

Revista Portuguesa de  
**CIENCIA CRIMINAL**

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 2 | Quadrimestral | maio - agosto 2023

SEPARATA



# Legitimidade e necessidade no Direito Penal (Europeu)

Um diálogo, dois discursos \*

**Raquel Cardoso**

*Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da  
Universidade Lusíada — Porto*

## Introdução

A existência de um poder punitivo — estadual <sup>1</sup>, mas agora também na vertente de um *ius puniendi* supranacional, na União Europeia (UE) — desde cedo andou acoplada a uma específica questão: qual é a sua função? Para que serve afinal o Direito Penal?

Esta questão foi sendo, no âmbito da UE, maioritariamente evitada até que a necessidade de existência de uma política criminal se tornou por demais evidente, eventualmente espoletando uma manifestação por parte das instituições da União <sup>2</sup>. Em cada um destes documentos é possível discernir, com variáveis graus de clareza, os

---

\* Por opção da autora, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

<sup>1</sup> Sobre o processo de concentração do poder punitivo numa entidade soberana, KAI AMBOS, “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 12, 2003, p. 196.

<sup>2</sup> COM(2011) 573 final — Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law (20.09.2011); Council Conclusions on model provisions, guiding the Council’s criminal law deliberations, de 27 de Novembro de 2009; European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law (2010/2310(INI)).

princípios penais essenciais a que pretendem referir-se: a Comissão coloca a tónica no princípio da *ultima ratio* e, em segunda linha, da proporcionalidade; o Conselho, apesar de também sublinhar a relevância do princípio da *ultima ratio*, afirma que as condutas criminalizadas devem causar dano ou ameaçar direitos ou interesses objecto de protecção, numa clara alusão a um princípio de feição mais valorativa; e por fim o Parlamento segue essa tendência do Conselho, ainda que acentue mais marcadamente a causação de dano, seja à sociedade, indivíduo ou grupo de indivíduos <sup>3</sup>.

Como se pode observar, há uma referência despreocupadamente indiferenciada a critérios de *legitimidade* da lei penal e de *necessidade* de existência da mesma, efectivamente sobrepondo ou assemelhando o conteúdo de ambos sem que se atente na sua especificidade. É precisamente a esta distinção que nos pretendemos dirigir neste artigo, sublinhando as diferenças que se poderão fazer sentir no Direito Penal Europeu (DPE), mais do que propriamente ao amplo problema da sua função <sup>4</sup>. Para isso iremos começar por nos dirigirmos brevemente aos motivos que tornam imprescindível a definição de uma política criminal europeia (1), para depois nos concentrarmos na legitimidade (2) e na necessidade (3). Em cada um desses temas faremos referência a aspectos concretos do DPE que se possam suscitar. Terminaremos, depois de conjugar ambas as vertentes de um uso legítimo do Direito Penal (4), com algumas

---

<sup>3</sup> Para uma análise mais detida destes documentos recomenda-se, ainda que não exaustivamente, SAMULI MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London: Routledge, 2013, pp. 119 a 121 e 142 e s.; JOHN VERVAELE, “Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law”, in: Francesca Galli e Anne Weyembergh (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, p. 58 e ss.; e CORNELIS DE JONG, “The European Parliament Resolution of 22 May 2012 on a EU approach to criminal law”, in: Francesca Galli e Anne Weyembergh (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, p. 37 e ss.

<sup>4</sup> Questão a que, de resto, já procurámos dar resposta no estudo vertido na tese de Doutoramento: RAQUEL CARDOSO, *As Funções do Direito Penal Europeu e a Legitimidade da Criminalização. Entre o harm principle e a protecção de bens jurídicos*, Coimbra: Almedina, 2023.

conclusões sobre os mesmos aspectos no âmbito das normas penais de origem europeia.

## 1. A imprescindibilidade de uma política criminal

Comecemos pelo básico: o sancionamento penal não é equiparável ao que decorre da aplicação de outras sanções, como sejam as de teor administrativo ou civil; e porque não o é, porque se lesa de forma muito mais acutilante os direitos fundamentais dos indivíduos, porque tem acoplado um muito maior estigma, a sua utilização necessita igualmente de uma maior justificação <sup>5</sup>. Essa justificação pode depois decorrer, consoante o ambiente constitucional em causa, de princípios variados (o que não significa que não se possam também combinar alguns destes princípios): a exclusiva protecção de bens jurídicos, o *harm principle*, *ordre public*, princípio da subsidiariedade, proporcionalidade, respeito pelos direitos fundamentais — estes serão dos mais relevantes em matéria de criminalização <sup>6</sup>.

No âmbito do DPE, a essencialidade de uma política criminal capaz de orientar o legislador penal em relação às suas opções também se verifica, e de um modo talvez ainda mais vincado do que ao nível nacional: devido à específica configuração da competência penal da UE, qualquer nova criminalização que se efectue não pode depois ser retirada do ordenamento europeu ou dos Estados Membros (EM) que a transpuseram <sup>7</sup>. Esse é um dos motivos que militam a favor

---

<sup>5</sup> Dirigindo-se à distinção entre sanção penal e contra-ordenação, explicitando de forma sucinta a falta de conteúdo *ético* nestas últimas, AUGUSTO SILVA DIAS, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 40 e s. O autor apela precisamente a vários critérios, e não apenas um, para aferir da natureza contra-ordenacional de uma sanção, mencionando de modo explícito tanto a relevância social do interesse (bem jurídico), como a desnecessidade da sujeição desse comportamento a uma sanção penal.

<sup>6</sup> Esta não é uma enumeração exaustiva, sendo que há outros a considerar para que uma incriminação se revele como legítima, como o princípio da legalidade, eficácia, não discriminação — para mencionar alguns dos que relevam também na esfera europeia.

<sup>7</sup> Para delinear muito superficialmente o problema que se gera: à UE não foi atribuída competência para descriminalizar condutas, mas apenas para estabelecer

da existência de uma política criminal coerente na UE, mas não é o único: tanto a verificação do incremento do poder punitivo da União, como a “emergência de bens jurídicos supranacionais e [a] prática de acções deles lesivas”<sup>8</sup>, assim como a evolutiva cooperação penal europeia sem um “quadro penal substantivo de referência”<sup>9</sup> fazem com que se mostre cada vez mais necessária a definição clara de uma política criminal europeia.

Para além destes factores, que efectivamente demonstram a necessidade de um pensamento coerente que oriente as opções penais do legislador europeu, existem ainda outras *vantagens* que adviriam do estabelecimento claro dessa política criminal. Desde logo, seria fulcral na identificação de uma atitude da UE em relação à criminalidade<sup>10</sup>, permitindo ainda o estabelecimento de uma mais clara

---

“regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções” (art. 83.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia — TFUE. Por outro lado, os princípios do primado e da cooperação leal impõem aos EM a transposição das Directivas e o respeito pelo Direito Europeu, o que significa que não podem depois estes retirar do seu ordenamento jurídico interno normas cuja origem se encontra na União, assim efectivamente desrespeitando os compromissos aos quais se obrigam nos Tratados. Isso leva à desconsideração, na esfera europeia, do Direito Penal enquanto *limite* ao poder estadual — criticamente em relação a essa circunstância, PEDRO CAEIRO, “The relationship between European and international criminal law (and the absent(?) third)”, *in*: Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström and Theodore Konstadinides (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 595. Sobre a perda do valor relativo da pena em que isso redundaria, ainda CARLO SOTIS, “«Criminaliser sans punir». Réflexions sur le pouvoir d’incrimination (Directe et indirecte) de l’Union européenne prévu par le traité de Lisbonne”, *in*: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 4, Octobre/Décembre 2010, p. 778: o autor afirma ainda que isso resulta também na violação do princípio da legalidade (*lex parlamentaria*), por não permitir a reconsideração de opções político-criminais.

<sup>8</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, “De que Direito Penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal Comunitário”, *in*: José de Faria Costa e Marco António Marques da Silva (Coords.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 337.

<sup>9</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, “De que Direito Penal...”, p. 338.

<sup>10</sup> HELMUT SATZGER, *International and European Criminal Law*, München: C. H. Beck, 2012, p. 64.

hierarquia valorativa, de acordo com a sanção determinada para cada incriminação; por outro lado, seria também responsável pelo aumento de confiança dos EM na União <sup>11</sup>, ao tornar mais transparente e previsível o uso do seu *ius puniendi*.

Isso levaria ainda à mais fácil resolução de alguns *problemas* que são usualmente identificados no exercício da competência penal europeia, como a natureza maioritariamente *ad hoc* dessas medidas, de carácter mais reactivo (ou seja, normalmente impulsionadas por eventos externos, tais como acontecimentos súbitos ou opiniões políticas momentâneas <sup>12</sup>), que não permite por isso ter em atenção nem a coerência do ordenamento jurídico europeu nem dos vários ordenamentos dos EM. Isso pode inclusivamente fazer com que o DPE se torne inaceitável para os cidadãos, se divergir de forma considerável da escala valorativa que estes consideram defensável <sup>13</sup>.

Torna-se assim por demais evidente que é necessária a definição de um conjunto de princípios capaz de fornecer essa “bússola constitucional” <sup>14</sup> ao legislador penal europeu, sob pena de o DPE se consolidar realmente enquanto exercício desgovernado <sup>15</sup> e por vezes ilegítimo de uma competência que requer precisamente uma justificação acrescida para o seu uso.

<sup>11</sup> MIREILLE HILDEBRANDT, “European criminal law and European identity”, *in*: Criminal Law and Philosophy, Vol. 1, 2007, p. 67.

<sup>12</sup> JOHN VERVAELE, “European criminal justice in the European and global context”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 10, 2019, p. 11.

<sup>13</sup> GIANDOMENICO SALCUNI, *L'Europeizzazione del Diritto Penale: Problemi e Prospettive*, Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 86.

<sup>14</sup> ESTER HERLIN-KARNELL, “European Criminal Law as an Exercise in EU ‘Experimental’ Constitutional Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 3, 2013, p. 464.

<sup>15</sup> Referimo-nos aqui à metáfora utilizada por CHRISTOPHER HARDING e JACOB ÖBERG no seu artigo “The journey of EU criminal law on the ship of fools — what are the implications for supranational governance of EU criminal justice agencies?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 28(2), 2021, p. 192. Já sublinhando também a inexistência de uma coerência inter-institucional quanto à *necessidade e conteúdo* legítimo do DPE, JOHN VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 55.

O objectivo deste artigo é, no entanto, menos ambicioso do que a definição aturada desses princípios, o que faria, aliás, com que fossem chamados à colação outros temas da dogmática penal, constitucional e europeia que não poderiam ter lugar num exercício limitado desta natureza. Antes, o que se pretende é delimitar o *espaço de acção* de cada um dos princípios (ou conjunto de princípios) que terão necessariamente que intervir num qualquer processo de criminalização. A ênfase, como já se poderá ter inferido do que até agora foi dito, será colocada na distinção entre a legitimidade de uma criminalização e a sua necessidade: cremos, como passaremos a explicar, que qualquer processo deverá ter em consideração *ambas* as dimensões para que se possa afirmar o respeito pela função do DPE.

## 2. A legitimidade

De um modo mais geral, a legitimidade é algo que se reveste de uma importância eminente no Direito, e isto porque se uma determinada norma for tida por ilegítima existirá uma tendência para o seu desrespeito por parte dos sujeitos cujo comportamento pretende conformar. A legitimidade dirige-se por isso à própria formação da convicção subjectiva de que uma norma ou instituição deve ser obedecida <sup>16</sup>. Esta característica pode, depois, ser averiguada de vários ângulos, cada um relevante por si próprio, mas que no seu conjunto determinam se uma norma deve ser considerada legítima ou não. Passemos a elencar brevemente essas dimensões.

Existem neste tema dois binómios que se revelam particularmente úteis na compreensão do conceito: a legitimidade pode ser *formal* ou *material*; e pode dirigir-se à questão do *contributo* ou à do *resultado*, o que avaliaremos também em referência ao particular cenário europeu.

A legitimidade *formal* diz respeito a questões de procedimento de emanação da lei penal. De específico na UE temos a circunstância

---

<sup>16</sup> IAN HURD, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 7.

de durante muito tempo ter sido negada à União a possibilidade de emanar normas com conteúdo penal, por falta de competência para tal (de acordo com o princípio de atribuição de competências que a rege). Apesar disso, nos conhecidos casos relativos ao ambiente e à poluição por navios <sup>17</sup> o Tribunal de Justiça (TJ) acabou por reconhecer ao que era na altura o Pilar da Comunidade uma competência implícita para a adopção de normas penais, dentro de estritos limites. Já diferente é a situação actual: depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a legitimidade formal da lei penal europeia não mais pode ser colocada em causa; e desde que se siga o procedimento definido, é indubitável que a União possui essa competência <sup>18</sup>. Em relação à legitimidade formal existem ainda hoje certas questões controversas <sup>19</sup>, mas no geral podemos afirmar que foi uma dimensão que largamente beneficiou da certeza conferida pelo Tratado de Lisboa.

Algo diferente é a legitimidade *material*. Esta dimensão diz respeito ao próprio conteúdo da norma (penal), sendo por isso possível que uma norma seja formalmente legítima, se seguir correctamente todo o processo definido para a sua adopção, mas materialmente ilegítima, se o seu conteúdo representar algo de “odioso” ou “substantivamente injustificável” <sup>20</sup>. No campo do DPE esta é uma questão

---

<sup>17</sup> Respectivamente, C-176/03 (*Commission v Council*); C-440/05 (*Commission v Council*).

<sup>18</sup> É, segundo o disposto no art. 4.º, n.º 2, al. j), do TFUE, uma competência partilhada entre a UE e os EM. A competência penal em si vem depois especificada no capítulo 4 do título V do Tratado, em particular art. 82.º e 83.º, relativos, respectivamente, à natureza processual e substantiva das normas penais.

<sup>19</sup> Por exemplo, se as bases legislativas constantes dos arts. 82.º e 83.º são as únicas capazes de habilitar a União a adoptar medidas penais, ou se existirão outras ao longo do TFUE, inclusivamente mais permissivas, que possam ser utilizadas pelo legislador europeu — como o art. 325.º, n.º 4; 86.º, n.º 2; 79.º, n.º 2; 352.º; 114.º ou 33.º Outra questão que divide a doutrina é ainda a possibilidade de adopção de Regulamentos penais de acordo com uma destas bases legislativas alternativas.

<sup>20</sup> Expressões de JAN KLABBERS, “Setting the Scene”, in: Jan Klabbbers; Anne Peters e Geir Ulfstein (Eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 39.

mais delicada e que suscita ainda muitas questões <sup>21</sup>, nomeadamente pelas extensas críticas que se tecem ao DPE por ser determinado e impulsionado por uma visão mais voltada para a eficácia <sup>22</sup> do que para outros valores.

O segundo binómio dirige-se, por seu turno, a aferir da legitimidade da norma em diferentes momentos temporais: a legitimidade pelo *contributo* (ou *input legitimacy* <sup>23</sup>) diz respeito à possibilidade de participação dos interessados no processo de decisão da norma — ou seja, no nosso caso, se existe um processo verdadeiramente democrático de formação da lei penal europeia, algo que até ao Tratado de Lisboa era severamente criticado pela doutrina especializada <sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Como qual o critério pelo qual se deve aferir essa legitimidade, ou o conteúdo legítimo a adscrever às normas que tenham por base o art. 83.º, n.º 2 TFUE. Em relação à primeira questão, para além do estudo por nós efectuado (nota 4), existe agora uma proposta recente de S. S. BUISMAN, “The Future of EU Substantive Criminal Law. Towards a Uniform Set of Criminalisation Principles at the EU Level”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 30, 2022, p. 161, onde o autor propõe um processo de criminalização que se foca, nas suas diversas fases, em vários princípios penais. Uma análise mais demorada da sua proposta não é aqui possível, mas existem algumas inconsistências ao nível precisamente da justificação da legitimidade material da incriminação (p. ex., p. 169) que só seria possível ultrapassar através de uma consideração mais cuidada de todos os aspectos convocados, simultaneamente, pelo Direito Penal e pelo Direito Europeu. Defendendo, por seu turno (e respectivamente), ou o *harm principle* ou o princípio do bem jurídico como critério exclusivo de averiguação da legitimidade da lei penal europeia, os artigos de NINA PERSAK, “Principles of EU criminalisation and their varied normative strength: Harm and effectiveness”, *European Law Journal*, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12445); e JANNEMIEKE W. OUWERKERK, “Old wine in a new bottle: Shaping the foundations of EU criminal law through the concept of legal interests (Rechtsgüter)”, *European Law Journal*, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12447).

<sup>22</sup> Exemplificativamente, CHRISTOPHER HARDING e JACOB ÖBERG, “The journey of EU...”, p. 194; ou ainda ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade — o caso do abuso de mercado”, *Católica Law Review*, vol. I, n.º 3, Novembro 2017, p. 12.

<sup>23</sup> JAN KLABBERS, “Setting the Scene”, p. 40.

<sup>24</sup> A questão do défice democrático na UE encontra-se hoje largamente ultrapassada, mas constituía um verdadeiro problema na anterior configuração europeia. Para além da evolução operada nos Tratados, salienta-se também a relação

Por fim, a legitimidade pelo *resultado* (ou *output legitimacy* <sup>25</sup>) visa averiguar os resultados obtidos pela legislação em causa relativamente aos objectivos que se propunha (ou que era expectável) atingir. Na UE esta é talvez a dimensão que mais atenção recebe por parte das instituições europeias, na medida em que as propostas legislativas são normalmente acompanhadas de (ou é posteriormente realizado) um estudo relativo ao impacto dessa legislação e do seu valor acrescentado <sup>26</sup>. Apesar disso, é questionável que isso permita realmente aferir da racionalidade das normas em questão.

Posta esta necessária distinção das várias facetas que a legitimidade convoca, iremos delimitar o nosso objecto de estudo: a legitimidade a que nos referiremos a partir de agora será exclusivamente a legitimidade *material*, relativa por isso à velha questão do conteúdo legítimo ou ilegítimo das normas penais e aos critérios que se poderão utilizar para aferir da mesma no âmbito de um Estado de Direito, que é precisamente o que nos irá ocupar de seguida.

## 2.1. A legitimidade material no Direito Penal

A problemática do conteúdo legítimo da norma penal não conhece uma resposta unívoca em todos os ordenamentos jurídicos; e como nos encontramos agora no âmbito da ordem jurídica europeia, devida nota deverá ser feita às diferentes tradições que neste espaço convivem. Para o que aqui releva, existem três grandes “famílias jurídicas” <sup>27</sup>: a tradição germânica, que utiliza o conceito de bem jurídico;

---

desta legitimidade pelo contributo com a possibilidade de participação dos Parlamentos nacionais no âmbito do controlo do princípio da subsidiariedade — Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia, anexo ao Tratado de Lisboa.

<sup>25</sup> JAN KLABBERS, “Setting the Scene”, p. 40.

<sup>26</sup> V. por ex. European Parliamentary Research Service, “Impact Assessment and European Added Value”, disponível em [www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Impact-Assessment-European-Added-Value-presentation.pdf](http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Impact-Assessment-European-Added-Value-presentation.pdf).

<sup>27</sup> Com JEROEN BLOMSMA e CHRISTINA PERISTERIDOU, “The way forward: A general part of European criminal law”, in: Francesca Galli e Anne Weyembergh, *Approximation of substantive criminal law in the EU. The way forward*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, p. 126.

a *common law*, que faz referência ao *harm principle*; e a tradição napoleónica, onde se faz menção à *ordre public*. Porque este último conceito é demasiado vago e fluido no seu conteúdo para ser utilizado enquanto limite ao *ius puniendi*, centremo-nos muito brevemente nos outros dois.

No contexto de um sistema teleológico-funcional e racional, o conceito de bem jurídico identifica-se com a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>28</sup>. São, assim, interesses positivamente valorados pelo legislador penal<sup>29</sup>, valoração através da qual se indica à sociedade que esses interesses são valiosos e que, portanto, se devem abster de praticar condutas que perturbem a conservação dos mesmos. Daqui resulta ainda o carácter ilícito dessas condutas, devido à explícita negação, por parte do autor, da valoração que foi assim atribuída pelo legislador a esse interesse.

Mas isso não chega para que se afirme a dignidade penal (em termos exclusivos de legitimidade material) do interesse em causa: é ainda necessário que se determine a questão da *proveniência* desse interesse. O que mais comumente se defende é um conceito de bem jurídico-penal *transcendente* em relação ao conjunto das normas penais, mas *imaneente* em relação à ordenação valorativa da Constituição — ou seja, esses interesses julgados meritosos e fundamentais pelo legislador penal devem encontrar-se reflectidos na Constituição (material, e não exclusivamente formal) por forma a considerarem-se legítimos; o inverso, que *todos* os valores contidos na Constituição merecem ser defendidos pelo Direito Penal, já não é verdade. O que faz sentido: se o Direito Penal comina para certos comportamentos as sanções mais graves ao dispor do aparelho punitivo estadual,

---

<sup>28</sup> Acompanhando JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 130.

<sup>29</sup> KNUT AMELUNG, “El concepto «Bien Jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *in*: Roland Hefendehl (coord.) (tradução de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 228.

efectivamente lesando através disso direitos fundamentais do cidadão (protegidos pela Constituição), é apropriado que os valores/interesses que se pretendem proteger tenham igual dignidade constitucional. Por outro lado, isso por si só não é suficiente para que se afirme que é necessária a intervenção do Direito Penal, porquanto existem outras considerações a ter em conta na questão da opção pela criminalização — o que será *infra* analisado.

Portanto, e apesar da crise que hoje se adscrive ao conceito de bem jurídico <sup>30</sup>, ao seu uso ou não por parte dos aplicadores do Direito <sup>31</sup>, a verdade é que este parece ser o conceito mais acertado para nestes sistemas aferir da *legitimidade* de um interesse para que subjaza a uma norma criminalizadora: é, na verdade, a constatação de que aquele interesse se revela fundamental para os indivíduos dessa sociedade.

O *harm principle*, por seu lado, idealizado por Mill e depois concretizado em maior detalhe por Feinberg, centra-se na ideia da danosidade: uma criminalização só seria legítima se tivesse como fim prevenir a causação de um dano a outrem que não o autor <sup>32</sup>. Esse dano, que se reporta a um interesse do indivíduo <sup>33</sup>, deveria ainda

---

<sup>30</sup> Exemplificativamente, a exposição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 153 ss.

<sup>31</sup> Analisando alguma jurisprudência portuguesa, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 142 e 144 ss. Veja-se ainda a conhecida decisão do Tribunal Constitucional Alemão, Beschluss vom 26. Februar 2008 — 2BvR 392/07 (Inzestverbot), onde se nega por completo a utilidade do conceito de bem jurídico (com excepção do voto de vencido de Hassemer).

<sup>32</sup> “[...] the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others” — JOHN STUART MILL, *On Liberty* (1859), Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 13. A formulação subsequente deste princípio, por Feinberg, mostra-se, contudo, mais completa.

<sup>33</sup> Apesar de essa ligação não ter sido esclarecida pelo pioneiro proponente do princípio, Feinberg combina uma concepção normativa de *harm* com um sentido não normativo do mesmo, esclarecendo desse modo que o dano relevante para o Direito Penal seria então aquele que correspondesse à frustração de um interesse de forma ilícita — JOEL FEINBERG, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1, New York: Oxford University Press, 1984, p. 36.

ser ilícitamente causado, expressando assim o específico desvalor presente nos ilícitos penais.

Apesar de também este princípio se encontrar sob fortes críticas por parte da doutrina <sup>34</sup>, apresenta a clara vantagem de colocar o *indivíduo* no centro da sua atenção, para além de, tal como a sua contraparte continental, procurar um critério para averiguar da legitimidade da lei penal.

## 2.2. A legitimidade material no Direito Penal Europeu

Se até aqui se falou de um modo mais geral do Direito Penal, vamos agora centrar a nossa atenção, de um modo resumido, no DPE. O ambiente constitucional em que se desenvolvem estas normas não difere diametralmente daquele existente nos EM: a União “funda-se nos valores do respeito pela dignidade da pessoa humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem”, conforme estabelece o art. 2.º do Tratado da União Europeia (TUE). Se, por isso, a UE tem um território onde aplicar o “seu” Direito Penal <sup>35</sup>, possui igualmente uma Constituição — os Tratados — de onde retirar os interesses fundamentais que pretende proteger e tem competência (legitimidade formal) para adoptar normas criminais, não existe motivo algum que nos leve a concluir que se pode dispensar, só por ser Direito Penal Europeu, um qualquer critério de averiguação da legitimidade material das suas normas.

---

<sup>34</sup> Fala-se aqui não na crise do *harm principle*, mas no seu “colapso” — v. por ex. BERNARD E. HARCOURT, “The Collapse of the Harm Principle”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 90, No. 1, 1999, p. 182.

<sup>35</sup> Por força da partilha de competências e do concreto instrumento — Directivas — que pode, pelo menos de forma explícita e não questionável, utilizar para emanar normas com conteúdo penal, a UE não dispõe, de facto, de um Direito Penal próprio. O que parte da UE é a decisão penal em termos de regras mínimas relativas à definição de infracções penais e sanções, sendo que depois os EM se encontram obrigados a transpor a Directiva onde tal se encontra vertido para o seu ordenamento jurídico interno — daí a utilização das aspas para nos referirmos ao Direito Penal da União Europeia.

O que difere no âmbito da UE é, antes, a presença de algumas especificidades que não existem no quadro de um Estado: desde logo, a obrigação de respeito pelas diferentes tradições jurídicas dos EM (art. 67.º TFUE), o que implica uma abordagem necessariamente mais flexível; por outro, existem também diferentes interesses (diferentes qualidades de interesses) que determinam, por sua vez, o surgimento de outras características próprias do DPE, que passaremos a elencar.

Tanto no princípio de exclusiva protecção de bens jurídicos quanto no *harm principle* se fez alusão ao interesse que devia encontrar-se por detrás de uma qualquer criminalização. Na UE há, no entanto, interesses *próprios* — interesses existenciais da própria União —, interesses *comuns* — aqueles que são partilhados pela UE e pelos EM, que existem em ambas as esferas — e, por fim, os interesses *dos EM* (que convivem neste espaço geográfico partilhado, mas não devem sofrer interferência por parte da UE, exceptuando no que respeita aos efeitos negativos e positivos da legislação europeia no ordenamento nacional) <sup>36</sup>. Esta distinção parte da *titularidade* desses interesses, isto é, a quem pertencem naturalisticamente os interesses em causa. Coisa distinta é a *atribuição de competências* (art. 2.º, 3.º e 4.º TFUE): estas podem ser exclusivas, partilhadas ou acessórias, sem que isso consiga interferir na titularidade do interesse em causa; a *tutela* desse interesse é que pode ser confiada, em maior ou menor medida, a uma entidade que não é a sua titular.

Para além disso há diferentes necessidades de harmonização, dependendo da categoria do interesse e também da *preempção* a que já foi sujeito por parte da União: quanto menos espaço de intervenção legislativa autónoma restar aos EM, maior responsabilidade terá

---

<sup>36</sup> Em sentido semelhante, PEDRO CAEIRO, “Beyond Competence Issues: why and how should the EU legislate on criminal sanctions?”, Robert Kert e Andrea Lehner (Hrsg.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag*, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2018, p. 652. Sobre os diferentes interesses, que originam diferentes esferas de responsabilidade na UE, v. também PEDRO CAEIRO, “Constitution and development of the European Union’s penal jurisdiction: Responsibility, selfreference and attribution”, *European Law Journal*, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12443), p. 12 e ss.

a UE na protecção desse interesse. Relevante será então, para distinção dos interesses, uma combinação de ambos os critérios mencionados (titularidade + competência), o que se pode exprimir enquanto *alocação da responsabilidade pela protecção* do interesse <sup>37</sup>.

Estas características próprias da UE levam a que seja mais adequado verificar da legitimidade da criminalização por si proposta através da utilização alternada, consoante a categoria do interesse em causa, do princípio de protecção de bens jurídicos e do *harm principle*: para interesses próprios ou interesses comuns já sujeitos a preempção utilizar-se-iam os parâmetros definidos pelo princípio de protecção de bens jurídicos, enquanto que para interesses comuns não sujeitos a preempção seria mais adequado utilizar o *harm principle* <sup>38</sup>. Isso assegura uma maior flexibilidade onde esta é necessária, um maior respeito pela coerência dos ordenamentos envolvidos (dos EM e da UE), bem como uma mais concreta justificação quando as necessidades de harmonização legislativa revelam ser mais adstringentes; respectivamente, quando em causa estão verdadeiros interesses comuns, isso permitirá à União tomar mais em consideração a

---

<sup>37</sup> Explicitamente referindo a co-responsabilidade na protecção de certos interesses, PEDRO CAEIRO, “The relationship between...”, p. 587 e s.; também sobre a questão, PEDRO CAEIRO, “Beyond Competence Issues...”, p. 648 e 651 ss.; e PEDRO CAEIRO, “Constitution and development...”, p. 11.

<sup>38</sup> É impraticável, no contexto de um artigo, discorrer extensivamente acerca da justificação por esta opção, pelo que se remetem os interessados para o nosso estudo mais alargado já referido (nota 4). No entanto, deve ser mencionada uma questão relativa à legitimidade material do DPE: uma utilização *simultânea* de ambos os princípios mencionados, sentido em que vai a proposta já mencionada de Buisman (e, aliás, antes desta, no contexto do Direito Penal Internacional, de KAI AMBOS, “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 9, 2015, p. 320 e ss.), iria restringir de forma insuportável o uso legítimo do Direito Penal por parte da União, desde logo em relação à legítima protecção dos seus interesses próprios, por falta de existência de um “outro” — indivíduo — que sofresse o dano em causa, requisito presente no *harm principle*. Este é um dos motivos pelos quais a utilização destes princípios deve ser alternada. De resto, a proposta daquele autor não esclarece porque é que a protecção desses mesmos interesses é legítima, parecendo antes partir já da ideia que o é sem necessitar de qualquer justificação ao nível dos princípios mencionados — p. 169.

defesa do cidadão europeu em relação ao próprio Direito Penal, assim reforçando a sua dimensão constitucional de defesa dos direitos fundamentais dos seus cidadãos <sup>39</sup>.

Esta é, na verdade, a dimensão da *legitimidade* do DPE: a identificação de um interesse fundamental que se revele *digno* da defesa conferida pelo Direito Penal. Essa dignidade, aferida pelo eco *valorativo* desse interesse na Constituição (Tratados), é apenas o primeiro passo da resposta à mais vasta questão de saber se uma determinada norma criminalizadora europeia cumpre com (o que deve ser) a função do DPE <sup>40</sup>.

### 3. A necessidade

Se a legitimidade, em todas as suas dimensões, é apenas uma das vertentes da função do DPE, a outra é a *necessidade* de existência dessas normas. A necessidade assenta normalmente, em primeiro lugar, no facto de um determinado interesse se revestir de uma importância social tal que justifica a restrição aos direitos e liberdades do cidadão que representa a sanção penal; no entanto, a identificação de um bem jurídico-penal e a constatação da sua violação “não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta

---

<sup>39</sup> V. como exemplo a análise, através dos postulados do *harm principle*, da criminalização do ódio (crime e discurso de ódio) na Europa, em particular em relação ao sujeito cujo interesse é afectado — NINA PERSAK, “Criminalising Hate Crime and Hate Speech at EU Level: Extending the List of Eurocrimes under Article 83(1) TFEU”, *Criminal Law Forum*, Vol. 33, Issue 2, 2022, p. 111 a 113.

<sup>40</sup> Já salientando esta função expressiva de valores do Direito Penal, o julgamento do Tribunal Constitucional Alemão relativo ao Tratado de Lisboa, Beschluss vom 30. Juni 2009 — 2BvE 2/08 (Lissabon Urteil): “By criminal law, a legal community gives itself a code of conduct that is anchored in its values, and whose violation, according to the shared convictions on law, is regarded as so grievous and unacceptable for social co-existence in the community that it requires punishment” — § 355. No parágrafo seguinte, a interligação entre bem jurídico e necessidade da sua protecção através de meios penais fica mais evidente: “whether and how it wants to defend a specific legal interest [*Rechtsgut*] whose protection it regards as essential, by means of criminal law” — § 356.

seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária. A limitação da intervenção penal acabada de referir derivaria sempre, de resto, do princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade em sentido amplo*”<sup>41</sup>. Isto leva-nos, então, a considerar estes dois princípios — subsidiariedade e proporcionalidade — em contexto europeu.

### 3.1. O princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade em contexto especificamente europeu adquire duas vertentes. A primeira, que lhe advém do art. 5.º, n.º 3 TUE, dirige-se a regular a intervenção da União em geral no âmbito de competências que sejam partilhadas: isto é, diz este princípio que a UE só deverá intervir quando se verifique que a acção estadual não é eficaz, ou tão eficaz, quanto a acção supranacional, dirigindo-se deste modo ao *se* da intervenção europeia. No entanto, quando essa intervenção inclui matéria penal, o princípio da subsidiariedade impõe ainda que se demostre a necessidade de adopção de medidas penais europeias<sup>42</sup>, na sua vertente de princípio de *ultima ratio*.

Analisando este princípio isoladamente podemos facilmente concluir que, apesar de ser absolutamente essencial na opção pela criminalização, a verdade é que não possui qualquer vertente de teor valorativo, e é por esse mesmo motivo incapaz de responder à questão do legítimo *conteúdo* da norma penal. Insistindo nesta ideia, para que se consiga de forma clara destrinçar as dimensões da legitimidade e da subsidiariedade penal, atente-se nesta afirmação: “[o] princípio da subsidiariedade preserva e garante uma ampla margem de soberania penal aos Estados-membros, pois, sempre que a tutela de um certo

<sup>41</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 146 e s.

<sup>42</sup> Numa espécie de princípio da subsidiariedade reforçado, ou em dois níveis. Sobre este princípio, JOANA AMARAL RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade. Competência Penal da União Europeia, Condições do seu Exercício e Compatibilidade com o Paradigma da Protecção Subsidiária de Bens Jurídicos*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 285 e ss.

bem jurídico seja assegurada suficiente e eficazmente pelas ordens jurídicas nacionais, mesmo relativamente a comportamentos com dimensão transfronteiriça, não devem ser criados tipos penais europeus”<sup>43</sup>. Esta é, de forma mais evidente, a vertente de subsidiariedade europeia; penalmente, essas normas só deveriam ser efectivamente criadas se mais nenhuma sanção alternativa (administrativa, civil, etc.) se mostrasse adequada a proteger o bem jurídico (interesse) subjacente. Mas a subsidiariedade não é capaz de nos dizer mais do que isto. Não é, evidentemente, capaz de afirmar que *devem* encontrar-se em causa bens jurídicos; *se* estão ou não em causa bens jurídico-penais numa dada criminalização; ou mesmo *quais* os bens jurídicos que mostram ter dignidade penal. A subsidiariedade, seja qual for a vertente, não foi sequer para isso pensada. É, em termos de legitimidade material do Direito Penal, um princípio que não consegue ser suficiente, por muito que se pretenda alargar o seu conteúdo<sup>44</sup>.

### 3.2. O princípio da proporcionalidade

Tal como o princípio anterior, a proporcionalidade pode adquirir um específico sentido quando em contexto europeu, nomeadamente averiguando-se da proporcionalidade em relação ao próprio

<sup>43</sup> AUGUSTO SILVA DIAS, “De que Direito Penal...”, p. 350.

<sup>44</sup> Sentindo a necessidade de algum critério valorativo para avaliar da legitimidade do DPE, afirmam PAUL DE HERT e IRENE WIECZOREK, “Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy. The Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, No. 03-04, 2012 “[a] reshaping of the principle of subsidiarity, which also takes into account moral and normative aspects, would be necessary”. Em sentido algo semelhante, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa: um direito penal funcionalista?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146, n.º 4004, Maio-Junho 2017, p. 332: “o direito penal europeu deve ser aferido pelo padrão de exigência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da necessidade [...] A significar, com uma força inovadora, a colocação de limites à criminalização [...]”. Mas porquê repensar o princípio da subsidiariedade ou da proporcionalidade para abarcar conteúdos que claramente não estão preparados para incluir, quando existem outros princípios capazes de conferir a almejada legitimidade material às normas penais europeias?

instrumento legislativo por que opta a UE (isto é, sendo suficiente uma Directiva para atingir os objectivos em causa, seria de considerar desproporcional a adopção de um Regulamento apenas e só para garantir a unificação das disposições legislativas <sup>45</sup>). Mas não é esta a dimensão que aqui nos ocupará.

A proporcionalidade (art. 5.º, n.º 4 TUE, art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — CDFUE) dita que as medidas com natureza penal devem ser *necessárias* em relação a um qualquer objectivo a atingir, e para além disso devem ser *adequadas* a atingi-lo e *proporcionais* (*stricto sensu*), tanto em relação a esse objectivo quanto à infracção em causa. Aquilo que a proporcionalidade não nos consegue esclarecer é o *objectivo* em si mesmo, a legitimidade de eleição desse objectivo a valor ou interesse a proteger através de, potencialmente, medidas penais — ou seja, se esse objectivo tem assento constitucional nos Tratados, a quem pertence o interesse em causa, se esse titular é ele próprio legítimo ao abrigo da teoria de legitimidade material que se defende; se é, enfim, um interesse com relevância social que implique a sua valoração positiva por parte do legislador penal. Todas as questões, note-se, que constituem o próprio fundamento da avaliação feita através do princípio de protecção de bens jurídicos e do *harm principle*.

### 3.2.1. O princípio da necessidade

Entramos aqui numa questão que se torna mais complexa: o sub-princípio da *necessidade* e a sua capacidade para aferir da legitimidade

---

<sup>45</sup> Esta é uma vertente da proporcionalidade europeia, mas não é, por ora, relevante no DPE, uma vez que a mera possibilidade de adopção de Regulamentos penais está longe de ser consensual, com doutrina de incontestável relevo opondo-se à identificação dessa competência na UE de acordo com as disposições dos Tratados hoje existentes — ver, para um tratamento da problemática em geral, PEDRO CAEIRO, “A Jurisdição Penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacional”, *in*: Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Carlos Loureiro (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 184 e s.

material da lei penal europeia, assim efectivamente (e como consequência natural) delimitando o uso legítimo da competência penal acessória da UE consagrada no art. 83.º, n.º 2 TFUE, repetidamente etiquetada de “funcional”<sup>46</sup> e sem limites materiais discerníveis. A necessidade é normalmente relacionada com o requisito presente nesse artigo de “indispensabilidade” das medidas penais<sup>47</sup>; e encontra-se também explicitamente mencionada no art. 52.º, n.º 1 CDFUE, tendo sido redigido do seguinte modo: “Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições [ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta] só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”.

Analisemos mais de perto esta disposição. Pretender que o princípio da necessidade consiga responder à questão da legitimidade *material* da lei penal europeia<sup>48</sup> é tentar imputar-lhe um conteúdo que efectivamente não tem: um conteúdo valorativo, axiológico, de análise aos interesses que se encontram *na base* da criminalização para assim discernir se são, eles próprios, *independentemente da sua necessidade de protecção penal*, legítimos. Um exemplo muito simples consegue ser dado pelas “puras violações morais”<sup>49</sup>: qual seria

---

<sup>46</sup> VALSAMIS MITSILEGAS, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 53. O autor distingue, nos dois números do art. 83.º, duas diferentes lógicas de criminalização: o n.º 1 seria voltado para uma competência de criminalização securitária, dado que os âmbitos criminais aí presentes representam riscos de segurança para a Europa; e o n.º 2 consubstanciaria uma competência de criminalização funcional, uma vez que se pretende através do emprego do DPE nesses casos assegurar a eficácia de outras normas de Direito Europeu.

<sup>47</sup> Relacionando o princípio da necessidade com a averiguação do carácter indispensável das medidas penais, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 26.

<sup>48</sup> Aparentemente assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 26: “É esta condição que funciona como fundamento — material — da intervenção penal em causa levada a efeito a nível da União”.

<sup>49</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 141 e s., criticando a jurisprudência constitucional portuguesa.

o fundamento, exclusivamente ao nível do princípio da necessidade, para se afirmar que uma pura violação moral (ex. prostituição, incesto, entre várias outras) não deveria ser sujeita a criminalização? Se se concluir que realmente um dado comportamento só consegue ser controlado com recurso ao Direito Penal, porque mais nenhuma sanção ou medida alternativa é capaz de refrear essa conduta, então o requisito da necessidade encontra-se efectivamente preenchido, ainda que o problema se encontre ao nível do interesse *em si mesmo* (ou falta dele) que se pretende proteger <sup>50</sup>.

Por outro lado, o próprio art. 52.º CDFUE parece não conseguir dispensar a menção a um qualquer critério valorativo: quando menciona “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União” (bens jurídicos?), ou a “protecção de direitos e liberdades de terceiros” (*harm principle?*), o que podem querer significar senão o reconhecimento de que o Direito Penal não pode ser simplesmente considerado necessário, mas sim necessário *em relação* a algo em concreto? E é este *algo*, esses objectivos em si mesmos que devem ser ponderados na questão da legitimidade, quando — justificadamente — se julgue que são colocados em causa pelas condutas que se pretendem criminalizar. Se formos rigorosos neste entendimento, realmente não temos opção senão concluir que o princípio da proporcionalidade não consegue responder de modo adequado à questão da legitimidade, mas apenas à problemática da efectiva necessidade, em termos fácticos <sup>51</sup>, da previsão de normas penais para regulação de uma determinada conduta.

---

<sup>50</sup> Aqui é extremamente eloquente o caso do incesto julgado pelo TC Alemão (2BvR 392/07, já *supra* referido). Na verdade, o comportamento incestuoso dos irmãos nem com recurso ao Direito Penal conseguiu ser refreado, pelo que podemos afirmar sem grande incerteza que o requisito da necessidade se encontraria preenchido. Mas a questão, pelo menos em relação à legitimidade material da lei penal, não é essa: a questão é se o interesse último pelo qual se pretende criminalizar condutas incestuosas é, ele mesmo, legítimo, e se se encontra realmente colocado em causa por essas condutas, ou se se pretende, na verdade, punir apenas comportamentos contrários a uma determinada moral colectiva.

<sup>51</sup> Será neste sentido um esforço *probatório*, aquele que deve ser exercido pelo legislador penal europeu, acerca da necessidade de emprego do Direito Penal ao nível da UE, tanto justificado pelo princípio da subsidiariedade europeu quanto

Para o problema dos limites *materiais* à utilização do art. 83.º, n.º 2 TFUE parece ser mais útil atentar, precisamente, ao interesse em causa, ao “objectivo reconhecido pela União”, se se preferir utilizar a linguagem do art. 52.º CDFUE. Será esse interesse algo em que a UE pode legitimamente interferir? Pertence-lhe a responsabilidade pela protecção desse interesse? Esse é verdadeiramente o primeiro de vários filtros que devem ser aplicados quanto à competência penal anexa europeia <sup>52</sup>, incluindo, naturalmente, o da necessidade de recurso ao Direito Penal.

Já na esfera nacional se defende este duplo grau, chamemos-lhe assim, de avaliação das medidas penais, e não se vê motivo para exigir menos do DPE (bem pelo contrário!). Afirma-se na nossa jurisprudência constitucional <sup>53</sup>, em relação à decisão de optar pela criminalização de uma conduta: “[essa decisão] não pode deixar de ser reveladora de uma ponderação acertada quanto à indispensabilidade do meio para a ‘salvaguarda de outros direitos ou interesses

---

da subsidiariedade e proporcionalidade especificamente penais. Parece-nos que irá assim neste sentido a afirmação de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 26: “Quer isto dizer que a intervenção penal a nível europeu exige uma legitimação autónoma, isto é, implica a prova do carácter essencial — da *necessidade* — do Direito Penal Europeu”. E se a legitimação do emprego do DPE se deve fazer com recurso a todos estes princípios que acabámos de enunciar, porque todos eles demonstram ser essenciais no processo de criminalização, a legitimidade penal do interesse subjacente será toda uma outra questão. Reforçando esta interpretação, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa...”, p. 326, quando se refere à ausência, no n.º 4 do art. 325.º TFUE, do requisito da “essencialidade”: ora, um qualquer princípio de averiguação da *legitimidade* do interesse subjacente (ou da sua *dignidade*, se se preferir) não tem que se encontrar especificado em normas de atribuição de competência, decorrendo antes da evolução da doutrina penal, jurisprudência e ambiente constitucional em que se desenvolve.

<sup>52</sup> Para além do interesse em causa, outros requisitos de utilização de normas penais são, de acordo com a própria norma que prevê essa competência: serem as medidas *indispensáveis* a assegurar a *eficácia* de Direito da União, numa área diferente do DPE em que já existam medidas de harmonização legislativa, para além de se estipular ainda o devido processo de adopção dessas normas penais.

<sup>53</sup> Ac. TC 377/2015 — alguns sublinhados acrescentados no início e no fim da citação.

constitucionalmente protegidos’. Esta enunciação do *primeiro padrão legitimador* da constitucionalidade das novas incriminações, assim genericamente fundada numa exigência lata de proporcionalidade, *carece no entanto de precisão* [...]”. Essa precisão aparece de seguida no mesmo Ac. ao se desdobrar a questão da constitucionalidade de uma nova criminalização em duas vertentes que devem ser avaliadas: “De acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o *bem jurídico* por esse novo tipo protegido se mostrar *digno* de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará o crivo da *legitimação* constitucional se o bem jurídico protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal. [...] Em qualquer caso [...] a verificação destas duas vertentes [...] deve ser *cumulativa*”.

#### 4. O diálogo estabelecido pelos princípios

Aqui chegados, conseguimos perceber que realmente as dimensões da legitimidade e da necessidade são duas vertentes distintas a avaliar em qualquer processo de criminalização. A particularidade do DPE centra-se, na primeira, na indispensável categorização do interesse em causa, não só para que se averigüe da legitimidade do mesmo em relação aos princípios responsáveis por essa legitimidade (bem jurídico ou *harm principle*, com todos os seus respectivos pressupostos), mas também para que se determine já preliminarmente se a protecção daquele interesse se encontra atribuída à UE (e em que medida), para assim justificar a sua intervenção. Do lado da vertente da necessidade, a especificidade encontra-se no acrescido ónus de legitimação de intervenção penal por parte de uma entidade supranacional, com todas as consequências que daí advêm <sup>54</sup> — deve

---

<sup>54</sup> Consequências, por exemplo, para a coerência dos ordenamentos envolvidos e para a progressiva expansão de um circuito penal no âmbito do qual não se conseguem descriminalizar condutas.

exigir-se, na verdade, algo mais do que ao legislador nacional, devendo o princípio de *ultima ratio* ser interpretado no sentido de que exige uma justificação relativamente ao motivo pelo qual outras sanções europeias não são suficientes, quando se entenda que a regulamentação existente nos EM individuais não protege o interesse (também da UE) de forma devida.

Estas duas dimensões são, deste modo, imprescindíveis, porquanto se dirigem a duas questões estruturantes da criminalização: a dignidade do interesse e a carência de pena. E não se pode substituir uma pela outra, ou sequer integrar o conteúdo de ambas num só princípio; isso desvirtuá-lo-ia, fazendo com que o seu conteúdo se tornasse de mais difícil apreensão, mais incerto, e assim também menos prestável, não tardando até que lhe apontassem uma insustentável inexactidão.

Cada uma colmata então as limitações da outra, efectivamente respondendo às duas questões que se colocam: um interesse pode ser digno, mas a sua tutela atingir-se satisfatória e eficazmente através de meios não penais; inversamente, podem existir condutas para cuja preclusão só pudesse responder o Direito Penal, mas o interesse subjacente não possuir dignidade que justifique essa intervenção. É por este motivo, essencialmente, que não se deve confundir legitimidade material e necessidade penal, nem diluir o significado de uma na esfera de intervenção da outra <sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Devemos sublinhar e relembra neste momento a nossa aceção do conceito de ‘legitimidade material’. Atente-se no seguinte: “é uma consideração do carácter «essencial» da intervenção penal baseada em prova relevante a partir de investigação criminológica e de dados empíricos e literatura científica que pode fazer com que aquela condição funcione realmente como limitador da utilização do Direito Penal e *se assuma como um critério legitimador materialmente definido*. Só esta abordagem baseada em prova pode fornecer o consistente lastro a um *juízo material* sobre a necessidade de uma *legítima* intervenção penal concreta” — em ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 31 (sublinhados acrescentados). Não poderíamos senão discordar desta afirmação *se* efectivamente se pretendesse dirigir à questão da legitimidade material do DPE; ou seja, ao *conteúdo* legítimo ou ilegítimo de uma incriminação, relativamente à sua dignidade penal, uma vez que o critério da necessidade não contém nenhuma dimensão valorativa. Mas não parece ser esse o sentido da citação, mas antes esclarecer que de facto um juízo material *acerca*, concretamente,

A conclusão a que inevitavelmente se chega é, assim, a de que é tão necessário ao Direito Penal Europeu quanto revela ser para o Direito Penal nacional o pensamento acerca de um critério legitimador que vá para além de meras considerações formais ou estatísticas; é necessário que se reconheça que cada princípio é, em si, essencial, e tem os seus momentos próprios de intervenção dentro de um processo de criminalização.

Serve este artigo para lembrar que a persistente defesa de uma qualquer teoria que se dirija à avaliação da legitimidade material do Direito Penal não é supérflua; não se encontra ultrapassada; não é pura teimosia dos penalistas. Consubstancia, isso sim, o único instrumento à disposição dos juristas na infundável demarcação de um Direito Penal de pendor liberal, cujo conteúdo se possa qualificar como legítimo no âmbito de um Estado de Direito democrático, pluralista e cada vez mais globalizado. A defesa dos cidadãos contra o próprio Direito Penal, contra o exercício mais evidente e gravoso do poder punitivo (estadual ou supranacional), cujo conteúdo pode ser ilegítimo, nunca deverá ser considerado algo supérfluo, ultrapassado ou inútil, mas antes um dever de quem se dedica a esta ciência.

## 5. Conclusões

Descreve assim Figueiredo Dias a função atribuída ao Direito Penal: “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’); ou, o que é dizer o mesmo, *de bens jurídicos cuja lesão se revele digna e necessitada de pena*”<sup>56</sup>. Escreve ainda Feinberg: “[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in

---

da necessidade de pena — ou seja, um juízo fundado em elementos probatórios concretos, e não só *formalmente* elaborado com recurso a frases estereotipadas sobre a suposta eficácia do Direito Penal e, logo, da sua necessidade — é requerido para justificar a intervenção do legislador europeu. Convém, no entanto, alertar para os dois sentidos, bastante divergentes, em que é utilizada a ‘legitimidade material’ no artigo citado e neste que agora se escreve.

<sup>56</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 129 e 130.

preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) *and* there is no other means that is equally effective at no greater cost to other values”<sup>57</sup>.

Pois bem, também o Direito Penal emanado (ou cuja decisão primária deriva) da União Europeia deve combinar estes dois aspectos, sendo de lhe adscrever, em concordância, uma função *similar* à que desempenha num contexto nacional. Similar, e não análoga, porque se deve ter em atenção todas as circunstâncias que militam por uma consideração diferenciada, tendo em conta o ambiente constitucional europeu e as suas exigências.

São, assim, duas as ideias essenciais que daqui se podem retirar: a primeira é que o DPE deve indubitavelmente servir a protecção de interesses fundamentais que revelem possuir uma dimensão transnacional (seja porque são interesses próprios da UE ou porque são comuns à UE e EM), o que efectivamente diminui a sua esfera de intervenção legítima. A segunda é que também o legislador europeu deve cumprir estritamente com o estipulado pelo princípio da *ultima ratio*, de acordo com a sua leitura *reforçada* no plano europeu (dupla subsidiariedade). Deve, por isso, recorrer-se ao DPE quando, cumulativamente, os interesses europeus em causa o justifiquem (sejam dignos), não existam outras sanções capazes de convenientemente os proteger, e a acção estadual se revele ineficaz, inadequada ou insuficiente.

Retirar-lhe essa primeira vertente de legitimidade material, estabelecendo não um diálogo mas um verdadeiro monólogo dominado pela *necessidade*, seria na verdade admitir que o DPE é menos do que o Direito Penal nacional; seria conceder que afinal não passa de um Direito Penal funcionalizado à eficácia de outras normas, que não olha além da vontade do legislador, não estando esta limitada por qualquer conteúdo material. Tal não seria mais do que a demissão do ensejo de ter um DPE valorativo, voltado não para a defesa de valores e interesses essenciais<sup>58</sup>, mas antes para a obediência incontestada de normas.

<sup>57</sup> JOEL FEINBERG, *Harm to Others...*, p. 26.

<sup>58</sup> V. por ex. RUI SOARES PEREIRA, “Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal”, in: *Professor Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, Volume I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, p. 184 e s.

E não nos esqueçamos que a decisão penal europeia terá impacto em múltiplos ordenamentos jurídicos, pois ainda que subsista alguma margem de discricionariedade para o legislador nacional <sup>59</sup>, este não poderá alterar o teor ou recusar a transposição de uma Directiva penal cujo conteúdo considere ilegítimo. É crucial, por esse motivo, que se seja cuidadoso com a avaliação da legitimidade e da necessidade do DPE.

Terminamos esta exposição com a nossa proposta concreta para o DPE: numa primeira fase seria essencial distinguir o interesse em causa (ou o interesse prevalecente), para assim determinar qual o critério de legitimidade a aplicar (interesse próprio, comum, ou comum já sujeito a preempção); numa segunda fase analisar-se-ia(m) esse(s) interesse(s) a partir do respectivo princípio de legitimidade material (princípio de protecção de bens jurídicos ou *harm principle*); e numa terceira fase aplicar-se-iam todos os princípios também necessários à justificação da opção pelo Direito Penal (subsidiariedade, proporcionalidade, respeito pelos direitos fundamentais, etc.). Neste processo de criminalização, a legitimidade material seria então avaliada na segunda fase, enquanto a necessidade surgiria na terceira; note-se, por isso, que nenhuma nova incriminação poderia surgir sem que todos os princípios relevantes em matéria penal fossem respeitados, assegurando-se deste modo uma maior racionalidade da lei penal europeia, bem como uma limitação material (mormente ao n.º 2 do art. 83.º TFUE) que naturalmente decorreria da aplicação deste processo.

Entre legitimidade e necessidade estabelece-se sem dúvida alguma um diálogo, mas são verdadeiramente dois discursos distintos os seus: um mais axiológico, o outro mais voltado à avaliação prática da insuficiência de outros meios de controlo social. E precisamente porque se dirigem a aspectos diferenciados da criminalização, não poderia

---

<sup>59</sup> De facto, as Directivas não poderão fundamentar ou agravar a responsabilidade penal de um indivíduo — C-14/86 (*Pretore di Salò*), § 20; C-80/86 (*Kolpinghuis*), § 9 e 10 —, pelo que uma norma de interposição nacional será sempre necessária. O legislador nacional encontra-se obrigado, no entanto, a respeitar “o resultado a alcançar” (art. 288.º TFUE) estipulado pela Directiva, pelo que em termos penais isso normalmente não lhe deixa a liberdade de optar pelo sancionamento não criminal da conduta em causa.

um ser desconsiderado em favor do outro, antes devendo ser conjuntamente avaliados, independentemente do ordenamento jurídico que no momento exercer o seu *ius puniendi*. Se assim não fosse, não existiria uma tão grande preocupação na doutrina em encontrar algum critério capaz de conferir legitimidade material ao DPE <sup>60</sup>.

Tentar resolver o problema da legitimidade material do DPE com recurso a princípios que já se encontram aceites e consolidados na ordem jurídica europeia (*v. g.* o princípio da necessidade) é certamente meritoso e notável; no entanto, não será capaz de responder a desafios actuais que se colocam já no âmbito das incriminações de origem europeia <sup>61</sup>, nem será no futuro capaz de refrear o hipotético conteúdo ilegítimo de mais normas penais da União. É necessário afastar “o perigo de uma legitimação da intervenção penal puramente

---

<sup>60</sup> Exemplificativamente, de modo eloquente: “Criminal policy must be principle-based, combining the tests of necessity (*ultima ratio*), subsidiarity and proportionality and general principles of criminal law. But that is only part of the story. Criminal policy is of course also about *policy*, meaning that political choices must be made about the interests that deserve and need criminal law protection.”. — JOHN VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon...*, p. 53. Para mencionar apenas alguns outros autores que sublinham este problema: CHRISTOS MYLONPOULOS, “Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon — Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 123, Heft 3, 2011, p. 648; em solo português, JOANA AMARAL RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 345 e ss. quanto ao conteúdo do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos não ser sobreponível àquele do princípio da proporcionalidade.

<sup>61</sup> Por ex. no que respeita ao contrabando de migrantes (*migrant smuggling*), um pacote legislativo extremamente criticado pela doutrina especializada cujo conteúdo legislativo nacional a que pode dar origem não se considera sempre legítimo. Mesmo o TJUE já procurou mitigar as consequências mais gravosas dessa legislação, nomeadamente para a questão da criminalização do próprio migrante, com recurso a outros instrumentos legislativos da União: *v. o caso C-61/11 PPU (El Dridi)*. Referindo também este caso, realça ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa...”, p. 330, e bem, como temos vindo a defender, que se trata de uma valoração da norma penal “à luz da limitação de direitos fundamentais que encerra perante o *interesse* ou *valor* que visa proteger. [...] trata-se, agora, de uma autêntica ponderação político-criminal, que pode conferir, ou não, *legitimidade* à intervenção penal para assegurar a realização desse interesse ou valor” (sublinhados acrescentados).

funcional e não material”<sup>62</sup> no DPE; mas para isso é imprescindível a introdução, no pensamento penal europeu, de outros princípios que estejam especificamente dirigidos para a questão da legitimidade, para que assim se consiga responder ao problema na sua *totalidade*.

Esses princípios, como já referimos, só podem ser o de protecção de bens jurídicos e o *harm principle* — e não se lhes impute um carácter de inutilidade que não possuem; a questão que procuram resolver é centenária e não irá desaparecer enquanto não se prescindir do próprio Direito Penal. Bem pelo contrário, a sua propensão para avaliar os valores que se devem considerar legitimamente subsumíveis à protecção da mais grave demonstração de poder de uma entidade política mostra ser capaz de evoluir com a sociedade e de se adaptar aos novos desafios que inevitavelmente vão surgindo.

Na União Europeia, uma comunidade pluralista de diálogo entre tantos EM e entre estes e a própria UE, não se deve procurar estabelecer um monólogo de princípios no “seu” (ainda algo) incipiente Direito Penal. Antes, estabeleça-se também aqui uma interacção dialógica, propícia ao travejamento de limites à actividade legiferante que naturalmente advém da combinação desses vários princípios.

---

<sup>62</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Direito Penal europeu à luz...”, p. 21, nota 55. Com mais desenvolvimento, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa...”, p. 322.



**GESTLEGAL**

[www.gestlegal.pt](http://www.gestlegal.pt) • [editora@gestlegal.pt](mailto:editora@gestlegal.pt)