

A incidência penal do ordenamento juscomunitário no direito penal interno dos estados membros da União Européia

Daiane Zappe *

Introdução

Na sociedade global atual cresce a demanda de segurança, e o direito penal tem agora que dar respostas a novos desafios. Assim é necessário uma cooperação internacional pois não se pode conservar intactas as fronteiras jurídicas entre os estados, eis que em vários casos as próprias fronteiras físicas desapareceram.

Os grandes mercados econômicos, com espaços abertos entre os estados, com a livre circulação de pessoas, capitais e serviços, fez com que modificasse a própria realidade criminológica.

O crime passou a possuir as seguintes características: organização, poder econômico e internacionalização. Há ameaças omni presentes, criminalidade de massa, terrorismo e crime organizado. Trata-se segundo PEARCE/WOODINIS de uma criminalidade dos criminosos(1).

Neste norte estamos diante de um novo paradigma: o fato de estarmos diante de uma criminalidade muito grave e defender-nos sem encurtar os direitos, liberdades e garantias, ou seja, sem criar uma política securitária que atinge o próprio núcleo da democracia.

A política criminal está em processo de desnacionalização ou desestadualização. Para dar respostas eficazes aos novos desafios da globalização tem que apelar à cooperação e a harmonização.

O tratado da União Europeia já trouxe um embrião de resposta a este novo desafio. No título VI, aponta como objetivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça. Para o alcançar, recomenda-se uma cooperação mais estreita entre as forças policiais e autoridades judiciárias dos Estados-membros, bem como uma aproximação das disposições de direito penal (artigo 29 do Tratado da União Europeia).

A principal mudança de Amsterdã foi a de ter inscrito a cooperação judiciária penal na perspectiva da realização de um objetivo claramente definido de criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Trata-se agora de realizar em comum, um espaço onde os mesmos valores são defendidos, onde os concidadãos usufruem em conjunto da mesma liberdade, da mesma segurança e da mesma justiça (2).

O Tratado de Amsterdã não adotou uma lógica supranacional, sim uma lógica de cooperação interestadual, no entanto a modificação substancial é que além da cooperação tem em vista a criação de um espaço penal comum.

A construção europeia entrou em uma nova fase após o Tratado de Maastricht, integrando a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos entre os estados membros das Comunidades Europeias no quadro da União Europeia. Com o Conselho Europeu de Tampere, a conclusão foi no sentido de uma emancipação progressiva em relação aos mecanismos clássicos de cooperação. Exemplo os princípios do reconhecimento mútuo e da harmonização das disposições do direito penal.

Após os atentados em Nova Iorque de 11 de setembro de 2001 a construção de um espaço penal europeu é urgente, marcada pela aceleração(3).

Para haver uma integração econômica e social na Comunidade Europeia, conforme os tratados que a instituem, deve haver uma regulamentação jurídica comum. A evolução deste mercado comum para uma união política passa obrigatoriamente para a criação de um direito penal comum.

A política criminal, vista como sistema de controle social da criminalidade, tem que encarar agora um novo cenário e essa virtual consciência europeia, os juristas devem se abrir a aprendizagem e apreensão crítica de soluções de outros estados membros. A comunidade cultural permite o transnacionalismo jurídico sendo esta a porta a alcançar as vias harmonizadora ou unificadora.

Um modelo dogmático-criminal assente na ocidental ideologia Estado social de Direito deverá respeitar à tutela dos direitos individuais, um complexo articulado de garantias, formais e substanciais, norteando-se por uma preocupação jusconstitucional e seguindo os princípios de direito comunitário.

1. Os efeitos da interação entre os sistemas normativos

Atualmente é efetiva a incidência do Direito comunitário nos ordenamentos internos (dos Estados-membros). Há, no entanto que se distinguir os efeitos positivos e negativos daquele, podendo porém tais efeitos terem outras terminologias.

Para Jean PRADEL/Gurt CORSTENS(4) aproxima estes efeitos dos fenômenos de integração positiva e integração negativa. Hanna G. SEVENSTER(5) refere-se a negative e positive influence.

De qualquer modo, há obrigações que o direito comunitário impõe ao direito interno: a de fazer e a de não fazer.

Conclui-se que o direito comunitário incide sobre o direito penal dos Estados-membros, mesmo que de forma indireta ou reflexa.

1.1 A relevância penal negativa do direito comunitário

A comunidade europeia não possui competências em matéria penal, no entanto o Tribunal de Justiça Europeu tem o entendimento jurisprudencial que não há uma reserva absoluta de competência dos Estados-membros em matéria penal.

Por enquanto não existe uma competência concorrente em sentido estrito dos Estados e da Comunidade, no entanto a norma comunitária é titular de um verdadeiro e indiscutível *jus non puniendi*(6), que gera os efeitos penais negativos do direito comunitário.

Ou seja, as normas penais internas que dizem respeito à livre circulação de capitais, pessoas e mercadorias devem inaplicadas, por ser contrária ao direito comunitário, isto graças ao primado do direito comunitário sobre o direito nacional.

Cabe então distinguir as fontes de onde derivam as normas comunitárias, pois possuem diferentes tipos de eficácia e incidem de maneira diversa sobre o ordenamento interno. As normas previstas nos Tratados Comunitários prevalecem sobre as leis internas, entrando em vigor após a aprovação e ratificação daqueles diplomas, conforme artigo 8º n 2 da Constituição da República Portuguesa.

Os regulamentos comunitários tem um valor normativo superior aos das leis internas, entram em vigor no momento da publicação Jornal Oficial das Comunidades Europeias, são diretamente aplicáveis pelas autoridades nacionais, não necessitando de transposição ou ratificação, conforme artigo 8º n 3 da Constituição da República Portuguesa.

Já as normas previstas nas diretivas e nas decisões-quadros são instruções dirigidas aos Estados-membros para alcançar determinado fim dentro de um prazo delimitado. Não são diretamente aplicáveis, necessitando de transposição para o direito interno, e em princípio não podem ser invocados pelas autoridades estaduais nem por particulares.

Neste norte podemos concluir que inicialmente apenas as normas previstas nos tratados e regulamentos comunitários podem conduzir à inaplicabilidade das normas estaduais, pois prevalecem direta, imediata e formalmente sobre o direito interno.

No entanto o Tribunal de Justiça Europeu tem se pronunciado que as diretivas não transpostas podem ser invocadas pelos particulares contra o Estado (efeito direto nas relações verticais) desde que o seu conteúdo seja suficientemente claro e preciso e o estado membro não tenha transposto a diretiva no prazo fixado, ou o caso tenha transposto de forma incorreta.

1.1.1. Formas pelas quais o direito comunitário afasta a aplicação da norma penal interna

a) Caso a norma penal interna proíba uma conduta que é autorizada pelo direito comunitário, ou seja, se for contrária a um instrumento de direito comunitário, deve ser desaplicada pelas autoridades nacionais. Trata-se de uma inaplicabilidade consequential ou reflexa, pois serão inaplicáveis normas preceptivas que impõe deveres de natureza administrativa, cuja a infração se comina a uma sanção penal (normas penais em branco).

Dogmaticamente, há uma divergência doutrinária para a caracterização desta não punição, será restrição do tipo ou intervenção de uma causa de justificação.

Para ser causa de justificação, os interesses protegidos, em geral, pelo tipo incriminador são diversos dos interesses protegidos, no caso concreto pela norma justificante.

Partindo de uma autonomia funcional do tipo em relação à ilicitude, não é correto levar a punição à conta da intervenção de uma causa de justificação: a eficácia da norma comunitária no ordenamento estadual não se limita a tornar tolerável (lícita) uma ofensa (de lesão ou de perigo) provocada por uma conduta (típica).

No caso a inaplicabilidade da norma nacional por restrição do tipo incriminador, que deriva do primado do direito comunitário.

Como o Estado-membro aceitou as competências e o modo de atuação definido nos tratados, admitiu que as condutas autorizadas pelas normas comunitárias não são socialmente danosas, eis que houve uma reconfiguração do bem jurídico em causa (bens jurídicos comunitários).

b) A contrariedade da norma penal ao direito comunitário pode ainda residir nas sanções combinadas, que pode afetar desproporcionadamente uma liberdade comunitária ou aniquilá-la. Pois, a sanção prevista para a violação dos deveres de documentação e apresentação, junto das autoridades nacionais, não pode ser exageradamente severa se a conduta se inscrever no direito de livre escolha de residência no espaço comunitário.

c) Por derradeiro, pode ainda o direito comunitário exercer uma inaplicabilidade de normas que, não criando deveres penalmente sancionados para os cidadãos, mas que se inscrevem na regulamentação do sistema penal estadual.

1.2. A relevância penal positiva do direito comunitário

O direito comunitário pode ainda incidir de forma positiva no direito penal interno na medida em que concorra ativamente para a definição do conteúdo de uma norma penal interna.

Aqui estará em causa a adoção, por parte do direito interno, de medidas positivas, cumprindo obrigações derivadas do ordenamento juscomunitário e especialmente a de cooperação que decorre do artigo 10 do TCE.

Há no entanto, que analisar a questão da legitimação da intervenção da norma comunitária, eis que a comunidade, enquanto instancia de produção normativa, carece de competência para legislar em matéria penal pois as competências da Comunidade Europeia são de atribuição e devem estar fixadas nos tratados.

Assim, o direito comunitário incidirá de forma indireta, pois só terá uma relevância positiva no direito penal dos Estados-membros através da norma penal interna.

Ora, há que saber em que medida é que os instrumentos de direito comunitário podem conformar o tipo incriminador das normas penais internas.

Os regulamentos são diretamente aplicáveis na ordem jurídica interna conforme artigo 8º n 3 da CRP, não necessitando de um ato de confirmação por parte do Estado. Não possuem as condições mínimas de legitimação democrática exigidas pela generalidade das constituições dos Estados-membros para a elaboração de uma lei penal, bem como os regulamentos não possuem a mesma publicidade das leis nacionais.

Assim, diferentemente dos tratados e das convenções, os regulamentos não podem criar normas penais originárias proibindo condutas sobre ameaça de penas. A sua relevância será mediata, dependendo de uma norma penal de direito interno preexistente ou que venha a ser consagrada por opção do legislador nacional, para reforçar os comandos do regulamento. Conseqüentemente, não pode também o regulamento ampliar autonomamente o tipo de uma norma penal interna, ainda que conforme já descrito, pode restringi-lo ou mesmo descriminalizar, pois o efeito negativo não ofende garantias individuais que o princípio da legalidade pretende assegurar.

Exemplificadamente, suponhamos que uma norma penal interna proíba a captura de animais considerados espécies protegidas, cujo elenco ela própria define de forma taxativa. Caso um regulamento comunitário venha a proteger um animal não elencado na norma interna, a captura do dito animal não preencherá o tipo da norma penal enquanto o Estado membro não modificar expressamente o direito interno.

Ou seja, para alargar originariamente e imediatamente a punibilidade em função de um regulamento, deverá ser atribuída uma competência específica às instituições comunitárias para legislar em matéria penal.

Caso o regulamento se limite a definir intratípicamente certos elementos da norma, será outra solução. Uma norma penal não será inconstitucional se certos elementos brancos do tipo forem definidos por regulamentação de nível normativo inferior à lei formal ou mesmo infra-legal, para qual não valem as exigências do princípio da legalidade.

Exemplificando, se uma norma penal interna proíbe a captura de sardinhas com dimensão inferior à autorizada, remete o cidadão para a necessidade da informação acerca da regulamentação aplicável. Nada proíbe que então a dimensão autorizada seja definida por um regulamento comunitário, que preencherá o espaço branco do tipo penal (que não é um tipo penal em branco).

A diferença entre os dois casos é que no primeiro o regulamento alargaria um campo de aplicação pré-definido tornando punível uma conduta que anteriormente no ordenamento interno não era punida; já no segundo caso o regulamento vem para preencher o campo de aplicação da norma penal de forma legítima, pois foi deixado propositadamente em branco pelo legislador penal interno.

Por fim, alguns países comunitários incriminam a importação não documentada de mercadorias que não tenham origem no espaço comunitário. Ou sejam, a prova de que a mercadoria origina-se de um país comunitário exclui a imputação do crime.

No caso das diretivas estas não podem fundar nem agravar por si própria e antes da transposição, a responsabilidade penal de alguém que violou os seus comandos. Assim elas não são eficazes no ordenamento interno (salvo o efeito direto nas relações verticais já referidos).

Conclusão

Concluindo, de todas as formas de incidência do direito comunitário sobre o direito penal dos Estados-membros, nenhuma é determinada por um discurso jurídico-penal autónomo.

Os dois efeitos, negativo e positivo, do direito comunitário não devem ser encarados como elementos de um pretense sistema penal comunitário em vias de lento desenvolvimento: eles consubstanciam, muito simplesmente, uma certa comunitarização do direito penal interno(7).

As disparidades existentes em questões criminais de Estado-membro para Estado-membro, só serão resolvidas pelas vias da harmonização, sendo esta conceituada como "a aproximação compatibilizadora de regras nacionais diversas"(8).

Segundo Pedro Caeiro(9), estas desigualdades aplicativas constituem um custo que a preservação da "identidade nacional" impõe ao ordenamento juscomunitário enquanto não existir um verdadeiro sistema de Direito comunitário penal.

Assim, para haver uma política criminal que consiga assegurar aos cidadãos um nível suficiente de segurança, os Estados devem partilhar competências soberanas, a fim de recuperar uma soberania perdida.

Notas:

1 - Global Crime Connections. Dynamics and Control. 1993. Passim.

2 - RODRIGUES, Anabela Miranda. Um sistema sancionatório penal para a União Europeia. Entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização.

3 - CESONI, M. Luisa. Droit Pénal Européen : Une Harmonisation Périlleuse. L'espace Pénal Européen : Enjeux et Perspectives. Éditions de l'Université de Bruxelles. 2002. p.

153 ; também, BIOLLEY, Serge de. Liberté et Sécurité dans la Construction de l'Espace Européen de Justice Pénale : Cristallisation de la Tension sous Présidence Belge. L'Espace Pénal, cit. p. 173. APUD RODRIGUES, Anabela Miranda. Questões urgentes de política criminal. In estratégia. nº 18/19. Principia, 2003.

4 - Droits Penal European. Paris: Dalloz, 1999.

5 - Criminal Law and EC Law. Comum Market Law Review. 1992.

6 - CAEIRO, Pedro. Perspectivas de Formação de um Direito Penal na União Europeia. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, 1996.

7 - CAEIRO, Pedro. Op. cit.

8 - DELMAS-MARTY, Mireille. Vers un Droit Pénal Européen Comun ? - Un Archives de Politique Criminale. 1997.

9 - Id Ib.

* Daiane Zappe Viana, especialista em direito constitucional, mestranda em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra, Professora de Criminologia e Direito Constitucional.

Disponível em:<

<http://www.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=37922> >

Acesso em.: 9 jul. 2007.