

TRATADO DE LISBOA: O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO FERRAMENTA À HARMONIZAÇÃO

Carolina Guimarães Pecegueiro Pereira *

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a problemática da relação entre o Tratado de Lisboa, que possui competência para legislar em matéria penal em nível europeu, com os Estados membros. Propõe-se, como uma ferramenta para a solução dos complexos problemas advindos desta relação, o Transconstitucionalismo.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo, Tratado de Lisboa, Direito Penal europeu.

Abstract: This text purposes to analyze the problematic involving the relationship between the Treaty of Lisbon, that has the competence to legislate in criminal matters at European level, with the Member States. It is proposed, as a way to resolve its complex problems, the Transconstitutionalism.

Keywords: Transconstitutionalism, Treaty of Lisbon, European Criminal Law.



INTRODUÇÃO

O artigo que ora se apresenta trata do

* Doutoranda (Ciências Jurídico-Criminais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

Transconstitucionalismo como um instrumento apto a ser utilizado para resolver os complexos problemas advindos com o Tratado de Lisboa, que estabelece, na esfera criminal, a competência da União Europeia para criar tipos penais com o objetivo de proteger os bens jurídicos europeus, de incidência transfronteiriça ou até mesmo aqueles que, por razões de interesse a Europa deseje combater.

O tema se justifica em decorrência de sua importância atual e de sua originalidade, uma vez que a doutrina que o aborda coloca a harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros como a única via capaz de "pacificar" os conflitos existentes, além da conformação daqueles com o Direito Comunitário, com fulcro no princípio do primado.

Indubitavelmente, a harmonização tem se mostrado importante neste processo de integração. Entretanto, por diversas vezes o que se verifica é que a harmonização, quando é feita sob imposição ou seja, sob uma ordem vertical, acaba por desprezar a história e a cultura dos Estados membros que tem, em sua diversidade, uma rica fonte de troca e de diálogo.

Desta ideia parte o Transconstitucionalismo que, cujo pressuposto maior é a possibilidade do reconhecimento de entrelaçamentos com aprendizado mútuo entre múltiplas racionalidades, obviamente, em contextos de diferenciação funcional e inclusão social, como é o caso europeu.

Outro aspecto importante da presente pesquisa é a escassez de material que trate este tema sob o enfoque pretendido, em virtude de sua originalidade, daí, posteriormente, com o amadurecimento, poderá servir de fonte para os futuros trabalhos.

A ordenação do tema será feita em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, far-se-á um passeio pelos antecedentes do Tratado de Lisboa, uma vez que a sua versão consolidada reflete os processos pelos quais passou o projeto de integração europeu, sobretudo a tentativa frustrada de se

estabelecer uma Constituição para a Europa.

No segundo capítulo, analisar-se-á o Tratado de Lisboa no sentido de perquirir suas diferenças e semelhanças com o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

No terceiro capítulo, situar-se-á o estado de coisas do Projeto Penal Europeu, bem como colocar-se-ão as principais questões que envolvem a relação do Direito Comunitário com os ordenamentos jurídicos internos dos Estados Membros no âmbito punitivo.

Por derradeiro, apresentar-se á o Transconstitucionalismo como uma ferramenta capaz de servir à solução dos complexos problemas resultantes da mencionada relação.

1 OS ANTECEDENTES DO TRATADO DE LISBOA

O Tratado de Lisboa, doravante chamado TL, não surgiu como algo inovador para a União Europeia. Ao contrário, foi fruto de uma sucessão de acontecimentos e tratados que ensejaram sua formulação tal como se encontra atualmente.

Sua assinatura, em 13 de dezembro de 2007, marca o apogeu de um complexo processo comunitário de revisão dos Tratados institutivos das Comunidades Europeias e da União Europeia (UE), iniciado com a Declaração No. 23 anexa ao Tratado de Nice (TN), que abordava o futuro da União Europeia. Tal Declaração evidenciava quatro pontos de reflexão no cenário do futuro da União, a saber: “a delimitação das competências entre a UE e os Estados membros no que tange ao respeito do princípio da subsidiariedade; o Estatuto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE); a simplificação dos tratados e a função dos parlamentos nacionais no desenho europeu” (MESQUITA, 2010, p. 11).

Alguns fatos importantes, ligados ao futuro da UE, ocorreram no interstício entre a assinatura do TN e a assinatura do TL, sendo os principais: a convocação de uma Convenção

para a elaboração de um tratado modificativo dos tratados existentes, em seguida à *Declaração de Laeken sobre o futuro da União Europeia*¹ (aprovada pelo Conselho Europeu de Dezembro de 2001); a apresentação ao Conselho Europeu do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE) em Julho de 2003, o qual foi aprovado pela Convenção; a convocação de uma Conferência Intergovernamental (CIG), em 2003, e assinatura do TECE, em 29 de outubro de 2004; o insucesso do processo de ratificação deste Tratado após o resultado negativo dos referendos na França e nos Países Baixos, respectivamente, em Maio e Junho de 2005; a transcorrência de um período de reflexão aprovado pelo Conselho Europeu de Bruxelas, em Junho de 2005; definição, em Junho de 2007, pelo Conselho Europeu de Bruxelas, de um mandato para a CIG, com o objetivo da elaboração de um novo Tratado, o Tratado Reformador; posteriormente, uma nova convocação da CIG com vista à aprovação de tal Tratado Reformador, que teve projeto elaborado pela presidência portuguesa em exercício e, por derradeiro, superados os dissensos no Conselho Europeu informal de Outubro, a assinatura, em Lisboa, ocorrida durante a presidência portuguesa da União Europeia, de um *Tratado modificativo do Tratado da União Europeia* e do *Tratado da Comunidade Europeia*, além da abertura dos processos de aprovação e ratificação por cada um dos vinte e sete Estados membros (MESQUITA, 2010, p. 11-13).

É importante destacar como um dos fatos mais

¹ “Em Dezembro de 2001, através da Declaração de Laeken, o Conselho Europeu assinalou a necessidade de a União se tornar ‘*mais democrática, mais transparente e mais eficaz*’. Reflectindo sobre o inconveniente de a União assentar sobre quatro tratados, o Conselho Europeu sublinhava o imperativo de ‘*proceder a uma simplificação*’. O mandato de Laeken limitou-se a colocar a aprovação de uma Constituição como hipótese futura, um ponto a se convocar reflexão em fase ulterior: ‘*(...) coloca-se a questão de saber se esta simplificação e reestruturação (dos Tratados) não poderão conduzir, a prazo, à aprovação na União de um texto constitucional*’” (DUARTE, 2010, p. 8).

importantes que aconteceram neste período os referendos realizados na França e nos Países Baixos, acerca de uma Constituição para a Europa. A rejeição advinda destes países gerou uma profunda crise e influenciou, de forma decisiva, na formulação do Tratado de Lisboa.

Tais referendos, realizados durante o curso do processo de ratificação da Constituição Europeia, mostraram que os prognósticos de uma Constituição para a Europa eram os piores. Deste modo, estavam os Estados membros em um *beco de difícil saída*. Entretanto, este episódio, superado com o advento do Tratado de Lisboa, não deve ser esquecido. Este fato da história da integração europeia representa um risco ao projeto europeu, quando este acontece à base de soluções de pouco voluntarismo político, democraticamente esvaziadas e reduzidas à *estética do nominalismo conceitual*, a exemplo do que ocorreu com a rejeição da Comunidade Europeia de Defesa, em 1954 (DUARTE, 2010, p. 11).

O Tratado de Lisboa mantém as principais soluções encontradas na Constituição Europeia. Todavia, para que este fosse “aceito” pela comunidade europeia, teve que passar por uma “desconstitucionalização”, ou seja, foi submetido a uma descaracterização no aspecto constitucional. Do contrário, poderia acabar como o malogrado TECE.

A partir da ratificação do TL pelos Estados membros, estabeleceu-se um debate que girava em torno de saber se aquele representava ou não um novo tratado, o que traria de diferente em seu conteúdo do TECE e como a Europa lidaria com este importante passo em seu processo de integração.

A diferença que se faz mais clara é a de que o TL não representa uma Constituição Europeia e não alude, portanto, a designações de natureza estadual ou federal, conforme dispunha o TECE.

Esta diferença, no entanto, se estabelece muito mais de maneira formal do que material, uma vez que o TL incorporou

grande parte do TECE.

2 TRATADO DE LISBOA: O *VELHO-NOVO* TRATADO?

No âmbito interno dos Estados membros eclodia a discussão em torno do TL e do que este representava para a integração europeia.

Em Portugal, o debate se deu tanto como parte dos argumentos dos que defendiam a realização de um referendo quanto dos que tencionavam o contrário. Tal referendo era previsto no processo de aprovação da Constituição Europeia. Neste sentido, foi adicionado à Constituição o artigo 295, que dispõe acerca da viabilidade dos referendos de tratados sobre a construção e aprofundamento da União Europeia. O Governo Português, em janeiro de 2008, anunciou a aprovação do Tratado de Lisboa através do Parlamento, excluindo-se o referendo. Apresentou, o Executivo, como justificativa o fato de o Tratado de Lisboa ser um novo tratado, diferente, portanto, da Constituição Europeia. Deste modo, o compromisso de realização de referendo, assinado em Roma, no que tange ao tratado “constitucional”, já não fazia sentido no que diz respeito ao tratado “comunitário” de Lisboa (DUARTE, 2010, p. 14).

A despeito de questionar de quais seriam os reais motivos que se escondiam por trás desta decisão, mais importante é mencionar que foi perdida a oportunidade de se sujeitar a referendo um tratado europeu, fato este que representaria dupla vantagem, a saber: o alargamento da base de legitimação da participação de Portugal neste processo de construção e integração da União Europeia e, principalmente, possibilitar aos cidadãos o conhecimento e o acompanhamento do projeto europeu em suas diversas nuances (DUARTE, 2010, p. 14).

A ratificação do TL pelos Estados membros teve que

superar diversos entraves, como, por exemplo, o referendo feito na Irlanda, obrigatório segundo as normas constitucionais internas, além de dificuldades na Polônia e na República Tcheca, esta última só ultrapassada dois anos após a assinatura do TL.

Por sua vez, a entrada em vigor do TL, nos moldes do art. 6º, n. 2, *in fine*, aconteceu no primeiro dia do mês seguinte ao depósito do instrumento de ratificação do último Estado signatário, no caso, a República Tcheca, o que aconteceu em 1 de dezembro de 2009.

A natureza do TL é difícil de ser percebida, com fulcro na relação com os tratados que imediatamente antecederam-no, no *processo de revisão em curso* da União. É possível dizer que o TL manteve, em sua forma jurídica, o “clássico” Tratado de Roma, na versão que resultou de Nice, enquanto o conteúdo foi importado da Constituição Europeia. A associação destes dois distintos tratados demandou do TL uma trabalhosa engenharia jurídica. Em sua estrutura formal, o Tratado de Lisboa dispõe de somente sete artigos, a saber: o primeiro modifica o Tratado da União Europeia, o segundo modifica o Tratado da Comunidade Europeia e os demais cinco representam disposições finais. Houve, ainda, a alteração, por meio de um protocolo, do Tratado relativo à Comunidade Europeia da Energia Atômica, que subsistiu, ao contrário do ocorrido com a Comunidade Europeia (DUARTE, 2010, p. 17).

Tais mudanças, trazidas pelo TL, implicam uma infinidade de artigos nos dois tratados existentes, o que acarreta a necessidade da comparação dos dois artigos (anterior e atual).

Um aspecto que chama a atenção, logo à primeira vista, além da opacidade do texto primário, é a extensão do TL. No total, são 467 artigos – contabilizando as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – mais 37 protocolos e 65 declarações. Deste modo, sua versão consolidada é maior que a versão do Tratado que estabelece

uma Constituição para a Europa – o qual tinha 448 artigos e, por sua vez, também supera a versão em vigor com o Tratado de Nice em mais de uma centena de artigos (DUARTE, 2010, p. 18).

O problema principal no que diz respeito à difícil inteligibilidade do TL não se limita, entretanto, ao seu texto exaustivamente longo e narrativo. A questão mais problemática tem a ver com a ordenação sistemática dos conteúdos entre dois tratados, fato este que acarreta, frequentemente, circunstâncias de sobreposição reguladora, que fica mais agravada ainda em virtude dos protocolos e declarações que completam e, às vezes, derogam a conotação do regime jurídico proposto na articulação dos tratados. Representa, portanto, um verdadeiro labirinto jurídico com consequências mais aparentes na configuração dos órgãos e dos procedimentos de decisão (DUARTE, 2010, p. 18).

Conforme aludido anteriormente, o TL poderia ser denominado de *velho-novo* tratado, pois manteve, em seu conteúdo, o mesmo teor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.²

Apesar da supracitada manutenção, o TL afastou o conceito constitucional – que revogava todos os tratados em vigor, substituindo-os por uma Constituição – em obediência às orientações da Conferência Intergovernamental.

Afastando o caráter constitucional, o TL manteve os

² “Se compararmos o Tratado UE modificado e a primeira parte do Tratado Constitucional, damo-nos conta de que há uma certa correspondência na estrutura dos dois textos [...] O tratado sobre a União Europeia modificado contém os princípios e regras gerais aplicáveis às instituições, bem como o quadro institucional da União, mas também as regras pormenorizadas relativas ao funcionamento da União num domínio, o da Política Externa e de Segurança Comum. Ao contrário do TUE modificado, que só vagamente se parece com a primeira parte do Tratado Constitucional, o TFUE parece-se muito com a parte III, se nos abstrairmos das diferenças de estrutura e do facto de alguns artigos da parte III se encontrarem no TUE. A Carta dos Direitos Fundamentais é idêntica à parte II do Tratado Constitucional, excepto na numeração dos artigos e nas referências à ‘Constituição’, substituídas por referências ‘aos tratados’” (ZILLER, 2010, p. 121).

tratados em vigor, a saber: Tratado da União Europeia (TUE), Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) e Tratado institutivo da Comunidade Europeia da Energia Atômica. Ademais, configurou-se o Tratado Reformador como modificativo do TUE e TCE.

Outras características importantes trazidas pela entrada em vigor do TL foram a atribuição à União de personalidade jurídica única, bem como a alteração da nomenclatura TCE para Tratado sobre o Funcionamento da União (TFUE).

Como houve a necessidade de que o TL não caracterizasse, de modo algum, uma nova Constituição para a Europa, tendo em vista o exemplo anterior fracassado, suprimiu-se a alusão aos símbolos da Comunidade Europeia, como, por exemplo, bandeira, hino e lema. Substituiu-se ainda, a denominação Comunidade Europeia por União.

3 CONDIÇÕES PARA O ESTABELECIMENTO DE UM DIREITO PENAL EUROPEU

3.1 O ATUAL ESTADO DE COISAS DO PROJETO PENAL EUROPEU

Em obediência ao princípio do Primado, o TL determina que a jurisprudência seja remetida ao Tribunal de Justiça.

O princípio do primado, neste sentido, informa que os Estados membros deverão estar em conformidade com a União. E a versão deste princípio dada pelo TL é a de uma perspectiva dinâmica, que respeita os limites constitucionais dos Estados membros, em termos gerais, decorrentes de suas identidades e, especificamente, em termos de proteção dos direitos fundamentais. Por esta razão, incita ao aprofundamento do diálogo, especialmente entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Constitucionais dos Estados membros, como uma maneira de excluir casos de violação tanto de princípios

constitucionais como do próprio princípio do primado do direito da União (AMARAL; PICARRA; 2009, p. 216-217).

O diálogo fomentado pelo princípio da primazia, entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais Constitucionais dos Estados membros pode ser atingido, em sua plenitude, se se utilizar como ferramenta o transconstitucionalismo, que será abordado após a colocação de alguns problemas, em matéria penal, trazidos pelo TL à ordem interna dos países.

Em sentido mais amplo, faz-se necessário perquirir a amplitude da relação entre o Direito Comunitário e o Direito Penal interno dos Estados membros, isto é, em que nível se encontra a conformação das leis penais internas e das Constituições com o Tratado de Lisboa.

Fernanda Palma (2006, p. 151) assevera que, em primeiro momento, a conformação enseja técnicas de remissão, coordenação, harmonização³ e assimilação. Em segundo nível, o Direito Comunitário adquire uma eficácia reflexa sobre o Direito Penal interno, em virtude de sua recepção pelos ordenamentos jurídicos dos Estados membros, além do princípio da igualdade e da prioridade aplicativa. Em terceiro nível, pode transformar-se em uma nova espécie de legitimidade – penal – originada pelos tratados europeus ou, até mesmo, se for o caso, de uma Constituição Europeia.

A discussão tem início no grau de interferência do Direito Comunitário internacional na Constituição Penal, que

³ “O tema da harmonização, não só penal, mas especialmente penal, de facto, não poderá deixar de, nos próximos tempos, captar a atenção dos cultores da ciência jurídico penal. É que a globalização, por um lado, e a necessidade de respeitar as diferenças culturais das nações, por outro, a outra coisa não levarão. Porque, quando falamos em harmonização, temos de ter consciência de que falamos de um vasto fenómeno que não é peculiar apenas da União Europeia, nem tão pouco da Europa, senão do mundo. A harmonização vem a ser a resposta que a globalização impõe, a vários níveis e a partir de interesses e agentes diversos, mas com o respeito necessário pela diversidade cultural que as Nações comportam. O que, numa organização de Estados como é a União Europeia, onde não deixam de subsistir diferenças culturais relevantes, ainda mais se justifica” (MONTE, 2009, p. 31,32).

pressupõe um amplo debate acerca do princípio democrático e dos princípios constitucionais de Direito Penal ligados a ele, por exemplo, legalidade e reserva de lei parlamentar. Esta questão corresponde ao problema geral de Direito Constitucional do primado do Direito Comunitário sobre o Direito Interno (PALMA, 2006, p. 152).

Com fulcro neste debate, Fernanda Palma (2006, p. 153) destaca três questões, a saber: 1) O confronto do princípio da legalidade com as técnicas de reenvio de leis penais internas dos Estados membros para normas de fonte comunitária; 2) O confronto das técnicas de interpretação do Direito Comunitário no que tange aos elementos normativos do tipo, que configurem crime, com um possível efeito de analogia em desfavor do réu na interpretação de normas incriminadoras; 3) O confronto do efeito descriminalizador das normas comunitárias com o princípio da legalidade, visto em âmbito interno, em virtude do princípio da adequação do Direito Interno ao Direito Comunitário.

Tais questões elevam-se à extrema importância, sobretudo em razão do que está disposto no arts. 82 e 83 do TFUE⁴.

⁴ Art. 82 – 1. A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se referem o n. 2 e o artigo 83.º. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam medidas destinadas a: a) Definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; b) Prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros; c) Apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça; d) Facilitar a cooperação entre as autoridades judiciais ou outras equivalentes dos Estados- -Membros, no âmbito da investigação e do exercício da acção penal, bem como da execução de decisões. 2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos

dos Estados-Membros. Essas regras mínimas incidem sobre: a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade; d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adoptar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu. A adopção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas. 3. Quando um membro do Conselho considere que um projecto de directiva a que se refere o n. 2 prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projecto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário. No mesmo prazo, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projecto de directiva em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n. 2 do artigo 20.º do Tratado da União Europeia e no n.º 1 do artigo 329.º do presente Tratado, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada.

Art. 83 – 1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adoptar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu. 2. Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de directivas regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções no domínio em causa. Essas directivas são adoptadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adopção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76.º. 3. Quando um membro do Conselho considere que um projecto de directiva a que se refere o n. 1 ou n. 2 prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate, e havendo consenso, o

Importante destacar que o art. 83 confere à União legitimidade para legislar em matéria penal no que se refere ao catálogo de crimes descrito no artigo. Pode também legislar em matéria penal que se encontre fora do catálogo se for imperiosa a prevenção de crimes desta natureza. A questão atinge ainda mais relevo se se pensar que o art. 83 abre a possibilidade de criação, inclusive, de um código penal europeu, ou seja, um código penal supranacional a conviver com os códigos penais internos dos Estados membros.

De início, necessário se faz debater se tal possibilidade não fere o princípio da legalidade, uma vez que é atribuído a um órgão do executivo o poder de legislar. E, ainda, pensar estes reflexos num contexto de política criminal cada vez mais voltado para a expansão do Direito Penal.

Sánchez (2008, p. 355-356) pondera que a situação colocada não afeta a legalidade, pois, de acordo com o art. 68, o Conselho Europeu, formado por Chefes de Estado, deverá definir as orientações estratégicas da programação legislativa e operativa no espaço de liberdade, segurança e justiça. Igualmente se posiciona em contrário com relação à segunda indagação, quando afirma que na medida em que se pode defender a existência de um Direito Penal mínimo e, simultaneamente, a existência de um novo ente que, se é capaz de gerar bens jurídicos próprios, é capaz de levar sua tutela até o fim, isto é, que seja capaz de definir os bens jurídicos em jogo e elaborar as sanções que irão preservá-los, tenham a natureza que tiverem.

Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projecto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário. No mesmo prazo, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projecto de directiva em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n. 2 do artigo 20.º do Tratado da União Europeia e no n. 1 do artigo 329.º do presente Tratado, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada.

É certo que no espaço em questão o objetivo central é garantir um nível elevado de segurança. Deste modo, no dilema entre “segurança” e garantias individuais”, entra em cena o Direito Penal Europeu. Neste sentido, deve-se ter em consideração que a segurança não pode ser utilizada como estandarte libertino que permita qualquer iniciativa de política criminal. A legitimidade de um modelo político criminal baseado na ideia de que só se atinge segurança respeitando os princípios que tradicionalmente inspiram o Direito Penal, em particular, da ressocialização, da dignidade da pessoa humana e humanidade das penas, ou seja, os limites materiais próprios de um Estado de Direito (SÁNCHEZ, 2008, p. 357).

É sabido que o TL é silente no que diz respeito às penas. Entretanto, nesta questão é onde reside a maior desuniformidade das legislações internas dos Estados membros.

No ordenamento jurídico-penal, as penas são previstas em abstrato, proporcionalmente, a partir de um juízo de reprovação social que aufere o grau de lesividade da conduta. Entretanto, ao se ter em conta que os países possuem culturas diferentes e próprias, tem-se a ideia de que esse juízo de reprovação é bastante variável, o que, de certa forma, representa um obstáculo à uniformização.

O grande entrave é que, para que se atinja o almejado nível de integração entre os Estados membros, sobretudo em virtude da existência dos mecanismos de cooperação, como o Mandado de Detenção Europeu⁵ e do Reconhecimento Mútuo

⁵ “Adopted hastily following the terrorist attacks of 11 September 2011, the framework decision on the European Arrest Warrant was intended to replace traditional extradition procedures with a simplified and expedited procedure for ‘surrender’ of persons convicted or accused of crimes between the EU Member States. Article 1 of the EAW defines ‘European arrest warrant’ as any judicial decision issued by a Member State (‘issuing State’) with a view to arrest or surrender by another Member State (‘executing State’) of a requested person, for the purposes of conducting a criminal prosecution or executing a custodial sentence or detention order. It goes on, ‘Member States shall execute any EAW on the basis of

de Sentenças⁶, aqueles devem se harmonizar, uma vez que desejam proteger os bens jurídicos que são próprios desta coletividade, já que o TL, em matéria penal, refere-se somente à proteção de bens jurídicos de dimensão transfronteiriça, ou aqueles cujo interesse da proteção sejam comuns a todos os Estados membros.

O que se pretende, inclusive utilizando-se das ferramentas das Diretivas (que obrigam os Estados membros a legislarem sobre aquela matéria penal) e das Decisões-quadro, é estabelecer regras mínimas com vistas à viabilidade da cooperação, em matéria penal, e da harmonização.

Estes mecanismos, da maneira como tem sido instrumentalizados, tem se mostrado bastante limitados no que toca ao objetivo pretendido, pois acabam por obrigar os Estados membros e além de desrespeitar a cultura local daquele país, uma vez que impõe um modo fechado para a solução do problema.

Sánchez (2008, p. 360) igualmente manifesta preocupação neste sentido, ao afirmar que é necessário ter em consideração que, tanto no que tange às normas mínimas em matéria de delitos, como em matéria de penas, corre-se o risco de tentar uniformizar distintas culturas jurídicas que formam parte da União. Neste sentido, talvez seja melhor desenvolver uma política criminal unida na diversidade⁷ e que, ao respeitar

the principle of mutual recognition and in accordance with the provisions of the framework decision” (FLETCHER; LÖÖF; GILMORE, 2008, p. 112).

⁶ “Mutual recognition is not yet completely adapted to the needs of criminal law. It is, of course, possible to transfer a piece of evidence from one Member State to another, but it derives its existential status from the legal context in the first Member State. Requiring the second Member State to accept the evidence blindly could have a harmonising effect if the second Member State took no more than just the first Member State into account. However, this is not the case: there are 25 other Member States, each with totally different formalities. Mutual recognition cannot contribute to harmonisation this way, but may even have the opposite effect: anarchy or a ‘wild west’ scenario, in which *any* piece of evidence *must* be admitted as long as it comes from abroad” (KLIP, 2009, p. 350-351)

⁷ Bacigalupo (2008, p. 32-33) chama a atenção para um dos principais aspectos desta

as identidades historicamente fragmentadas, supere as antigas divisões.

Mesmo porque, com a globalização, a cultura jurídica já tem, de certo modo, harmonizado-se, ainda que seja um processo lento, como qualquer processo histórico.

4 O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO FERRAMENTA À HARMONIZAÇÃO

No sentido de preservar a tão preciosa diversidade dos Estados membros e tentar solucionar de uma maneira mais eficaz os problemas que advem do processo de integração europeu, sem a necessidade de impor àqueles que adotem determinadas posturas legislativas, políticas ou jurídicas em matéria criminal, propõe-se a utilização de uma ferramenta, de base filosófica, chamada Transconstitucionalismo.

Marcelo Neves (2009) é o responsável pela criação deste mecanismo, da forma como doravante ir-se-á tratar, que pode ser aplicado para aproximar o diálogo entre o Direito Comunitário e o Direito Interno dos Estados Membros, materializado no Tribunal de Justiça e nos Tribunais Constitucionais dos Estados Membros.

Primeiramente, deve-se ter em conta que um problema transconstitucional é aquele que ultrapassa fronteiras (no caso, em geral, a preservação, por parte da União Europeia, de bens jurídicos transfronteiriços) e, portanto, não pode ser resolvido, em sua plenitude, por uma só instância, por se tratar de uma questão que pode envolver os tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, bem como instituições jurídicas locais nativas, em busca de uma solução.

Para tanto, faz-se necessário uma delimitação semântica

diversidade cultural europeia, que é a língua. Deve-se, portanto, enfrentar a questão acerca da possibilidade de existir uma ciência jurídica comum para os direitos expressos em diferentes linguagens, ou mesmo a tradução deste texto em vários idiomas, como seria o caso do direito penal europeu.

do conceito de Constituição, uma vez que a perda de contorno pode acarretar sua utilização arbitrária. Deste modo, admite-se somente o sentido moderno de Constituição, que serve ao esclarecimento de problemas da sociedade mundial contemporânea, uma vez que o caráter multicêntrico é pressuposto do Transconstitucionalismo.

O termo Constituição, em sentido moderno, alude à ideia originária de ser “o oposto de uma ordem política de opressão”, isto é, pressupõe emancipação. Entretanto, tem se tornado comum a utilização retórica deste postulado como rótulo da razão e correção de quem a defende e daquilo que ela estabelece. Esta prática acaba por conduzir a uma tendência de aplicação a instituições e realidades políticas e jurídicas distintas, em diferentes contextos, da palavra “Constituição”. Deste modo, a Constituição acaba por ser transformada em uma metáfora contextualmente ilimitada. É imperioso, portanto, que se evite tal “tentação” (NEVES, 2009, p. 5-6).

Em linhas gerais, o moderno conceito de Constituição é relacionado com as transformações estruturais que ensejam a diferenciação funcional da sociedade, inadmissível na formação social pré-moderna, uma vez que, neste modelo, a estrutura hierárquica era manifestada em uma dupla de aspectos essenciais da integração da sociedade, a saber: a integração sistêmica (relação de dependência entre as esferas de comunicação) e a integração social (relação dos indivíduos com os sistemas de comunicação) (NEVES, 2008, p. 6).

A partir do final do Século XX, a sociedade passou a se auto-observar e a se auto-descrever como mundial ou global, que tem como características principais o fato de ser multicêntrica, a diminuição da capacidade regulatória do Estado e, sobretudo, o surgimento de novos problemas globais.

No caso do TL, não se consegue resolver os seus problemas somente por uma via, dada a complexidade dos mesmos. Tampouco tem sido adequada a imposição, que tem

se mostrado a cada dia mais ineficiente.

Para Neves (2009, p. 34) a diminuição da capacidade regulatória do Estado e a emergência de novos problemas globais estão relacionadas, de modo paradoxal, com o aumento das tarefas que se impõem ao Estado em virtude dos novos desafios da sociedade mundial. Deste modo, a análise mais adequada considera o Estado como foco principal da reprodução da nova ordem normativa mundial, entretanto, sem desprezar a emergência de novos atores, sistemas, regimes ou redes globais, que tem a pretensão de vincular decisões coletivas e produzir normas jurídicas. O que se tem percebido é o entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no cenário de um sistema jurídico mundial de múltiplos níveis, no qual tem se desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.

A sociedade moderna, de característica multicêntrica, composta por diversas esferas de comunicação que pretendem ser autônomas e que são conflitantes entre si, estaria fadada a uma própria autodestruição se não desenvolvesse instrumentos que fomentassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diferentes esferas sociais. Entretanto, não se mostram suficientes os meios que só possibilitem relações pontuais e momentâneas no plano das operações do sistema, os denominados “acoplamentos operativos”. É fundamental que se estabeleçam vínculos estruturais que possibilitem as influências entre diversas esferas autônomas de comunicação (NEVES, 2009, p. 34-35).

Neste sentido, Niklas Luhmann⁸ baseou-se na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela e desenvolveu o conceito sociológico de acoplamento estrutural. Tal acoplamento seria destinado à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre diversos sistemas autônomos, duradoura e concentradamente, vinculando-os no

⁸ Cf. Luhmann (1983) (1985).

âmbito de suas respectivas estruturas e mantendo suas respectivas autonomias. Os acoplamentos estruturais funcionam como filtros que excluem algumas influências e facilitam outras. Existe uma relação de interdependência e dependência simultâneas entre os sistemas acoplados estruturalmente. Estas estruturas, no acoplamento estrutural, são fundamentais para a reprodução das estruturas do outro sistema e vice-versa (NEVES, 2009, p. 35).

Os acoplamentos estruturais desenvolvem-se nos mais diversos tipos de sistemas, a saber: economia e direito, economia e política, economia e educação, etc.

As interpenetrações que ocorrem no acoplamento estrutural fazem apenas com que cada sistema coloque, reciprocamente, à disposição da autoconstrução do outro uma complexidade desordenada. Não é possível, pois, que, reciprocamente, a complexidade preordenada e a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam disponibilizadas ao outro, tornando-se acessíveis a este enquanto receptor. Seria este o caminho a permitir a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial. Neste caso, não são apenas “interferências operativas”, mas mecanismos estruturais que dão possibilidade de intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas que, de acordo com o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e conforme as relações específicas, sofrerá intensas variações em sua forma e conteúdo. Neste sentido, tanto o conceito de racionalidade transversal quanto de acoplamento estruturais são afins, uma vez que a afirmação daquela pressupõe a existência deste. Entretanto, a ideia de racionalidade transversal significa algo a mais com relação à de acoplamento estrutural (NEVES, 2009, p. 37-38).

O conceito de razão transversal, elaborado por Wolfgang Welsch, afasta a ideia de hiperintelecto e concentra-se no status

de razão, que implica o status de uma faculdade da não imposição de decretos, mas de fazer transições. A justiça, por sua vez, possui papel fundamental neste processo, que é o de atuar corretivamente nas formas particulares da racionalidade, além de intervir nesta relação, impedindo exclusões, majorações e totalizações, bem como viabilizando o intercâmbio dos conflitos entre as racionalidades. A justiça, portanto, serve para manter a pluralidade do todo, isto é, a diferença nos diversos níveis de um mundo discursivo completamente heterogêneo (NEVES, 2009, p. 39-40).

Esta ideia aplica-se à heterogeneidade europeia. O TL, quando chama para si a competência para legislar em matéria penal e, ainda, quando, através da Diretiva, obriga os Estados membros a incorporarem em suas legislações o que ele ordena⁹, acaba por se caracterizar como um hiperintelecto, sobrepondo-se às demais racionalidades, o que acarreta um prejuízo enorme à resolução dos problemas, uma vez que não aproveita a riqueza da experiência heterogênea europeia. Do contrário, o que se percebe, por vezes, é uma espécie de autismo, o que leva o Tribunal de Justiça ao perigo da atomização.

Mais eficaz e proveitoso, sem dúvidas, seria se o Tribunal de Justiça utilizasse do mecanismo proposto na razão transversal, no caso, os entrelaçamentos, que se caracterizam por serem intercâmbios e aprendizados recíprocos.

Urge ressaltar que a ferramenta proposta, o Transconstitucionalismo, é possível em se tratando do contexto da União Europeia, pois todos os países, ainda que assimétricos

⁹ “...the task of harmonising criminal law at Union level has not always been straightforward. There have been a number of instances where proposed measures were perceived to clash with Member States’ interests or domestic legal cultures – with Member States not wishing to change their domestic criminal law as a result of EU harmonisation. With decision-making in the third pillar requiring unanimity, this has resulted in lengthy negotiations on a number of instruments, resulting on occasions in either very limited harmonisation or even in negotiations being slowed down or even aborted” (MITSILEGAS, 2009, p. 92).

em diversos aspectos, encontram-se em nível de democracia, com sistemas jurídicos orientados primariamente na constitucionalidade, além de contextos sociais de diferenciação funcional e de inclusão social abrangentes, pois a subordinação estrutural de um sistema a outro, sobretudo do direito à política, inviabiliza a construção e o desenvolvimento de uma Constituição Transversal.

Neste sentido, o que se percebe, com o TL e, historicamente, com os tratados anteriores, é que se busca uma espécie de identidade europeia, quando, na verdade, o que existe, é a identidade da diferença, o que demonstra o equívoco desta tradicional posição europeia.

Talvez desta ideia derive o desejo que tem a União Europeia – neste caso, em matéria penal – de exercer uma espécie de protagonismo com relação aos Estados membros, não se dispondo a trocar e complementar experiências, mas de ordenar.

De forma contrária a esta tendência, o Transconstitucionalismo implica o reconhecimento do entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas no sentido de solucionar um caso-problema constitucional (direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder), que lhes seja concomitantemente importante. Isto é, devem procurar formas transversais de articulação para a resolução do problema, cada uma delas a observar a outra, para compreender as suas próprias limitações e possibilidades de contribuição para a solução. A sua identidade é reconstruída, deste modo, quando respeita a alteridade, a observação do outro (NEVES, 2009, p. 297).

Por derradeiro, esta posição se justifica se se considerar, de acordo com a metáfora criada por Marcelo Neves (2009, p. 297-298), que todo observador possui um limite de visão no “ponto cego”, o qual não pode ser visto por ele devido à sua posição ou perspectiva de observação. Por isso, tendo em conta

a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que “eu vejo o que tu não vês”, é importante ressaltar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Portanto, é possível afirmar que o Transconstitucionalismo pressupõe o reconhecimento dos limites de observação de cada ordem, para o qual existe a alternativa: “o ponto cego, o outro pode ver”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma fracassada tentativa de estabelecer uma Constituição para a Europa e no sentido de fortalecer o seu processo de integração, os Estados membros assinaram e ratificaram, em suas ordens jurídicas internas, o Tratado de Lisboa, também denominado Tratado Reformador.

O Tratado de Lisboa, apesar do apelido *reformador*, conservou, materialmente, o teor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

Entretanto, uma vez que este tratado havia sido rejeitado através de referendos realizados em alguns Estados membros, teve-se que retirar toda e qualquer alusão ao termo Constituição, bem como os seus símbolos. Parte da doutrina considera que a recusa do TECE se deveu à falta de habilidade política, bem como à sua imposição ao povo europeu.

Com a entrada em vigor do TL, emergiram algumas importantes questões a serem enfrentadas, nomeadamente, na esfera penal, uma vez que suas disposições permitem, segundo o art. 83, que a União crie tipos penais com vista à proteção dos bens jurídicos europeus, sobretudo no que pertine ao catálogo de crimes que enumera.

Ademais, o art. 82 estabelece os mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal, que, especialmente, baseia-se no reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais e busca a aproximação dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros.

Ocorre que a famigerada harmonização é colocada como única via a facilitar a integração da União Europeia. É um processo também interpretado verticalmente, quando sugere que os Estados membros devem se adequar ao Direito Comunitário.

Resta claro que esta é uma característica relevante a ser alcançada, uma vez que a harmonização acaba por unir os países. Entretanto, por vezes, o Tratado de Lisboa, em matéria penal, faz com que ela seja obtida forçadamente, através do mecanismo das diretivas.

No sentido de evitar o desgaste que estes mecanismos causam ao processo de integração europeu, por serem impostos, propõe-se o Transconstitucionalismo como um instrumento com potencialidades para resolver problemas desta complexidade.

O Transconstitucionalismo aproveita a diversidade existente entre as múltiplas racionalidades para propiciar o entrelaçamento entre elas, que terá como fruto um mútuo aprendizado.

Partindo-se da metáfora da limitação do campo de visão de qualquer observador, que significa dizer que existem problemas constitucionais tão complexos que ultrapassam a fronteira de uma só racionalidade e, portanto, esta não conseguirá solucioná-lo, em virtude de sua restrição, deverá, portanto, recorrer ao outro, com alteridade, para conseguir fazê-lo em sua plenitude.

No caso da União Europeia, parece ser mais indicada esta via, a do diálogo, da troca, do aprendizado recíproco com os Estados membros, do que o caminho do protagonismo autista.



REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*. Ano 9. N. 1. Osasco: Edifício. 2009. p. 187-222.
- BACIGALUPO, Enrique. Existem condições para um direito penal europeu? *Revista Julgar*. N. 6. Setembro-Dezembro. Coimbra: Coimbra Editora. 2008. p. 23-33.
- DUARTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.
- FLETCHER, Maria; LÖÖF, Robin; GILMORE, Bill. *EU Criminal Law and Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.
- KLIP, André. *European Criminal Law*. Oxford: Intersentia, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.
- MITILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Portland: Hart Publishing, 2009.
- MONTE, Mário Ferreira. *Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa”*: subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
- SÁNCHEZ, María Acale. Derecho Penal y Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Ano 12. N.

30. Mayo/Agosto. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008. p. 349-380.

ZILLER, Jacques. *O Tratado de Lisboa*. Alfragide: Texto, 2010.