrado, o então ministro da Justiça, Korthals, enviou ao Parlamento um memorando sobre Direito Penal europeu, em que era

⁴¹ Vid. supra nota 10.

⁴² *Kamerstukken II 1991/92, 22300 VI, no. 39*

discutido apenas o Direito Penal do terceiro Pilar e a proposta do Corpus Juris⁴³. O ministro propôs uma lista de critérios para avaliar iniciativas no sentido de harmonizar as normas no terceiro pilar, remetendo de novo para os princípios da necessidade e subsidiariedade e às salvaguardas que são típicas do sistema neerlandês de Direito Penal, mas sem fazer qualquer menção à harmonização do Direito Penal através do primeiro pilar da UE. No entanto, não se pode concluir daí que o governo neerlandês tenha mudado radicalmente as suas opiniões⁴⁴. Em 2001, o governo holandês confirmou que estava lutando por uma comunitarização cooperação no domínio da justiça e interior⁴⁵, e que considerava o Tratado, tal como estava, oferecia possibilidades para a harmonização da legislação penal. De fato, o governo acreditava mesmo que a harmonização da legislação penal nos termos do direito de algumas partes da legislação ambiental e da luta contra a fraude CE era o sistema mais adequado⁴⁶. Em 2001, o Comitê Inter-Departamental sobre o direito europeu (ICER) publicou o seu relatório intitulado *EG-Eisen aan de handhaving* [requisitos de conformidade CE⁴⁷], que continha uma extensa análise da jurisprudência do Tribunal, ainda que não discutisse a possibilidade da harmonização da legislação penal. Em 2002, o governo defendeu a opção de escolher entre o primeiro ou o terceiro pilar dependia da(...)natureza do assunto, as circunstâncias, a nível europeu ou o fato de que as questões que estavam em jogo fossem especificamente nacionais, eventualmente, também os interesses dos Países Baixos⁴⁸. É claro que o governo neerlandês deixou todas as opções em aberto, mesmo com uma seleção de critérios de avaliação mais amplo do que os previstos pela

⁴³ M. Delmas-Marty, *Corpus Juris*, Parijs 1997 y M. Delmas-Marty and J.A.E. Vervaele, *The implementation of the Corpus Juris in the Member States, 2000-2001*, IV volumes, Antuérpia.

⁴⁴ Em sentido contrario, M.I. Veldt Foglia, '(Nog) geen strafrecht in de Eerste Pijler', *SEW* 2002, 166.

⁴⁵ Nota Toekomst van de Europese Unie, *Kamerstukken II* 2000/01, 27407, no. 9, p. 6.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 2150220, no. 176, p. 6 and *Kamerstukken II* 2001/02, 22112, 207, p. 23-25.

⁴⁷ ICER 2001-01/06.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28604 and 28473, no. 3, p. 12.

Comissão, que considerou fatores como determinantes da natureza do assunto e o objetivo das regras.

A recente batalha institucional entre a Comissão e o Conselho não deixou a Holanda incólume. Em 31 de agosto de 2001, o membro do Conselho [Raad van State] informou o Gabinete de propostas diretrizes para a proteção do meio-ambiente e a proteção dos interesses financeiros da CE através do Direito Penal⁴⁹. O membro do Conselho frisou que os artigos 29 e 47 da UE dificultam a jurisdição penal exclusivamente para o terceiro pilar, e disse ainda que a exclusão do Direito Penal do Tratado CE não era prevista por princípio, e que era possível que até mesmo pelo princípio da subsidiariedade, a harmonização das previsões nacionais de Direito Penal e as sanções eram necessários para atingir os objetivos da CE. O Conselho aprovou de forma ampla o ponto de vista da Comissão. No mês de setembro de 2001, o grupo de trabalho para avaliar as novas propostas da Comissão [Werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC)]⁵⁰, apresentou a posição do Governo ao Parlamento. No caso da Diretiva ambiental, o grupo de trabalho tinha suas dúvidas sobre a conformidade com o princípio da subsidiariedade, mas aprovou a possibilidade de harmonização da UE a aplicação do Direito Penal. Em abril de 2002, o ICER também apresentou um parecer ao Ministério da Justiça. O Ministro fez uma série de questões adicionais em resposta às opiniões do Conselho do Estado, e em particular no que diz respeito às conseqüências da lei penal comunitária. Estariam os Estados-Membros vinculados exclusivamente através do Direito Penal? Seria impossível aplicar as vias administrativas? O ICER foi um pouco evasivo, e a jurisprudência do Tribunal sobre este ponto permaneceu incerto. Porém, baseada neste precedente, a possibilidade não

⁴⁹ O Gabinete questiona corretamente o Conselho de Estado acerca de sua opinião sobre as propostas legislativas européias. Opinião do Conselho de Estado, 31 de agosto 2001, referencia W03.01.0420/I/A, anexa al *Kamerstukken II 2001-2002*, 22 112, no. 207.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2001/02*, 22112, p. 23.zz

poderia ser excluída. Assim, uma proposta feita pela Comissão deveria indicar os motivos pelos quais a aplicação exclusiva do Direito Penal é necessário e proporcional para atingir os objetivos do tratado em numa área específica. Na ICER⁵¹ entendeu não ser provável que a Comissão poderia provar esta situação, tão ousadamente respondeu à questão de saber se a lei penal comunitária deveria levar em consideração os princípios jurídicos em que se baseia o sistema Penal neerlandês. Os princípios e os sistemas nacionais realmente podem ser afetados pela harmonização da CE. Por esta razão, o ICER informou aos setores que tratam sobre temas relevantes para garantir a participação do Ministério da Justiça no caso de propostas relevantes penal.

O atual ministro da Justiça, Piet Hein Donner, não apresentou um parecer específico sobre a relação entre o Direito Comunitário e Direito Penal, mas suas diversas intervenções desde 2003 podem fornecer certa distância ou falta de vontade de respeitar a posição do governo. Ele teme que a harmonização da legislação penal em relação ao crime internacional e trans-fronteiriço importe muita influência no funcionamento dos sistemas penais dos Estados-Membros. Por esta razão, o ministro é a favor de um Direito Penal europeu supranacional (investigação, acusação, julgamento) para o típico interesse da CE (o euro, fraude CE) e de criminalidade trans-fronteiriça⁵². Na Convenção e na Conferência Preparatória Intergovernamental sobre o Tratado da Constituição Européia, os Países Baixos advertiram para o risco de se concentrar em um único aspecto a harmonização legal de Direito Penal, e também era a favor, embora

⁵¹ Durante o recente debate parlamentar desencadeado pela sentença no caso C-176/03 e Secretario de Estado de Assuntos Exteriores e o Ministro de Justiça tomaram também esta posição. Vid. *Kamerstukken II* 2005/06, Aanghangsel van Handoingen, no. 679.

⁵² Veja-se, por exemplo, o discurso do Ministro Donner por ocasião da inauguração da Eurojust em Haya. www.justitie.nl/pers/speeches/archief/archief_2003/060503speechdonnereurojust.asp.

sem sucesso, de incluir, no Tratado, uma base para a criação de um sistema de justiça penal supranacional⁵³.

Por fim, como mencionado, a importância atribuída pela Holanda a este assunto é aparente. Ela defende a posição de que há espaço para a harmonização do Direito Penal através da CE

"Dado que a pena é tão ligada indissolúvelmente ligada às previsões relevantes da UE e de fundo que pode ser demonstrado que a imposição de sanções pelo Direito Penal é necessária para a realização dos objetivos do Tratado na área em questão (ver processo C-240/90 Alemanha / Comissão [1991 & Col. I-5383]). Este poderia ser o caso se a aplicação de uma regra baseada em harmonizar, por exemplo, o artigo 175 ° do Tratado CE desse lugar à necessidade de sanções penais."⁵⁴

5 .- Uma análise detalhada da decisão do Tribunal Europeu de Justiça, bem como a futura política de harmonização do Direito Penal

5.1 O parecer da Comissão sobre a harmonização da aplicação penal após o processo C-176/03

O Comissário Frattini, responsável pelo Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça está ciente de que a sentença obriga a Comissão, como a alma mater da política legislativa da CE, a apresentar uma visão horizontal coerente para todas as áreas. Após consultas entre os vários Diretores Gerais, a Comissão, em novembro de 2005,

⁵³ <http://www.grondweteuropa.nl/9310000/d/bijdreu/nlreg733.pdf>

⁵⁴ Do fundamento 36 da Sentença do Tribunal no caso C-176/03.

apresentou uma comunicação específica ⁵⁵ ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre as implicações do acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-176/03.

A Comissão começa por analisar o conteúdo e o alcance da decisão do Tribunal. O artigo 47 estipula que a legislação da UE tem prioridade sobre a do Título VI do Tratado UE, isto é, o primeiro pilar prevalece sobre o terceiro. O Tribunal entendeu que o artigo 175 ° do Tratado CE constitui uma base jurídica adequada para as questões contidas nos artigos 1.7 da Decisão-Quadro. A Comissão sutilmente observa que artigos 1.7 são previsões penais referentes à definição de crimes, o princípio da obrigação de impor sanções penais, o nível das sanções, sanções e as regras de participação e de indução. A Corte foi mais longe que o parecer do advogado-geral, não só aceitando que a CE poderia forçar os Estados-membros a respeito, através do Direito Penal, mas também que pode estabelecer em pormenor quais deveriam ser os meios. Assim, a Comissão segue a decisão do Tribunal. A Comissão salienta que a decisão não significa que o Tribunal tenha reconhecido a aplicação penal como um domínio da política da UE, uma vez que o Direito Penal é apenas um apêndice de uma determinada política substantiva. Por outro lado, no entanto, a Comissão considera que a decisão do Tribunal poderia potencialmente impacto sobre todas as áreas de integração negativa (quatro liberdades) e integração positiva, para cujo efetivo cumprimento a aplicação da lei penal pode ser necessária. Esse teste de necessidade deve ser definido funcionalmente, área por área, de modo que certas políticas podem não exigir a lei penal, mas outras sim. O teste de necessidade também determina também a natureza das medidas penais tomadas, e aqui o Tribunal não pode impor qualquer restrição, porque a abordagem é também funcional. Mesmo que a Comissão não traga mais elementos, podemos daí concluir que a Comissão pretende claramente deixar a porta aberta para a harmonização dos aspectos

⁵⁵ COM(2005) 583 final.

da parte geral do Direito Penal e direito processual, quando necessário. A Comissão indicou, igualmente, a sua preferência por medidas horizontais, quando possível, ou seja, para além de áreas específicas. Aqui poder-se-ia pensar em medidas penais horizontais para o setor agrícola e os fundos estruturais no âmbito da luta contra a fraude na CE ou o terrorismo ou a criminalidade organizada. A Comissão considera ainda que a decisão ponha fim a um duplo-texto, Diretivas e regulamentos para a sua implementação substantiva das decisões políticas e administrativas enquadramento para a aplicação dessa mesma política criminal. A partir de agora, tudo isso pode ser criado em uma única Diretiva ou regulamento.

Na segunda parte da comunicação, a Comissão discute as implicações do acórdão proferido de forma mais específica. Em primeiro lugar, a Comissão indica que as previsões do Direito Penal em matéria de cooperação policial e judiciária, incluindo medidas sobre o reconhecimento mútuo das decisões judiciais e medidas baseadas no princípio da disponibilidade, estão na área, no âmbito do terceiro pilar. Isto é verdade para a harmonização propriamente dita da parte geral do Direito Penal e processual penal no âmbito da cooperação e do reconhecimento mútuo. A harmonização das políticas penais que não fazem parte do Tratado CE, mas são necessárias para os objetivos de liberdade, segurança e justiça também deve ser abordada no âmbito do terceiro pilar. Um aspecto interessante é que nesta segunda parte, a Comissão definiu as condições para a harmonização penal através da Comunidade sob o título "Coerência das políticas penais da União". A Comissão indica claramente que a harmonização penal na CE só será possível se houver uma necessidade de fazer cumprir a política em questão. Além disso, deve também ter em conta as exigências dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, e isto implica uma estrita obrigação de motivação. A harmonização pode afetar a definição das infrações, penalidades, mas também a "outras medidas adequadas à matéria penal, em particular." É claro que a

Comissão não quer só harmonizar as sanções penais e penas, já que afirma que: "As medidas penais tomadas em nível comunitário devem respeitar a coerência global do sistema penal da União, sejam adotadas com base no primeiro ou no terceiro pilar, de modo a garantir que as previsões penais não se tornem fragmentadas e desconexas." Tanto a Comissão, por um lado, como o Conselho e o Parlamento Europeu, por outro, devem velar por esta coerência, e também para impedir os Estados-Membros e as pessoas interessadas não sejam obrigadas a cumprir as obrigações conflitantes. Este é um aspecto interessante, mesmo que se presuma que a UE tenha uma política penal coerente, o que, em qualquer caso, não é ainda claro. Ainda há muito para fazer e para ganhar.

Na terceira parte da comunicação a Comissão discute as implicações da decisão do Tribunal, na atual prática legislativa e faz uma distinção entre a legislação secundária, que já foi aprovada no Conselho, e as questões pendentes. A Comissão considera necessário corrigir essa legislação, uma vez passada esta sentença, torna-se aparente que ele foi tomada ou proposta sobre uma base jurídica incorreta. As instituições europeias têm uma obrigação de restabelecer a legalidade e também oferecer segurança jurídica quanto à aplicação nos Estados-Membros. Neste contexto, o Comitê remete para o seu recente apelo ao Tribunal pedindo a anulação da Decisão-Marco 2005/667 de 12 de julho de 2005 para reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios⁵⁶. A Comissão prevê duas estratégias para fazer as correções em conformidade com a decisão do Tribunal. A primeira estratégia é a transferência de medidas específicas de Direito Penal a partir de uma lista de decisões-marco, que ainda deve ser decidido entre a legislação da UE, sem discussão sobre o conteúdo e alcance. Esta é uma operação técnica e formal que exige um acordo prévio entre o Parlamento Europeu e o Conselho.

⁵⁶ Caso C-440/05, pendente.

A Comissão também indica claramente a sua própria estratégia baseada a hipótese de que falte deste acordo. Neste caso, a Comissão utilizaria a sua iniciativa legislativa, não só para restaurar a base jurídica, mas também, por sua vez, priorizar soluções coerentes com os interesses e as necessidades da Comunidade. No que diz respeito à resolução das questões pendentes é claro que o processo legislativo autoriza a Comissão a corrigir as suas propostas, quando necessário. Finalmente, a Comissão anexou uma lista de derivado adotadas e propostas pendentes que considera necessário alterar. A legislação secundária aprovada diz respeito à proteção penal do meio-ambiente⁵⁷, o Euro⁵⁸, das formas de pagamento que não sejam em dinheiro⁵⁹, lavagem de dinheiro, busca, apreensão e confisco⁶⁰, a entrada ilegal, ao trânsito e à residência (num determinado país)⁶¹; corrupção no sector privado⁶²; ataques contra sistemas de informação⁶³ e de

⁵⁷ Decisão Marco 2003/80 de 27 de janeiro de 2003 sobre proteção penal do meio-ambiente (DOCE L 29, 2003) que foi anulada pelo Tribunal de Justiça e a Proposta para uma Diretiva do Parlamento europeu e do Conselho para a Proteção penal do Meio-ambiente, COM (2001), 139 de 13 de março de 2001, DOCE C 180, 2001, según modificación de OCM (2002) 544, DOCE C 020 E, 2003.

⁵⁸ Decisão marco sobre o fortalecimento da proteção, por meio de sanções penais e de outro tipo, contra a falsificação de moeda com vistas à introdução do euro, DOCE L 140/1, 2000 segundo reforma da Decisão marco DOCE L 329/3, 2001.

⁵⁹ Decisão marco sobre a luta contra a fraude e a falsificação de meio de pagamento distintos do efetivo, DOCE L 149/1, 2001

⁶⁰ Diretiva 91/308 sobre proteção do uso do sistema financeiro para fines de lavagem de dinheiro, DOCE L 166, 1991 substituída por Regulamento 2005/60 e a Decisão marco relativa à lavagem de dinheiro, busca, embargo y confisco dos instrumentos y productos do delito, DOCE L 182/1, 2001

⁶¹ Diretiva 2002/90 pela que se define a entrada ilegal, transito e residencia, OJ L 328, 2002 y Decisão marco 2002/946 destinada a reforçar o marco penal para prevenir a ajuda, a entrada, a circulação e a permanencia irregulares, DOCE L 328/17, 2002.

⁶² Decisão marco 2003/568, relativa a luta contra a corrupção no setor privado, DOCE L 192/54, 2003.

⁶³ Decisão marco 2005/222 relativa aos ataques contra os sistemas de informação, DOCE L 69/67, 2005.

grave poluição por navios⁶⁴. A Comissão afirma, em qualquer caso, a base jurídica no Tratado CE que deve ser usada. Às vezes, é a base jurídica específica, como na seção 123 (4) sobre o pedido relativo à aplicação penal em relação ao Euro, ou no artigo 80 (2) CE para a proteção das normas penais da poluição por navios. Em outras ocasiões, os poderes legais conferidos ao gerais estabelecidos no artigo 95 °, como no caso da corrupção no setor privado. Em certos casos, como o da lavagem de dinheiro, combina uma base jurídica específica (*in quase quo* no artigo 47 (2) CE), com a base jurídica geral do artigo 95. No entanto, a Comissão não indica quais previsões ou tópicos específicos deverão ser transferidos para o Direito Comunitário. Estou convencido de que a Comunidade desejou claramente deixar em aberto este ponto para eventuais negociações entre o Conselho e o Parlamento Europeu.

Em relação às propostas pendentes, a Comissão limita-se a dois casos: a proteção penal dos interesses financeiros⁶⁵ e da proteção dos direitos de propriedade intelectual⁶⁶. No entanto, numa nota de rodapé, a Comissão também se refere a um conjunto de outras áreas específicas. Qualifica a proposta de Decisão-Marco relativa à luta contra o racismo e à xenofobia como conforme ao Tratado, mas acrescentou que qualquer futuro para os efeitos de fazer cumprir a legislação penal deverá ser feito através de uma Diretiva baseada no artigo 13 da UE. O Comitê assinala também duas propostas cuja preparação está atualmente paralisada, a saber, a proposta grega relativa à luta contra o

⁶⁴ Diretiva 2005/35 relativa à contaminação procedente de navios e a introdução de sanções para as infrações, DOCE L 255, 2005 y Decisão marco 2005/667 destinada a reforçar o marco penal para a repressão da contaminação procedente de navios, DOCE L 255/11.

⁶⁵ Proposta de Diretiva do Parlamento europeu e o Conselho sobre proteção penal dos interesses financeiros da Comunidade, DOCE C 240E/125, 2001.

⁶⁶ Proposta para una Diretiva sobre medidas penais orientadas a assegurar a aplicação dos Direitos de propriedade intelectual y proposta para una Decisão marco para reforçar o marco penal para combater os delitos contra a propriedade intelectual, COM (2005) 276 final, disponível unicamente em formato eletrônico a través de EUR-Lex.

tráfico de órgãos e tecidos humanos⁶⁷ e a proposta alemã sobre a proteção penal contra práticas anticoncorrenciais comportamento fraudulento e em conexão com a concessão de contratos no mercado comum⁶⁸. Com esta análise, a Comissão ainda não colocou todas as suas cartas na mesa. Em particular, não é claro o que irá acontecer com relação a eventuais propostas de harmonização das políticas em que a Comissão ainda não tenha tomado nenhuma ação. Poder-se-ia pensar, por exemplo, na agricultura ou a pesca ou em serviços financeiros. Além disso, não menciona uma série de propostas infrutíferas, tal como o do controle alimentar.

Com esta comunicação, a Comissão tomou uma posição clara e fornece para o futuro. Tem também optou por tomar uma posição seletiva, que segue também de forma coerente a agenda legislativa⁶⁹.

Deve ser visto se esta luz verde conduz a uma torrente de propostas no âmbito do Direito Penal comunitário. Por agora, tanto o Conselho como os Estados-Membros continuam trabalhando suas estratégias.

5.2 O acórdão no processo C-173/03: acolhimento nos Estados-membros e o Conselho de Justiça e Interior.

Apesar da opinião unânime nos diversos serviços jurídicos dos órgãos da UE, incluindo o próprio Conselho, a decisão do Tribunal foi recebida com espanto, e desacreditado por vários governos. Que a decisão do Tribunal não foi abraçada pelos Estados-Membros é surpreendente dada as inúmeras intervenções por aqueles em favor do Conselho durante

⁶⁷ Proposta para uma decisão marco de 26 de abril 2003, DOCE C 100/27, 2003.

⁶⁸ Proposta para uma decisão marco de 4 de setembro 2000, DOCE C 253/3, 2000.

⁶⁹ Vide a agenda legislativo da comissão para 2006 para assuntos JHA, <http://www.statewatch.org/news/index.html>.

o processo. No entanto, os governos têm centrado as suas críticas sobre a Comunicação da Comissão e as levaram ao Conselho de Justiça e do Interior. Na Dinamarca, o Ministro da Justiça informou ao Parlamento sobre a decisão e apresentou as suas reservas⁷⁰. O Ministro disse que não podia encontrar nenhuma base jurídica no Tratado CE, mas disse que a decisão do Tribunal não se limitou ao direito ambiental. Na França, a iniciativa surgiu a partir do próprio Parlamento. Em 25 de janeiro de 2006, a Comissão de Assuntos Europeus da Assembléia Nacional francesa informou o presidente da Assembléia⁷¹. A Comissão considerou que o Tribunal tinha atuado fora da sua jurisdição e tinha revelado certo “federalismo judiciário”. A Comissão também verificou que era hora de pôr fim ao governo *des juges* e restaurar o poder de entidades a que pertence, tal é o governo dos Estados-Membros. A Comissão propôs a utilização da “previsão-ponte” do artigo 42 ° da UE e integrar um processo de frenagem de emergência no Conselho da Europa⁷². A Comissão também não foi particularmente feliz com a comunicação da Comissão Europeia em resposta à sentença e rejeitou o que ela considerou um "excesso de interpretação." De acordo com a decisão da Comissão é impossível concluir que existe um poder de harmonizar a incriminação da Comunidade para todas as áreas de políticas comuns da CE e as quatro liberdades do mercado interno. Pelo contrário, o Tribunal limitou o poder de objetivos essenciais, inter-setoriais e fundamentais.

Na Holanda, os ICER analisou a decisão a fim de estabelecer se as suas opiniões

⁷⁰ Memorandum de 13 de outubro de 2005, http://www.euo.dk/upload/application/pdf/a16a3e79/2005_sv21.pdf

⁷¹

<http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvggy6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vh7rdrlf7yxv.pdf>

⁷² Este é o procedimento de freio de emergência que oferecer o Tratado de Constituição europeia para o objetivo de harmonização penal que põe em perigo interesses essenciais dos Estados membros.

anteriores tinham necessidade de ajustamento. O ICER⁷³ vê a sua opinião 2002⁷⁴ não necessita de alteração substancial e salientou que o acórdão impacta em todas as políticas previstas nos artigos 2º e / ou 3, entre as quais, emprego, políticas sociais, da cultura e da saúde pública, ou de questões sensíveis como a drogas, eutanásia, aborto e prostituição. O ICER também acredita que a resposta à pergunta sobre a competência para levar a sanções penais não tenha sido suficientemente clara. Neste sentido, existem dúvidas sobre se a Comunidade tem competência para decretar sanções *específicas* e seu nível. O ICER defende a preservação da mescla de instrumentos, entre eles, a escolha para a aplicação de sanções administrativas ou penais, e, portanto, que é contra a concorrência da CE na definição específica de sanções penais seja muito exclusiva. A opinião do ICER foi adotada integralmente na posição do Gabinete em abril de 2006⁷⁵, tal como foi apresentada ao Parlamento pelos Ministros Nicolai e Donner.

Em janeiro de 2006, em Viena, o Conselho de Justiça e do Interior durante as consultas informais examinou a comunicação da Comissão Europeia, pela primeira vez. O Conselho considerou que não existe uma urgente necessidade de retificar a legislação. Algumas decisões-marco já foram tomadas a nível nacional. Também foi sugerido que o Conselho não está preparado para concluir um acordo de transferência em favor do primeiro pilar. A Comissão afirmou nessa altura que estava preparada para participar num processo legislativo cada caso. Os Ministros demarcaram sua posição durante o procedimento formal de justiça e assuntos internos, em fevereiro de 2006⁷⁶, assumindo que a harmonização do direito (processual) penal não se encontra no topo da

⁷³ Informe sobre Direito penal e o primeiro pilar II, 2006, finais de março de 2006, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1f/j9vvggy6i0ydh7th/vh61mh1tt9ua>

⁷⁴ Vide seção 4 deste trabalho.

⁷⁵ DIE-402/06, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1f/j9vvggy6i0ydh7th/vh61mh1tt9ua>.

⁷⁶ Vid. documento 6466/06 da Presidencia, Consequencias processuais da sentença de lo Tribunal de Justicia en el asunto C-176/03, 16 de febrero 2006.

concorrência da Comunidade. As exceções devem ser interpretadas restritivamente, não constituindo mais que um reduto das políticas da UE. Alegaram, também, que a harmonização das sanções penais a Comunidade deveria deixar espaço aos Estados-Membros para que definissem as exigências de eficácia e proporcionalidade e não deveriam regular tudo ao pormenor e de forma exclusiva. No que respeita ao processo, decidiu-se que, no caso de propostas da Commonwealth com um (parcial) da lei penal, a Comissão deveria declarar explicitamente ao COREPER. Desta forma, as consultas poderão realizar-se entre os Conselhos Interior e da Justiça e dos Conselhos da Comunidade nas áreas envolvidas, e os ministros da Justiça e do Interior poderiam garantir a consistência do sistema de Direito Penal da União Européia⁷⁷. A posição do Conselho Justiça e do Interior é claramente mais moderada que as opiniões de alguns Ministros nacionais. Reconhece-se a competência para harmonizar, incluindo-se aí sanções penais e, eventualmente, aspectos do direito processual penal. Faz-se referencia ao processo de consultas entre os Conselhos nas diversas políticas e o Conselho de Justiça Interior, em mais do que dar a esse Conselho poder de co-decisão⁷⁸.

⁷⁷ Punto 3.3.2 do Programa da Haya de 24 de noviembre 2005

⁷⁸ Algunos Ministros defenderam esta visão.

6. Conclusões

A decisão do Tribunal no processo C-176/03, suprimiu formalmente a base legal para a implementação no Direito nacional. Parece pouco provável que os Estados-Membros tenham de empreender uma maior operação legislativa no âmbito de uma *cessio bonorum* voluntária do terceiro ao primeiro pilar. Isto não supõe que o acórdão da Corte não tenha amplas repercussões para a europeização do Direito Penal e criminal e, por conseguinte, também para a dimensão da integração europeia.

Pode-se considerar justificada a reprovação por ter havido extrapolação de competência por parte da Corte? Este é realmente um exemplo de governo *des juges*? Quando já tínhamos ouvido isso antes? Quando, em 1963 e 1964, no caso *Van Gend Loos* e *Costa Enel* definiu a prioridade e o efeito direto do Direito Comunitário como princípios constitucionais, os Estados-membros se uniram em sua indignação. Desde então, porém, estes princípios foram considerados os pilares básicos sobre os quais a integração europeia e é generalizada a afirmação de que a integração europeia teria falhado sem a autonomia da Corte. Além disso, alguns Estados-Membros estão em posição francamente complexa para instar ou apelar à Corte sobre a autonomia dos Estados-Membros. A França, por exemplo, apresentou uma lista de casos em que a aplicação falhou e provocou a ira da Comissão e da Corte, ignorando as conclusões contra o a Corte no caso da indústria pesqueira⁷⁹. Neste último acórdão, o Tribunal teve cuidado especial, já que optou por se reunir em sessão plenária e tomar o tempo necessário para decidir. Em minha opinião, a decisão é coerente com as anteriores, porque a Corte nunca tinha estado em favor da competência exclusiva dos Estados-membros ou do

⁷⁹ Asunto C-304. Comissão v. Francia, sentença de 12 de julho 2005, texto disponível através da página web do Tribunal Europeu de Justiça.

terceiro pilar em matéria de Direito Penal. A Corte aplicou uma interpretação ampla do Tratado da UE, que tem vindo a desenvolver ao longo de décadas, e pela perspectiva funcional, ou seja, a realização dos objetivos da integração europeia. Esta abordagem é clara não só no presente acórdão, mas também, por exemplo, na esfera do financiamento do terrorismo.⁸⁰

No entanto, concordo com aqueles que são críticos em relação à decisão da Corte no sentido em que ela teria feito bem em oferecer uma argumentação mais extensa para a sua decisão, o que teria evitado uma série de preocupações actuais. Em primeiro lugar, a Corte não discutiu explicitamente o alcance material da decisão. Na minha opinião, a comissão francesa da Assembléia não levantou a questão de forma adequada. É óbvio que a Comissão deve demonstrar que o objetivo é essencial para a integração europeia e a harmonização da legislação penal é eficaz e necessária. No entanto, penso que é impossível concluir a partir do fundamento 42 (caráter inter-setorial e fundamental do objetivo) que este seja o último e o mais determinante critério ou que a harmonização do Direito Penal seja inquestionável, por exemplo, para garantir a segurança alimentar, evitar fraude na CE ou proteger o Euro. Afinal, não é estranho que a harmonização fosse possível nas áreas de apoio político e não nas de competência exclusiva? Um segundo problema em conexão com o material está relacionado com a formulação dos artigos 135 e 280, vez que exclui *a aplicação do Direito Penal nacional e da Administração Nacional de Justiça* do poder de tomar medidas. O próprio Tribunal nota que essas projeções não dificultam a harmonização penal no campo do meio-ambiente. No entanto, ele não esclareceu qual o âmbito destas previsões de uma eventual

⁸⁰ No caso T-306/01, Ahmed Ali Yusuf Al Bakaraat – T-315/01, Abdullah Kadi, o Tribunal constrói uma base legal no Tratado EC para a lista de sanções contra organizações e pessoas suspeitas de terem participado no financiamento do terrorismo, combinando previsões do Tratado EC com o Artigo 2 EU, com o objetivo de realizar uma política comum de assuntos exteriores e segurança.

harmonização da legislação penal. É interessante que o Conselho de Estado neerlandês considera que a harmonização do Direito Penal é inerente ao artigo 280 e que as restrições não prejudicarão as obrigações da UE para criminalizar e a harmonização das definições de crime. Os princípios subjacentes dos sistemas nacionais de Direito Penal, como a decisão de processar, discricionariedade na condenação, e assim por diante, estão excluídos. Deve-se esperar também que o acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-440/05 traga mais luz para a harmonização das sanções penais. Afinal de contas, neste caso, a Comissão defende, expressamente, que as disposições da Decisão-Quadro relativas à poluição por navios, acerca do tipo e grau das sanções penais, serão também incluídas no âmbito da competência comunitária. A discussão sobre a interpretação jurídica da pena é uma coisa; transformar esta concorrência legislativa em moeda legal política no Conselho é outra. Certamente o procedimento oferece mais oportunidades de sucesso que o procedimento de unanimidade e o Conselho deve evitar re-repreendido pelo tribunal. Apesar da atitude cética do Conselho e os Estados-Membros, de forma lógica em algumas políticas, tais como graves violações das regras do mercado bolsista (abuso de informação privilegiada, os abusos de mercado, etc.) seria a de unificar as regras substantivas e aplicação do Direito Penal e da administração em um único instrumento, e, assim, recomendar um modelo de aplicações integradas. Afinal, estava certo quem disse que esta decisão acarretaria muitos aspectos das políticas penais nacionais mudou-se para a direção do Direito Penal europeu? É óbvio que o impacto da decisão do Tribunal não pode ser subestimado. Pouco tempo após a decisão, a Comissão apresentou uma proposta de Diretiva relativa à conservação de dados relacionados com a prestação de serviços de comunicações eletrônicas publicamente. Entretanto, os Estados-membros tinham negociado uma proposta de Decisão-Quadro a partir da primavera de 2004. Tanto a Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu como o Conselho tinha emitido um parecer negativo sobre a base jurídica da proposta de Decisão-Quadro.

Na sequência do acórdão do Tribunal, os Estados-Membros estavam finalmente preparados para uma mudança de enfoque e, no final de fevereiro de 2006, a Diretiva foi aprovada. É, portanto, de se esperar que a comissão deverá tomar a iniciativa de elaborar Diretivas e regulamentos com uma dimensão criminal. Por outro lado, no entanto, o impacto da decisão não deve ser sobrevalorizado. É ridículo afirmar que o aborto ou eutanásia estarão, agora, sob a liderança da Comunidade. A aplicação do Direito Penal só pode harmonizar políticas da CE, vez que o Direito Penal é o único reduto resultante da idéia de último recurso. A comunitarização do Direito Penal não significa o fim da aplicação do direito administrativo. A Comissão Europeia também fornece um valor significativo para a aplicação administrativa. Além disso, a aplicação do Direito Penal com base em regulamentos ou Diretivas não significa automaticamente que todos os casos devem ser investigados e processados criminalmente. Os Estados-membros continuam a ser responsáveis pela determinação do sistema de execução (de direito privado, direito administrativo ou penal) que seja o mais adequado para o caso. O legislador nacional poderá continuar a utilizar os modelos em que certas ações possam ser abordadas tanto em direito administrativo ou Direito Penal (uma mistura de instrumentos), e mesmo no caso de aplicação obrigatória da lei penal, os Estados-Membros conservam o poder de decidir se desejam prosseguir ou não, mesmo que essa decisão deva ser baseada em padrões rigorosos, incluindo os interesses europeus. Será que tudo isto significa que podemos relaxar e voltar ao trabalho quotidiano? Provavelmente, não. Mais do que nunca, os Estados-Membros devem agora pensar em sanções políticas europeias, tanto no que diz respeito à implementação das políticas da UE e da definição progressiva de um espaço de liberdade, segurança e justiça. As discussões deverão surgir nos Estados-Membros relativas ao interesse comum na aplicação eficaz da política da UE e do mercado interno, a realização do espaço comum e uma regra comum sobre as garantias jurídicas. O Direito Penal reflete, sem dúvida, uma parte da cultura jurídica nacional e, portanto, é um símbolo da soberania do Estado.

Ao desenvolver o modelo de integração europeia baseada na soberania partilhada é lógico que os Estados-membros cooperem na criação de uma cultura jurídica comum, também na área do Direito Penal. Os Estados-Membros e a União Europeia precisa de uma política criminal apoiados por todos. A agenda da Haia é demasiado centrada sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça. Este programa deverá ser reajustado em consequência do acórdão do Tribunal, incorporando a aplicação do Direito Comunitário. O veredicto do Tribunal também oferece uma excelente oportunidade para visitar a parte relativa à harmonização da legislação penal no Tratado Constitucional. O artigo III-2721 (2), por exemplo, oferece a base perfeita para uma política integrada para a UE.

O veredicto do Tribunal transcende o debate internacional e forçar-nos a levar a discussão sobre a posição do Direito Penal na integração europeia. Em vez de um foco exclusivo em proteger a segurança nacional criminal, que é hora de se concentrar em uma previsão dos valores europeus penal. Só desta forma podemos incentivar a confiança mútua entre os Estados-Membros e os instrumentos de implementação, e construir a confiança nas pessoas, no sistema de justiça penal na Europa. O tema do debate já não é saber se queremos um Direito Penal europeu, senão para que o queremos e sob quais condições.