

A MEDIDA DA PENA DE PRISÃO EM ABSTRATO: A COMPETÊNCIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA E OS ARGUMENTOS DE PRETENSÃO LEGITIMADORA NA DIRETIVA (2014/57/UE) SOBRE O ABUSO DE MERCADO

THE MEASURE OF IMPRISONMENT IN THE ABSTRACT: THE CRIMINAL COMPETENCE OF THE EUROPEAN UNION AND THE ARGUMENTS OF LEGITIMIZING PRETENSION IN THE DIRECTIVE (2014/57/EU) ON MARKET ABUSE

BRUNO CAVALCANTE LEITÃO SANTOS

Doutor em Direito pela PUC/RS (2019). Mestre em Direito Público pela UFAL (2014). Professor de Direito Penal nos Cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário CESMAC. Líder do Grupo de Pesquisa Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos. Pesquisador do Grupo Direito, Contemporaneidade e Transformações Sociais (CESMAC). Advogado.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-7556-2348>].
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>].
bruno.santos@cesmac.edu.br

FRANCISCO DE ASSIS DE FRANÇA JÚNIOR

Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Psicologia Jurídica e em Ciências Penais. Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos. Advogado.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6958-920X>].
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>].
francajunior direito@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382>].

Recebido em: 04.12.2022

Aprovado em: 10.04.2023

Última versão do(a) autor(a): 27.04.2023

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal analisar criticamente os critérios para a determinação da medida da pena em

ABSTRACT: The main objective of this article is to critically analyze the criteria for determining the measure of the punishment in the abstract – that

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382>].

abstrato – aquela determinada pelo legislador, portanto –, alinhada ainda às dificuldades e às possíveis consequências da determinação da competência penal da União Europeia pelo Tratado de Lisboa (2007). Como problemáticas centrais no desenvolvimento da pesquisa, questiona-se, por exemplo: quais seriam as bases seguras para a determinação da pena em abstrato? Como entrelaçar coerentemente ordens jurídicas de diferentes culturas? Como harmonizar a necessidade de resolução de problemas que afligem os Estados Membros com os postulados da dogmática jurídico-penal? A hipótese básica que nos serve de parâmetro é a de que existem mais argumentos retóricos (de política criminal) do que fundamentos sólidos (essencialmente dogmáticos) para justificar as sanções de privação da liberdade. Partindo-se do método hipotético-dedutivo, com o auxílio de uma revisão pontual da literatura clássica e contemporânea, sem pretensões de esgotar o assunto, conclui-se que seria necessário reinventarmos uma *teoria da pena* que se coadune com as circunstâncias presentes de um mundo que, para além de regionalizado, está cada vez mais *globalizado*.

PALAVRAS-CHAVE: Medida da pena em abstrato – Privação da liberdade – Competência penal – União Europeia – Teoria da pena.

determined by the legislator, therefore –, still aligned with the difficulties and possible consequences of the determination of the European Union's criminal competence by the Treaty of Lisbon (2007). As central issues in the development of the research, certain questions arise: what would be the safe bases for determining the penalty in the abstract? How to coherently intertwine legal orders from different cultures? How to harmonize the need to solve problems that afflict the Member States with the postulates of legal-criminal dogmatics? The basic hypothesis that serves as a parameter is that there are more rhetorical arguments (of criminal policy) than solid foundations (essentially dogmatic) to justify the sanctions of deprivation of liberty. Thus, starting from the hypothetical-deductive method, with the aid of a punctual review of the classic and contemporary literature, without intending to exhaust the subject, it is concluded that it would be necessary to reinvent a *theory of punishment* that is in line with the present circumstances of a world which in addition to being regionalized is increasingly *globalized*.

KEYWORDS: Measuring the penalty in the abstract – Deprivation of liberty – Criminal competence – European Union; theory of punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre as características de um direito penal eminentemente simbólico. 3. A problemática definição da medida da pena de prisão em abstrato: a exigência de uma adequada fundamentação no processo de criminalização e punição. 3.1. Um enfoque na competência penal da União Europeia. 4. Os argumentos da dissuasão, da eficácia e da proporcionalidade no caso paradigmático da Diretiva (2014/57/UE) sobre abuso de mercado. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A pena de prisão, tal como a conhecemos, apesar de naturalizada no ideário popular contemporâneo, não existe desde sempre. Ela é tributária das inquietações, manifestadas especialmente em meados do século XVIII, contra o exercício do poder punitivo estatal¹. Seu surgimento tem sido apontado como um importante

1. Para contextualizar o período citado, recomenda-se: FARIA COSTA, José de, 2015.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

avanço civilizacional, tendo se consolidado a partir daí. Evidentemente que, entre a excruciante (e pública) ritualidade da responsabilização daquele período e a proposição da pena de prisão, esta haveria de se destacar como a *mais civilizada* das formas de tentativa de prevenção e de resolução de conflitos.

Não obstante a aparente simplicidade do ato de se determinar penas de prisão para comportamentos que são reprovados socialmente, a privação da liberdade como política estatal impõe inúmeras dificuldades ainda hoje discutidas por doutrinadores, legisladores e julgadores. Seus fundamentos de legitimidade, por exemplo, além de suas reais finalidades, são questões historicamente problemáticas², o que, aqui, há de impor uma espécie de recorte metodológico que, apesar de *aparentemente estreito*, permitirá o aprofundamento recomendado num trabalho como o que se desenvolverá a seguir.

Assim, como se já não bastassem as tormentosas questões que tradicionalmente acompanham o desenvolvimento da dogmática sobre a *teoria da pena* em nível local, a consagração da competência penal da União Europeia, por meio do Tratado de Lisboa (2007)³, acabou por alçar as complexidades existentes a outro patamar. Nesse processo de lapidação de tipos legais de crime, como entrelaçar coerentemente as ordens jurídicas de diferentes culturas? Como harmonizar a necessidade de resolução de problemas que afligem os Estados Membros com os postulados da dogmática jurídico-penal?

Como se percebe, são muitas as questões ainda em aberto e que precisam de uma análise crítica aprofundada sobre como há de se concretizar esse emergente “direito penal da União Europeia”⁴ sem provocar graves rupturas na estrutura da dogmática jurídico-penal. Por isso, nos referimos à necessidade de um recorte metodológico “aparentemente estreito”, que nos permitisse, ao menos em parte, intermediar esse inevitável *diálogo*. Nossa problematização, portanto, residirá no processo legislativo e, mais especificamente, recairá sobre os fundamentos e critérios para a quantificação das penas de prisão em abstrato. É nessa direção que, a partir de uma pontual revisão bibliográfica, nosso trabalho estará orientado.

A primeira manifestação da competência penal atribuída à União Europeia traduziu-se na Diretiva 2014/57/UE, que – dito a traço grosso – trata das *infrações* e das *sanções penais* aplicáveis aos casos de *abuso de mercado*⁵. Parece-nos ter an-

2. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2012, p. 43 e ss.; CORREIA, Eduardo, 2007, p. 39 e ss. FARIA COSTA, José de, 2005, p. 205 e ss.

3. LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo, 2012.

4. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2008.

5. UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 – relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à*

dado mal o legislador europeu⁶. Nela, além de não explicitados os critérios para as estabelecidas penas de prisão, não restou devidamente fundamentada a própria convocação do direito penal. Os pretextos genéricos da *dissuasão*, da *eficácia* e da necessidade de *uniformização* do sistema de proteção dos interesses financeiros comunitários não estão suficientemente justificados.

É nesse sentido que – para que deixemos clara a dinâmica do desenvolvimento da pesquisa que segue –, embora apresentemos uma proposta de análise crítica sobre os fundamentos e os critérios de uma alegada legitimação da *medida da pena em abstrato*, pareceu-nos inevitável, em determinados momentos, transitar entre esta e alguns dos meandros da pretensão legitimadora do próprio processo de criminalização, tendo em vista possuírem, como é evidente, incontornáveis vínculos jurídico-dogmáticos.

Feitas as considerações introdutórias sobre o percurso que se inicia, não haveremos de nos comprometer com a apresentação de *fórmulas definitivas*. Não dispomos de *algoritmos* solucionadores das grandes questões que a dogmática jurídico-penal nos apresenta contemporaneamente, porquanto estamos aqui diante de um ramo em construção. Nosso trabalho visa contribuir com reflexões críticas que nos parecem ser úteis na manutenção e no alargamento de um verdadeiro *espaço de liberdade, segurança e justiça*. Tudo na exata medida dos valores garantidos pelo *Título V* do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁷.

2. APONTAMENTOS SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DE UM DIREITO PENAL EMINENTEMENTE SIMBÓLICO

A estruturação e o desenvolvimento do direito penal no curso da história incluem necessariamente “duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena”⁸. São, segundo José de Faria Costa⁹, duas “realidades

manipulação de mercado (abuso de mercado). Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=PT]. Acesso em: 05.11.2022.

6. Daqui por diante, sempre que nos referirmos ao “legislador europeu” (o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia), estamos a indicar aquele a quem foi dada a competência penal a partir do Tratado de Lisboa, em 2007.
7. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT]. Acesso em: 05.11.2022.
8. FARIA COSTA, José de, 2015, p. 5.
9. FARIA COSTA, José de, 2015, p. 5.

que vivem em mutação constante dentro da própria história e que são por ela moldadas ou conformadas”. Para o catedrático de Coimbra, “é, por conseguinte, dentro do tempo histórico, e não baseados em qualquer *epoché* ou em qualquer outro ‘tempo’, que temos de perceber o crime e a pena”¹⁰. Um trabalho sobre a dogmática jurídico-penal estará, portanto, sempre preocupado com tais contingências.

Dessa maneira, como também destacou Américo Taipa de Carvalho¹¹, para além de assumir uma “tarefa meramente técnica, dogmática e não interveniente”, é preciso que nos preocupemos em identificar o contexto sociocultural com o qual se relaciona o direito penal no tempo em que é estudado. A história há de nos auxiliar nessa tarefa de dialogar com a “‘lógica’ dello ‘spirito del tempo’”¹². Mais contemporaneamente, para irmos direto ao ponto – já que, pela natureza do trabalho que aqui se desenvolve, não nos é dado realizar uma pormenorizada análise histórica –, é do *perigo* que mais se tem falado¹³.

Ocorre que, por conta dessa preocupação, a abertura proporcionada pela dogmática jurídico-penal, sobretudo com a Revolução Industrial, no sentido de abarcar determinados tipos legais de crime, cujos objetos de preocupação são bens e valores de natureza abstrata, impôs enormes desafios na tentativa de manter o sistema funcionando coerentemente¹⁴. Incriminações muito controvertidas se consolidaram a partir daí, especialmente no que se refere à tutela dos interesses econômicos¹⁵. O Estado, pressionado socialmente, optou por não mais aguardar a aparição de danos efetivos, antecipando-se, portanto, a eventuais prejuízos¹⁶.

Nesse contexto, a atividade do legislador penal contemporâneo haveria de ficar, ao menos em tese, cada vez mais cuidadosa e conectada com as discussões em curso, quer seja com aquelas travadas no âmbito dos tribunais, quer seja com aquelas ocorridas na doutrina. No entanto, em boa medida, não é o que temos observado. Como há décadas constatava José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷, temos “muitas e

10. FARIA COSTA, José de, 2015, p. 6.

11. TAIPA DE CARVALHO, Américo, 1985, p. 9-12.

12. Lógica do espírito da época (tradução livre) Cf. DE LALLA, Paolo, 1978, p. 525.

13. Para uma melhor compreensão do contexto: FARIA COSTA, José de, 2000. Recomendam-se também: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2002; LOUREIRO, João Carlos, 2001, p. 797-891; e, por fim, numa perspectiva essencialmente sociológica, tem-se ainda: BECK, Ulrich, 2011.

14. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2013.

15. Veja-se, em especial: AIRES DE SOUSA, Susana, 2006.

16. FARIA COSTA, José de, 2000, p. 358 e ss.

17. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, 1984, p. 6.

muitas leis, muitas e demasiado más leis no conteúdo e na forma”. Infelizmente, temos de reconhecer que o problema persiste ainda hoje, com desdobramentos que devem nos preocupar.

François Ost¹⁸, por sua vez, conclui estarmos diante de uma “normatividade flexibilizada”, que seria “própria de um direito ‘mole, vago, no estado gasoso’”. Utilizando-se da conhecida metáfora de Karl Popper¹⁹ sobre “relógios” (mecânicos e previsíveis) e “nuvens” (aleatórias e imprevisíveis), o autor aduz ainda que, diante de um “tempo meteorológico”, o pior cenário seria aquele em que “o acaso da regulação significa desinstituição e perda de referências”. Teríamos, pois, insinuará Ost²⁰ mais adiante, uma “inflação legislativa” com “obsolescência programada dos textos”.

Não à toa, José de Faria Costa e Bruno de Oliveira Moura²¹, que apontam para “um sensível empobrecimento material e formal do princípio da legalidade”, aduzem que:

“enquanto as leis de conteúdo incriminador se multiplicam, rápida e de jeito desordenado, para não dizermos caótico, de tal sorte que, em muitas circunstâncias, nem os meios informáticos nos podem dar, com segurança, a certeza de que uma determinada norma está ou não em vigor, os seus intérpretes tendem a assumir cada vez mais um trabalho de correção justicialista que introduz uma elevada dose de arbitrariedade e decisionismo na sua aplicação.”

Há, inegavelmente, nos dias atuais, um claro esgarçamento de nossa capacidade de acompanhar toda essa *produção legislativa*²², mormente em matéria penal, o que nos leva a questionar se tudo isso seria realmente necessário na tentativa de lidar com os conflitos sociais alegadamente graves. O fato é que o rigor das características que definem a *legalidade*²³, que tem como função primeva a garantia

18. OST, François, 2001, p. 323.

19. POPPER, Karl, 1991, p. 319 e ss.

20. OST, François, 2001, p. 358.

21. FARIA COSTA, José de, 2016, p. 96.

22. Dito aqui no sentido mais amplo, uma vez que, também o Poder Executivo tem assumido essa função, digamos que, legiferante. FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno, 2016, p. 97. Veja-se ainda: KADRI, Omar Francisco do Seixo, 2004.

23. Não nos é dado esquecer, porém, da crítica anunciada por Hans Welzel sobre a errônea e perigosa crença de que o tratamento do Direito Penal seria um assunto de mera “técnica jurídica”. Sabemos que não o é. Para o professor de Bonn, erram aqueles que, sob a perspectiva positivista, cômoda, contemplativa e asséptica, supõem que o direito é, em

jurídica²⁴, ao menos em um Estado (que se pretende) de direito democrático, está colocado à prova, especialmente a partir da consagração, pelo Tratado de Lisboa (2007), da (nova) competência penal da União Europeia.

É nesse tipo de contexto que se pode vir a favorecer um terreno fértil para a disseminação de um *direito penal de natureza eminentemente simbólica*, ou seja – para que nos situemos na polissemia ínsita à expressão convocada –, de instrumentos cuja função está consubstanciada tão somente no discurso, mas não na resolução efetiva dos problemas que lhes serviram de impulso. Com legisladores dependentes do voto popular, na ânsia por soluções do tipo *definitivas*, não tem sido rara a opção pela “mera oportunidade política”²⁵.

Como destacado por Jesús-María Silva Sánchez²⁶, influenciado por Winfried Hassemer:

“esta función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.”

Já para João Carlos Loureiro²⁷, “hipóteses tradicionais de legislação simbólica” seriam aquelas “em que, por várias razões, se cria legislação incapaz de, de modo relevante, conformar a realidade, sendo a norma sistematicamente inobservada”.

sua integralidade, um produto do legislador, e arremata que: “o legislador pode administrar arbitrariamente a matéria jurídica e que a dogmática jurídica é, portanto, apenas a elaboração técnica dessa matéria jurídica ‘causal’. Se isso fosse verdade, então as palavras do procurador do estado, von Kirchmann, sobre a ciência jurídica seriam corretas: ‘três palavras corretivas do legislador e bibliotecas inteiras se tornam folhas impressas inúteis’. [...] O legislador não é de forma alguma onipotente, e está vinculado a certos limites dados em matéria de direito. Encontrar e trazer esses limites ao conhecimento é a missão de uma tarefa científica do direito penal.” (tradução livre) Cf. WELZEL, Hans, 1956, prólogo.

24. Sobre as demais características, vale a leitura de: CASTANHEIRA NEVES, António, 1988, p. 7 e ss.

25. LOUREIRO, João Carlos, 2010, p. 226. O autor ventila essa possibilidade, não a indica como tendência, assim como o fizemos. Ademais, sobre o contexto, ele nos remete a: NEVES, Marcelo, 2007.

26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 1992, p. 305.

27. LOUREIRO, João Carlos, 2010, p. 226.

Também lastreada em Winfried Hassemer, Inês Fernandes Godinho²⁸, por sua vez, perspectiva como *simbólica* “uma norma penal cuja função latente ultrapassa a função manifesta”, sendo tal norma “aquela em relação à qual é expectável que, através dela e da sua aplicação sejam realizados outros propósitos que não aqueles por si enunciados”. Na sequência, a autora rememora a lição de Carbonell Mateu²⁹, para quem “todo el abuso del Derecho penal y, de manera específica, el recurso al llamado Derecho penal simbólico constituye algo que me parece más grave que cualquier otra cosa: la ‘banalización’ de la libertad”³⁰.

Em bom rigor, pelo que nos esforçamos para resumir, diante dos critérios estabelecidos pelo próprio sistema, é de se resguardar ao máximo a utilização do direito penal³¹, sobretudo quando uma de suas consequências mais gravosas se destina à privação da liberdade das pessoas. O que se espera de um processo legislativo, portanto, é que se fundamente suficiente e coerentemente o mecanismo invasivo adotado na tentativa de prevenir ou de resolver determinados conflitos. Uma legislação penal simbólica “constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación ‘educativa’ o ‘ético-social’”³².

Um *direito penal simbólico* – precipitado e sem a devida fundamentação, repise-se –, ao ser prestigiado, estaria a colocar em xeque a ideia de que, numa democracia, esse seria um instrumento que, como pontuou Claus Roxin³³:

“solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.”³⁴

28. GODINHO, Inês Fernandes, 2016, p. 81-82.

29. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, 2001, p. 139.

30. Todo o abuso do direito penal e, concretamente, o recurso ao chamado direito penal simbólico constitui algo que me parece mais grave do que qualquer outra coisa: a ‘banalização’ da liberdade (tradução livre).

31. E da própria pena de prisão, como diremos na sequência, quase sempre a alternativa colocada à mão do sistema de controle e de punição, como se fossem expressões sinônimas (direito penal = prisão).

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 1992, p. 306.

33. ROXIN, Claus, 1997, p. 65-66.

34. É mesmo apenas a última de todas as medidas protetivas que deve ser considerada, ou seja, só pode ser feita para intervir quando falham outros meios de solução social para o problema – como a ação civil, a polícia ou os regulamentos técnico-jurídicos, sanções não penais etc. (tradução livre).

O autor³⁵ destaca ainda que este tipo de limitação ao uso do direito penal “se desprende del principio da proporcionalidad”³⁶, pois sua violação haveria de vulnerar “la prohibición de exceso”³⁷.

Bem se vê que, muito longe de ser uma tarefa das mais simples, “mil e uma responsabilidades arcam os ombros largos do legislador penal”³⁸. Não obstante, apesar das complexidades, as leis de natureza penal espalham-se, dentro e fora de regimes pretensamente democráticos, e o fazem com ainda maior facilidade em países periféricos, como, aliás, é o caso do Brasil³⁹. Para o futuro, com esse já sedimentado alargamento da competência penal, agora também exercida em nível regional – com todo destaque para o espaço europeu –, as preocupações tendem a ficar ainda mais intensas, tanto com a *quantidade* quanto com a *qualidade* do que se está a produzir⁴⁰.

Diante do quadro que desenhamos, ainda que de maneira reconhecidamente palmar, a *profecia* oferecida por Jorge de Figueiredo Dias⁴¹ merece, no fechamento deste capítulo, ser destacada. Para o autor, não seria arriscado “profetizar que, considerado o processo global da criminalização/descriminalização, o direito penal do futuro assistirá a um incremento – o menos lato possível, confio, mas de todo o modo sensível – da mancha da criminalização”. Com tal alargamento, “torna-se igualmente previsível que os índices da criminalidade registrada – por toda a parte em crescimento contínuo desde há décadas – continuarão a aumentar”.

Em sendo assim, ou tomamos os cuidados devidos agora no sentido de contermos avanços desarrazoados e desproporcionais do sistema de controle e de punição, ou arcamos, num futuro não muito distante, com as consequências de um ambiente em que a privação da liberdade, também na teoria, acabe (infelizmente!) perspectivada como uma regra.

35. ROXIN, Claus, 1997, p. 65-66.

36. Decorre do princípio da proporcionalidade (tradução livre).

37. A proibição do excesso (tradução livre).

38. CUNHA, Paulo Ferreira da, 2013, p. 154.

39. GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley, 2016.

40. Ressalta essa necessidade de nos preocuparmos com os rumos do direito penal pós-Lisboa: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 320-334. Recomenda-se ainda a interessante abordagem de Juan Pablo Montiel Fernández em: FERNÁNDEZ, João Carlos Montiel, 2009, p. 123-174.

41. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2013, p. 269.

3. A PROBLEMÁTICA DEFINIÇÃO DA MEDIDA DA PENA DE PRISÃO EM ABSTRATO: A EXIGÊNCIA DE UMA ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E PUNIÇÃO

Consideradas algumas das preocupações que entendíamos como pertinentes para que não se permita que o direito penal, sobretudo com o alargamento dessa competência no espaço europeu, siga pelo caminho *mais fácil*, numa espécie de *demagogia legiferante*, importa-nos, a partir de agora, lançar nossa atenção na *realidade* da pena, especialmente, na de prisão. É sobre ela que nos debruçaremos com o intuito de refletir sobre os fundamentos e critérios (ou técnicas) que devem ser levados em conta no momento da determinação de sua moldura em abstrato. Logo, estaremos situados exclusivamente no âmbito de seu processo *legislativo*.

Dadas as circunstâncias – que não nos permitem um trabalho de natureza mais alargada –, apesar de reconhecermos sua importância, não haverá espaço para que reflitamos sobre a medida da pena no processo de sua concreta aplicação, ou seja, no seu “momento judicial”. A determinação da medida concreta da pena – ao menos em ambiente que se pretende democrático –, ou, se quisermos, da medida da pena em *sentido estrito*, também está repleta de questões que exigem certo tempo, espaço e disposição acadêmica para uma qualificada articulação das diversas problemáticas que o tema nos apresenta⁴².

Tais preocupações sobre as *consequências jurídicas do crime*, longe de se resumir a uma mera discussão teórica, são de uma importância prática fundamental, possuindo, aliás, para que não parem dúvidas, “exactamente a mesma hierarquia jurídico-científica que a doutrina do crime”⁴³. O que nos foi permitido observar durante a pesquisa bibliográfica é que tem sido mais fácil encontramos trabalhos sobre os critérios para a determinação da pena em *sentido estrito* do que sobre sua elaboração legal. Os debates sobre a determinação da *moldura penal*, com a qual – é sempre bom frisarmos – se vinculará o juiz, ainda são escassos e, por isso, mereceram nossa dedicada atenção.

É, portanto, a partir dessa constatação que nos parece absolutamente correta a crítica feita por José Luis Díez Ripollés⁴⁴:

42. Sobre a temática – de onde, aliás, retiramos a expressão entre aspas –, com a profundidade necessária, por todos, recomenda-se: RODRIGUES, Anabela Miranda, 1995. Para consultar opúsculos também importantes, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2006; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, 1939.

43. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 1993, p. 41.

44. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 16.

“certamente resulta incongruente que o controle decisório tenha sido confinado ao âmbito de aplicação do Direito, enquanto o seu processo de criação tenha ficado à margem de qualquer controle material, ou ao menos formal, digno de consideração.”

Na perspectiva do autor⁴⁵, com a qual, aliás, concordamos, “só a instrumentalização de um adequado controle da racionalidade legislativa permitirá a defesa desta ante as tendências sempre presentes do irracionalismo voluntarista”.

Perceba-se que, como destacou Maria João Antunes⁴⁶, em primeiro lugar,

“ao legislador cabe estatuir as molduras penais cabidas a cada tipo de factos que descreve na parte especial do CP e na legislação extravagante, valorando a gravidade máxima e mínima que cada um daqueles tipos de factos pode presumivelmente assumir.”

Na sequência, ao juiz incumbe:

“determinar a moldura cabida aos factos dados como provados no processo; encontrar aí a pena concreta em que o agente da prática do crime deve ser condenado; escolher a espécie ou o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha previsto mais do que uma.”

Nesse passo, a pena, sobretudo a de prisão – que é a que nos interessa, por impactar diretamente no exercício de direitos e garantias fundamentais –, exige-nos um considerável esforço de fundamentação para que se obtenha algum tipo de validade. Logo, tanto a determinação da *moldura penal* quanto a da *pena em concreto* requerem, de *legisladores e juízes*, ao menos em um sistema de raiz democrática, justificativas públicas, racionais e coerentes com o exercício de suas atividades. Sobretudo quando sabemos que, no caso dos países que aboliram formalmente a pena de morte⁴⁷, a utilização da pena de prisão representa a providência estatal mais invasiva contra o cidadão, o que, por consequência, requer a devida e suficiente *fundamentação*.

Apesar de estarmos a discorrer sobre o tema da pena de prisão de uma maneira geral, o que há de nos interessar mais especificamente são os critérios e a necessidade

45. Díez RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 86.

46. ANTUNES, Maria João, 2013, p. 38.

47. É o caso, por exemplo, de Portugal. Conforme prescreve o art. 24.º da Constituição da República.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

de fundamentação quanto à sua escala de gravidade. Caso exista uma fundamentação suficiente do legislador quanto ao uso do direito penal sobre um determinado tipo de conflito, nosso pressuposto (que é o que nos parece ser a *lógica do sistema*) é o de que isso não o exime de também ter de fundamentar a escala encontrada para a pena correspondente ao conflito criminalizado. Ocorre que esse tipo de providência tem sido negligenciado.

Um dever de fundamentação tão amplo quanto possível, a abarcar toda a administração pública, nos seus mais variados níveis, é próprio de um ambiente que preza pelos valores democráticos, já que nos ajuda a perceber a motivação, que se pressupõe idônea, do agente público no exercício de suas funções. Para Edgardo Alberto Donna⁴⁸, “el fundamento obligatorio de las sanciones se confunde con el deber ser, ya que ellas surgen de la voluntad del legislador, que se expresa en una ley concreta”⁴⁹. Nesse sentido, ainda, segundo o autor, “se puede decir que el fundamento del deber ser es la ley dictada conforme a la Constitución”⁵⁰. Logo se conclui que a referência ao Estado de Direito é mais que óbvia.

Não nos parece, portanto, ter sido ao acaso que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 41.º, mais propriamente na alínea c – a exemplo do que também prevê o artigo 296.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia –, tenha prescrito a obrigação, dos que compõem a Administração Pública, de fundamentar suas decisões. Segundo Cláudia Viana⁵¹, esse, aliás, “tem sido um dos direitos mais desenvolvidos pelo TJUE [Tribunal de Justiça da União Europeia]”, para o qual o grau da exigência vai variar “em função das circunstâncias do caso concreto”. Sendo assim, é de nos questionarmos: por que essa exigência não haveria de valer também para a atividade legislativa?

Ademais, não é à toa que Michael Köhler⁵² desenvolve o raciocínio de que “a adequada fundamentação jurídica da sanção penal abrange necessariamente também o princípio da dosimetria da pena (qualidade e quantidade)”. Com amparo em Feuerbach, o professor emérito de Hamburgo, na Alemanha, sustenta ainda que as fundamentações das penas, tanto em abstrato quanto em concreto, estão

48. DONNA, Edgardo Alberto, 1996, p. 2.

49. O fundamento obrigatório das sanções se confunde com o dever de ser, pois decorrem da vontade do legislador, que se expressa em lei específica (tradução livre).

50. Pode-se dizer que o fundamento do dever de ser é a lei promulgada de acordo com a Constituição (tradução livre).

51. VIANA, Cláudia, 2013, p. 488.

52. KÖHLER, Michael, 2014, p. 77.

correlacionadas, e “se os parâmetros utilizados para a determinação, por exemplo, da concreta pena privativa de liberdade se distanciarem dos parâmetros de fundamentação da pena em abstrato, tal modo de proceder deverá ser rejeitado como uma contradição insustentável”. O grande problema, com o qual aqui estamos a trabalhar, repise-se, é justamente saber os reais fundamentos da medida da pena em abstrato.

Constate-se que, *grosso modo*, a pena em abstrato traduz o grau de relevância que determinados bens ou valores *aparentam possuir* no regular funcionamento da dinâmica social⁵³. Como uma de suas principais finalidades precípua é a proteção de tais bens ou valores⁵⁴, é na observância da atuação estatal diante de determinados comportamentos contra aqueles que percebemos o quão importante lhes parecem ser, por exemplo, a vida, a dignidade, a liberdade, o patrimônio, e assim por diante. Dito mais incisivamente: a moldura penal dos crimes há de nos dizer “cuál es la posición de un bien jurídico en relación con otro”⁵⁵.

Sobre a questão, diz-nos Patricia S. Ziffer⁵⁶ que: “Dreher ha sostenido que el marco penal configura una escala de gravedad continua en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y de crecimiento paulatino.”⁵⁷

A principal consequência dessa escala de gravidade contínua, segundo a autora⁵⁸, é parametrizar o limite inferior para casos mais leves, intermediários para tais casos, bem como, no máximo para casos mais graves. Mas isso também não passa

53. Utilizamos a ideia de que tais bens ou valores “aparentam possuir” relevância social apenas para que deixemos em evidência o fato de que determinados tipos legais de crime (são criados ou) persistem no ordenamento não propriamente por destacada relevância social, mas por pura conveniência política. Veja-se, por exemplo, a contravenção do jogo do bicho no Brasil. Prática, aliás, já absorvida socialmente, mas que permanece tipificada pelo art. 58 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941.

54. Não teremos espaço para as inúmeras teorias que estão relacionadas às finalidades das penas, até mesmo porque fugiria ao nosso propósito, razão pela qual nos utilizamos de uma perspectiva mais palmar. De todo modo, a ideia de legitimação da pena está ligada à sua própria finalidade. Sobre tais teorias, de maneira concisa e rigorosa, recomenda-se: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2012, p. 43 e ss.

55. ZIFFER, Patricia S., 2013, p. 37.

56. ZIFFER, Patricia S., 2013, p. 37.

57. Dreher tem defendido que o quadro penal configura uma escala de severidade contínua em que o legislador estabelece todos os casos possíveis, dos mais leves aos mais graves que se possa conceber, e de crescimento gradativo (tradução livre).

58. ZIFFER, Patricia S., 2013, p. 38.

imune às críticas, tendo em vista a dificuldade em se mensurar o grau de sofrimento humano que a imposição de uma pena inevitavelmente proporciona.

Desse modo, o que, na realidade, há de significar o tempo de prisão sobre uma pessoa?⁵⁹ Para François Ost⁶⁰, o tempo “apresenta uma realidade objectiva, tão bem ilustrada pelo curso das estrelas, pela sucessão do dia e da noite, ou pelo envelhecimento do ser vivo”. Assim como, prossegue o autor, “também é verdade que depende da experiência mais íntima da consciência individual que pode experimentar um minuto de relógio, ora como tempo interminável, ora como como instante fulgurante”. A resposta, portanto, depende das circunstâncias. Como não nos deixa esquecer Albert Einstein⁶¹:

“quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – Isso é relatividade.”⁶²

Se sustentarmos, por exemplo, a ideia de que a pena essencialmente serve para ressocializar⁶³, o que se deve fazer se tal desiderato for constatado antes do tempo

59. Reflexões a esse respeito podem ser exploradas com alguma profundidade em: MOSCONI, Giuseppe, 1997.

60. OST, François, 2001, p. 12.

61. EINSTEIN, Albert, 2002, p. 100.

62. Sobre as perspectivas sobre o tempo e sua medida é inolvidável a observação do poeta português Fernando Pessoa: “Não sei o que é o tempo. Não sei qual a sua verdadeira medida, se é que a possui. A dos relógios, sei que é falsa. Divide o tempo especialmente, de fora. A das emoções, sei que é falsa: não divide o tempo, mas a sensação do tempo.” (PESSOA, Fernando, 1988, p. 222. Mais desenvolvidamente, de onde, aliás, retiramos a passagem supra, com a perspectiva de que “o tempo é antes do mais uma construção social – e, logo, uma questão de poder, uma exigência ética e um objecto jurídico”, recomenda-se: OST, François, 2001, p. 12-24.

63. É certo que, propositalmente, renunciamos ao desenvolvimento de uma análise acurada das finalidades da pena. Abrir esse debate nos pareceu alongar demasiadamente a problemática proposta. Ainda que julguemos importante essa discussão, manter o foco especificamente na mensuração da pena, legitimada ou não por suas alegadas finalidades, é providência que se impõe pela natureza da presente investigação. Assim, legitimada ou não, a pena é uma realidade, de modo que discutir critérios para sua mensuração parece ser providência mais urgente e necessária no presente estágio evolutivo. Como se estivessemos tentando articular uma espécie de política de “redução de danos”. Talvez numa tese de doutoramento todos esses temas devessem estar exaustivamente dispostos no desenvolvimento da pesquisa. O exemplo e o raciocínio que se desenvolve sucintamente

que lhe foi determinado? Resta-nos evidente que, seja como for, “pena é tempo e tempo é pena”⁶⁴. Não é por mero acaso que, amparado em R. Sue, a obra de François Ost⁶⁵ destaca que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em posição de impor aos outros componentes sociais a sua construção temporal”.

Nessa senda, diz-nos Ana Messuti⁶⁶ que, para os penalistas, os questionamentos que fizemos parecem estar no âmbito de tema abstrato, pontualmente vinculados a problemas que os preocupam. A autora observa que “cuando se habla del tiempo de la pena se habla de números, como si los números pudieran decirnos algo de lo que sucede durante el tiempo que miden”⁶⁷, como se a pré-compreensão do tempo de pena se referisse apenas a um cálculo.

A realidade é que, como bem observa Vincenzo Guagliardo⁶⁸, “la lógica de la memoria adulta se encuentra en el transcurso del tiempo, procede de acuerdo con una secuencia que nos viene de la lectura del calendario, del reloj”⁶⁹. Segundo o autor, os muros dos espaços de encarceramento são famosos pelos símbolos que registram os dias lá vividos. Nesse contexto, para ele:

“perderse en el tiempo es como perderse en el espacio. El encarcelado descubre este lado terrible de la relatividad: mientras más largos sean los días, más cortos son los años transcurridos puesto que si el espacio físico que se nos concede es restringido, el tiempo no vuela, sino que se dilata en la monstruosidad del segundo que nunca termina.”⁷⁰

adiante servem apenas ilustrar as dificuldades argumentativas no âmbito da problemática proposta.

64. PASTOR, Daniel, 2002, p. 85.

65. OST, François, 2001, p. 27; SUE, Roger, 1994, p. 20.

66. MESSUTI, Ana, 2012, p. 34-35. Como há de se perceber, para a autora, o tempo se constitui no mais destacado significante da pena. Em língua portuguesa: MESSUTI, Ana, 2003, p. 33 e ss.

67. Ao falar sobre o tempo de punição, estamos nos referindo a números, como se os números pudessem nos dizer algo sobre o que acontece durante o tempo que eles medem (tradução livre).

68. GUAGLIARDO, Vincenzo, 2013, p. 169.

69. A lógica da memória adulta encontra-se no decorrer do tempo, segue uma sequência que nos chega da leitura do calendário, do relógio (tradução livre).

70. Perder-se no tempo é como se perder no espaço. O prisioneiro descobre esse lado terrível da relatividade: quanto mais longos os dias, mais curtos os anos decorridos, pois se o espaço físico que nos é concedido é restrito, o tempo não voa, mas se expande na monstruosidade do segundo. Isso nunca acaba (tradução livre). Ver GUAGLIARDO, Vincenzo, 2013, p. 169.

Embora existam inúmeras controvérsias sobre esses critérios a respeito das consequências do tipo legal de crime, é possível apontarmos pelo menos um consenso: é fundamental a existência de limites máximos quando se impõem (legal ou judicialmente) sanções penais, especialmente, quando se trata de privar alguém da liberdade. O mesmo já não se pode dizer com relação aos limites mínimos, cuja necessidade tem sido discutida. A baliza mínima seria “una inconveniente limitación de los poderes jurisdiccionales que debieran ser amplificados en pos de la búsqueda de una pena más equitativa”⁷¹.

Essa não é, por exemplo, ao que podemos perceber, a perspectiva acolhida por Claus Roxin⁷², para quem a falta de limitação – no caso aqui discutido, a mínima – violaria uma exigência fundamental do princípio da legalidade, porquanto não permitiria ao cidadão “una estimación de las consecuencias que pueden afectarle”. Para o autor, ainda que, ao que nos parece, não tenha enfrentado o problema que propusemos aqui frontalmente, seria inadmissível um tipo legal de crime com uma pena do tipo *indeterminada*, uma vez que esta não seria capaz de proporcionar aos cidadãos “una garantía suficiente frente a la arbitrariedad”⁷³.

O legislador, ainda segundo Roxin⁷⁴, que se encontra pouco ciente dos problemas nesse âmbito, deverá atuar “según consideraciones preventivas de diferente naturaleza, y su actividad sólo está limitada por las normas constitucionales que le impiden fijar [entre outras] penas cruéis”⁷⁵. Por conta disso, o que também nos é dado concluir sem sobressaltos, por ora, é que os únicos critérios que realmente nos são apresentados como relativamente claros, e que podem ser encontrados nos ordenamentos (ditos democráticos), estão relacionados com as suas vedações.

No caso da legislação portuguesa, não podem ser estabelecidas pena de morte (art. 24.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.º da CRP), com carácter perpétuo ou de duração

71. FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS, Pablo, 2009, p. 298. Sobre a questão, recomenda-se ainda: FERRAJOLI, Luigi, 1995.

72. ROXIN, Claus, 1997, p. 174.

73. “Uma estimativa das consequências que podem afetá-lo.” Para o autor, ainda que, ao que nos parece, não tenha enfrentado de frente o problema que aqui propomos, seria inadmissível um tipo jurídico de crime de pena indeterminada, pois este não seria capaz de proporcionar aos cidadãos “uma garantia suficiente contra a arbitrariedade” (tradução livre). Ver GUAGLIARDO, Vincenzo, 2013, p. 169.

74. ROXIN, Claus, 1997, p. 175.

75. De acordo com considerações preventivas de natureza diferente, a sua atividade é apenas limitada pelas normas constitucionais que a impedem de estabelecer [entre outras] penas cruéis (tradução livre). Ver ZIFFER, Patricia S. 2013, p. 40.

ilimitada ou *indefinida*⁷⁶ (art. 30.º da CRP). Ademais, em linhas gerais, no Código Penal português, vê-se que a pena de prisão deverá ter, “em regra, a duração mínima de um mês e a duração máxima de vinte anos”. Seu limite máximo será “de vinte e cinco anos nos casos previstos na lei” e “em caso algum pode ser excedido o limite máximo referido no número anterior”⁷⁷.

A propósito, é possível encontrarmos menções muito genéricas à moldura penal ideal nas atas de revisão do Código Penal português. Na parte geral, por exemplo, vê-se: “Mas não mostremos um arsenal apenas aparente, ameaçando com coisas gravíssimas, que depois vem a verificar-se serem só para casos muito contados. Nem se tenha medo da benevolência, pois não é ela que irá motivar o aumento da criminalidade.” Como disse Montesquieu, “quando se examina a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela resulta da *impunidade* dos crimes e não da *duração* das penas”⁷⁸. Já em sua parte especial, tem-se que:

“O significado antropológico da medição do tempo alterou-se radicalmente nos nossos dias. A vida adquiriu um ritmo tão rápido que não suporta penas tão pesadas como as praticadas anteriormente. O limite a partir do qual a pena prejudica ou inutiliza a recuperação social do delinquente tende a diminuir.”⁷⁹

A conviver com essa escassez de parâmetros seguros que nos permitam acessar a efetiva motivação legislativa quando da confecção da *moldura penal*, é que a história da pena em abstrato vem se desenvolvendo, razão pela qual José Luis Díez Ripollés⁸⁰, inspirado em Manuel Atienza, propõe que:

“de uma forma ou de outra, a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas.”

Antes, porém, José Luis Díez Ripollés constata:

“a comprovação de que em sua elaboração houve uma adequada participação cidadã e de que foram averiguadas as opiniões da sociedade lhe confere bases de

76. Ou, se quisermos, *indeterminada*, na exata medida da preocupação de Roxin que anteriormente explicitamos.

77. Veja-se o inteiro teor do artigo 41.º do Código Penal português.

78. PORTUGAL, 1965, p. 275.

79. PORTUGAL, 1965, p. 17.

80. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 93.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

racionalidade ética; a verificação de que foram realizados os correspondentes estudos prévios sobre a realidade social sobre a qual irá incidir, os objetivos a perseguir, os meios de que dispõe e as possíveis conseqüências da decisão legislativa deveriam assegurar um grau aceitável de racionalidade teleológica e pragmática; a coerência com o resto do ordenamento jurídico promoverá uma racionalidade lógico-formal.”⁸¹

O que nos parece é que não existem critérios seguros de mensuração da pena em abstrato. Uma das hipóteses que nos é possível sustentar⁸² é a de que, a partir do século XVIII, quando se deflagra o processo de codificação⁸³, sobretudo na Europa, os legisladores criaram punições partindo de critérios extremamente subjetivos que não fundamentavam adequadamente. Tanto é assim que as motivações sobre a moldura penal são praticamente inexistentes nesses documentos. As legislações posteriores, por sua vez, referiam-se a essas codificações, sem que se preocupassem dedicadamente com a verificação desses critérios, apenas aumentando ou diminuindo as molduras que já existiam, o que nos leva, em dada medida, ao quadro atual.

Como descrito por Nils Christie⁸⁴, “the difficulty is the absence of data: the deterrent impact of an untried scale of penalties is not known. It will be necessary to choose the scale’s magnitude on the basis of surmise – on a best guess of what its deterrent effect is likely to be”⁸⁵. E prossegue:

81. DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, 2005, p. 90.

82. Devemos, aliás, a referida hipótese, a Clécio Lemos, jurista capixaba, que gentilmente nos ajudou a refletir criticamente sobre o assunto.

83. Que é também quando a prisão se institucionaliza como uma espécie de pena.

84. A dificuldade é a ausência de dados: não se conhece o impacto dissuasor de uma escala de penalidades não experimentada. Será necessário escolher a magnitude da escala com base em suposições – em um melhor palpite de qual provavelmente será seu efeito de dissuasão (tradução livre). Ver CHRISTIE, Nils, 2007, p. 51. Devemos também a lembrança da obra de Nils Christie ao jurista capixaba Clécio Lemos.

85. No processo editorial de avaliação do presente artigo, pensamos que deve inquietar também o que se observou em um dos pareceres: a “intangibilidade dos efeitos preventivos da pena de um modo geral, especialmente, se considerarmos todas as dificuldades impostas pelas cifras ocultas e as outras razões que interferem no processo decisório de se cometer ou não determinados crimes (as quais, inclusive, são muito variáveis conforme a natureza da infração penal que se tem em consideração)”. Aprofundar essas questões demandaria um espaço e um tempo do qual não dispomos no presente contexto, e seria ampliar demais os objetivos já delineados.

“Once a scale has been implemented, with its magnitude chosen in somewhat arbitrary fashion, it can then be altered with experience. If the magnitude selected leads to a substantial rise in overall crime rates, an upward adjustment can be made (within the upper bounds of commensurate deserts). If no such rise results, it would then be appropriate to experiment with further reductions diminishing the scale’s magnitude in stages and observing whether any significant loss of deterrent effect occurs.”⁸⁶

Contudo, por pior que seja esse quadro, o legislador nacional deverá ter por certo que é no respeito das características vinculadas à legalidade que a pena começa a encontrar seu amparo de validade. Assim, longe de tais parâmetros, ela já não passa de puro arbítrio, o que não é de se tolerar em ambiente pretensamente democrático. Como se não bastasse toda essa complexidade, a disseminação e a valorização dos tratados a partir do fim da Segunda Grande Guerra fizeram com que os legisladores nacionais passassem também a ter de observá-los (*pacta sunt servanda*) nesse processo de estabelecimento de crimes e de penas⁸⁷.

Seja como for, embora tenhamos claramente focado na crítica pela ausência de critérios seguros na determinação da pena em abstrato, o debate sobre a construção de tais critérios é urgente – que é, aliás, o que esse texto pretende estimular –, e, sem dúvida, deve levar em conta, por exemplo, o tipo de bem ou valor ofendido, a expectativa de vida das pessoas em cada país, as condições do cárcere, entre tantas outras que certamente serão apresentadas na medida em que o tema receber a atenção que merece.

3.1. *Um enfoque na competência penal da União Europeia*

No caso específico de nosso interesse – para irmos direito ao ponto –, o Tratado de Lisboa (2007) conferiu à União Europeia uma responsabilidade há muito

86. Uma vez que uma escala tenha sido implementada, com sua magnitude escolhida de forma um tanto arbitrária, ela pode ser alterada com a experiência. Se a magnitude selecionada levar a um aumento substancial nas taxas gerais de criminalidade, um ajuste para cima pode ser feito (dentro dos limites superiores dos desertos comensuráveis). Se não houver tal aumento, seria apropriado experimentar novas reduções diminuindo a magnitude da escala em etapas e observando se ocorre alguma perda significativa do efeito dissuasor (tradução livre). Ver CHRISTIE, Nils. 2007, p. 51. Devemos também a lembrança da obra de Nils Christie ao jurista capixaba Clécio Lemos.

87. No caso de Portugal, a necessidade de cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país recebe a guarida do art. 8.º da Constituição da República.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

desejada⁸⁸, tendo, enfim, sido essa plasmada no art. 83, 2, do Tratado, sobre o Funcionamento da União Europeia, que estabelece:

“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 objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76º.”

Segundo Pedro Caeiro⁸⁹ – é bom que deixemos claro desde o início –, “a UE não goza do poder de emanar normas penais com eficácia imediata, tendo apenas competência para impor aos Estados-Membros deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade”. A União Europeia dispõe, portanto, ainda na perspectiva do autor, de uma jurisdição *prescritiva*, e não judicativa ou executiva, jurisdições pelas quais os Estados Membros exercem suas soberanias. Apesar disso, um sistema punitivo próprio, federativo, relativamente independente, seria um dia possível? Seria realmente eficaz? Essas são questões que extrapolam nossas pretensões aqui, mas que nos ajudam a perceber que, diante dessa (nova) competência, é preciso que o legislador europeu tome os cuidados para manter uma necessária coerência sistêmica.

Percebe-se nitidamente que a ideia de dar *eficácia* à execução das políticas gestadas pela União Europeia permeou o advento do (novo) dispositivo. Foi esse, sem dúvidas, o seu principal motor⁹⁰. Mas, mesmo antes do Tratado de Lisboa, cumpre-

88. E é somente a partir daí que se pode falar em uma competência penal da União Europeia, em um direito penal, digamos que, em sentido próprio. Além disso, não percamos de vista que a consagração de tal competência é fruto de cobranças pela eficácia do direito europeu que podem, aliás, ser constatadas em julgamentos paradigmáticos no Tribunal de Justiça da União Europeia. A propósito, o direito penal europeu, reconheça-se, tem seu desenvolvimento vinculado às decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Vejam-se, por exemplo, os acórdãos do *ambiente*, de 13 de setembro de 2005, e o da *poluição*, de 23 de outubro de 2007, ambos do mencionado tribunal. O debate em torno dessa competência, portanto, é antigo. A esse respeito, recomenda-se ainda: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2006, p. 1213-1258. Ainda sobre a importância do papel do tribunal mencionado, recomenda-se: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2007, p. 387-413.

89. CAEIRO, Pedro, 2012, p. 181-182.

90. Nesse sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda, 2018.

-nos registrar, existia – como ainda existe – uma série de ingredientes facilitadores da cooperação penal entre os Estados Membros. Partia-se do pressuposto de que, com o crescimento do mercado econômico e a intensa circulação de mercadorias e de pessoas, “os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio da criminalidade”⁹¹. Desde há muito, mirava-se o direito penal como um mecanismo de utilidade comunitária.

Diante desse olhar *esperançoso* sobre o papel potencialmente *inibidor* que o direito penal parece exercer na dinâmica social, a concessão formal da competência penal ao legislador europeu surge como uma espécie de *cereja do bolo*, fornecendo “las posibilidades de actuación del *ius puniendi* europeu a partir de la armonización *autónoma* y *accessoria* del artículo 83 y del artículo 86 TFUE en combinación con el artículo 325 TFUE, en lo que concierne a la protección de los intereses financieros de la Unión.”⁹² Mas, evidentemente, não é só sobre isso que versa o Tratado de Lisboa.

Marta Muñoz de Morales Romero⁹³, em resumo, elenca as inovações:

“En lo que al Derecho penal concierne, el Tratado de Lisboa introduce múltiples novedades como son la desaparición del Tercer Pilar y, por tanto, la comunitarización de las materias relativas a la cooperación judicial y armonización en materia penal; la sustitución de la decisión marco por la directiva como acto normativo para proceder a la aproximación de las legislaciones penales de los EE MM; la instauración del procedimiento por codecisión como cauce procedimental ordinario para la adopción de directivas penales y el consecuente aumento de los poderes del PE; el establecimiento de una base jurídica para la instauración en el futuro de una Fiscalía europea; la ampliación de competencias del TJUE para controlar la legalidad de las directivas penales; el fortalecimiento del papel de los parlamentos nacionales con la posibilidad de pronunciarse sobre el respeto del principio de subsidiariedad en el procedimiento de alerta temprana; la introducción del procedimiento de emergencia (*emergency brake*) para bloquear toda propuesta normativa penal que afecte a los derechos fundamentales de los EE MM, etc.”⁹⁴

91. RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da, 2002, p. 14-15.

92. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, 2011, p. 267.

93. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de, 2011, p. 266.

94. No que diz respeito ao direito penal, o Tratado de Lisboa introduz múltiplas inovações como o desaparecimento do Terceiro Pilar e, por conseguinte, a comunitarização das matérias relativas à cooperação e harmonização judiciária em matéria penal; a substituição da decisão-quadro pela diretiva como ato normativo para proceder à aproximação das legislações penais da EE MM; a instauração do processo de decisão conjunta como via processual

Perante as inovações, vê-se aflorar, com uma intensidade reforçada, a necessidade de harmonização entre as diversas ordens jurídicas envolvidas. Uma aproximação dos interesses nacionais junto ao interesse regional revela-se providência fundamental para que se preserve a unidade e a estabilidade do bloco que há muito tempo deixou de possuir um viés apenas econômico. Estruturam-se, ao que nos parece, as bases de um sistema punitivo próprio da União Europeia. A partir daí, assim como acontece com o legislador nacional, o legislador europeu deverá ter em conta que a construção de uma espécie de *parte especial do direito penal comunitário* precisa começar a se organizar para evitar problemas de coerência intrínseca⁹⁵.

No entanto, um processo como esse, em que se discute a utilização do direito penal, deve se submeter, como é evidente, à principiologia básica do próprio direito europeu, notadamente aos princípios da *subsidiariedade* e da *proporcionalidade*⁹⁶.

É a partir daí que tais princípios (subsidiariedade e proporcionalidade) ganham demasiada importância. Esse não é um campo que nos pareça devidamente explorado, em boa medida, pela doutrina, que tem se debruçado com pouca frequência sobre o assunto, mesmo porque, cumpre-nos reconhecer, essas questões são relativamente recentes em comparação com o direito da União Europeia. E é justamente por isso que uma atenção redobrada é devida ao tema, incluindo-se nesse contexto o

ordinária para a adoção de diretivas penais e o consequente aumento das competências do PE; o estabelecimento de uma base jurídica para a futura criação de uma Procuradoria Europeia; a extensão dos poderes do TJUE para controlar a legalidade de diretivas criminais; reforço do papel dos parlamentos nacionais com a possibilidade de se pronunciarem sobre o respeito do princípio da subsidiariedade no procedimento de alerta precoce; a introdução do procedimento de emergência (freio de emergência) para bloquear qualquer proposta de regulamentação penal que afete os direitos fundamentais dos Estados Membros, etc. (tradução livre).

95. Algumas das questões sobre a necessidade de manutenção dessa coerência sistêmica na parte especial dos códigos podem ser encontradas em: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, 2014. Em sentido mais crítico e conciso: FARIA COSTA, José de, 2004.

96. Pela natureza ensaística do presente trabalho, não nos debruçaremos mais do que o necessário sobre tais princípios; no entanto, para uma perspectiva um pouco menos palmar, recomenda-se: BERNARDI, 2012. Atente-se ainda que tais princípios, por evidente, articulam-se com a difundida ideia do *primado do direito europeu*, que, aliás, tem sido a base de funcionamento da União Europeia, e, que, por sua vez, é a base da ideia da eficácia do direito europeu. É, aliás, o que se consagrou a partir do acórdão Costa v. Enel, de 15 de julho de 1964, do Tribunal de Justiça da União Europeia. Veja-se ainda: MARTINS, Patrícia Frágoso, 2006. No entanto, mesmo para esse direito comunitário, como é óbvio, podem existir alegadas limitações, ou se quisermos, “contralimites”, conforme se tem discutido atualmente no âmbito do caso Taricco I e II. Recomenda-se: BERNARDI, Alessandro, 2017.

princípio da *atribuição*, plasmado no art. 5º, 1, do Tratado da União Europeia⁹⁷, que nos remete à própria base jurídica do direito da União Europeia.

Tanto é assim que, em maio de 2008, com o intuito de “fixar as condições de aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade consagrados no artigo 5º do Tratado da União Europeia, bem como a instituir um sistema de controlo da aplicação dos referidos princípios”, a União Europeia vê a necessidade de emitir um Protocolo (n. 2), e o faz, relativo à aplicação dos princípios já mencionados, instituindo regras essencialmente procedimentais quanto às suas efetividades⁹⁸. Logo na sequência, em 2009, um grupo de juristas de diversas nacionalidades fez publicar um manifesto, *The Manifesto on European Criminal Policy*⁹⁹, com preocupações sobre os possíveis rumos de um direito penal comunitário.

Em setembro de 2011, tendo por objetivo uma política penal “coerente e homogênea até 2020”, faz-se publicar uma comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, cujo título diz: “Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE”. No instrumento, além de se destacar o respeito à proporcionalidade e à subsidiariedade, reconhece-se, sem rodeios, que o uso do direito penal pode vulnerar direitos fundamentais, o que requer especial atenção do legislador às disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Ademais, a referida comunicação destaca também que, “ao abrigo do artigo 83.º do Tratado, a legislação da UE relativa à definição das infracções e das sanções penais limita-se a ‘regras mínimas’”, e esclarece que “esta limitação exclui uma harmonização total”. Nela, diz-se ainda que “ao mesmo tempo, o princípio da segurança jurídica exige uma definição clara do comportamento que deve ser considerado infracção”. E, adiante, conclui:

97. UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF]. Acesso em: 05.11.2022.

98. UNIÃO EUROPEIA. Protocolo (n. 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F02]. Acesso em: 05.11.2022.

99. Entre os quais, os Professores Doutores Luigi Foffani, da Universidade de Modena, em Itália, e Adán Nieto Martín, da Universidad de Castilla-La Mancha, em Espanha. Ambos estiverem no Colóquio “Direito Penal Económico em Mudança”, realizado no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 20 de março de 2018 Cf. ZIS. *The Manifesto on European Criminal Policy – European Criminal Policy Initiative*. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf]. Acesso em: 06.11.2022.

“No que diz respeito às sanções, as ‘regras mínimas’ podem consistir em exigir um certo tipo de sanção (por exemplo: coimas, prisão, destituição de direitos), um certo nível de sanção ou impor uma definição aplicável em toda a UE do que deve ser considerado circunstância agravante ou atenuante. Em todos os casos, o instrumento da UE só pode estabelecer que as sanções devem, ‘pelo menos’, estar ao dispor dos juízes em cada Estado-Membro.”

Já em abril de 2012, o Comité Económico e Social Europeu emitiu um parecer sobre a antevista comunicação, apontando algumas de suas falhas, especialmente quanto à falta de clareza em determinados pontos. No documento, o Comité, enfaticamente, sustenta que “a Comissão teve manifestamente o propósito de lançar um debate antes mesmo de definir certas noções essenciais. Daí constatar-se uma certa falta de clareza na comunicação”. O órgão arremata dizendo não ter:

“dúvidas quanto ao alcance político do documento, mas lamenta que o debate não possa fundar-se, como teria desejado, em bases sólidas. Salienta, nomeadamente, a complexidade de uma distinção, aliás necessária, entre as noções de sanção penal e de sanção administrativa, interrogando-se o que se entende por ‘violação grave’ do direito da União.”¹⁰⁰

Diante de todo esse instrumental disponibilizado, importa-nos questionar uma vez mais: caso sejam entendidas como *necessárias*, quais os critérios para a fixação das balizas (mínima e máxima) das penas de prisão? Isso não resta claro. Argumentou-se, por exemplo, naquela comunicação da Comissão Europeia, que “as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção”. Mas como irá o legislador europeu realizar tal mensuração de maneira a respeitar a proporcionalidade e a segurança jurídica no âmbito dos Estados Membros? Como se perceberá, mesmo em se tratando do tempo de vida em cárcere, sequer se aventou levar em conta as diversas expectativas de vida entre os países que compõem a União Europeia¹⁰¹.

100. UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efetiva das políticas da UE [COM(2011) 573 final]. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012AE1045>]. Acesso em: 05.11.2022.

101. Um dos estudos mais recentes apontou que os cinco países da Europa com a maior expectativa de vida para os homens em 2030 foram: Suíça (84,0), Holanda (83,7), Espanha (83,5), Irlanda (83,2) e Noruega (83,2). Já para as mulheres o *ranking* é o seguinte: França (88,6), Espanha (88,1), Suíça (87,7), Portugal (87,5) e Eslovênia (87,4). KONTIS, Vasilis; BENNETT, James E.; MATHERS, Colin D; LI, Guangquan; FOREMAN, Kyle; EZZATI,

Afinal, para que nos conectemos mais diretamente com o parâmetro anunciado inicialmente, quais os reais fundamentos e critérios utilizados para o estabelecimento dos limites mínimos da pena máxima para os casos de *abuso de mercado* na Diretiva 2014/57/UE?

Se nos é dado reconhecer alguma coisa desde já, é o fato de que o legislador europeu, na fase que antecedeu a publicação daquela que foi sua primeira diretiva em matéria penal – que, aliás, é o que enfocaremos no capítulo seguinte –, até demonstrou preocupação quanto ao exercício dessa (nova) competência, mas não a fez valer na prática, ou seja, na primeira vez em que se pronunciou, ao que nos parece, andou mal, tendo sido demasiadamente vago e impreciso quanto aos fundamentos nos quais procura se sustentar para justificar os mandamentos de criminalização e suas respectivas penas. Não é por acaso que, no que se refere “às sanções penais no domínio do abuso de mercado”, a conclusão de Anabela Miranda Rodrigues¹⁰² é a de que a Diretiva de 2014 se constituiu em um “motivo de preocupação”.

Embora não possamos firmar aqui, de maneira incontroversa, um critério definitivo (se é que isso é possível), pelas evidentes dificuldades no desenvolvimento da dogmática a respeito da medida da pena de prisão, parece-nos ao menos possível afirmar com algum grau de segurança *o que não se coaduna* com o almejado pelos instrumentos de garantia oferecidos historicamente pela União Europeia. É, portanto, o que desenvolveremos no capítulo que segue. Partindo, como já sinalizamos, do exemplo da Diretiva 2014/57/UE, nossa contribuição crítica, com todas as vênias possíveis, vai no sentido de tentar mostrar por que os “fundamentos” que utiliza para justificar a pena de prisão são, no mínimo, bastante *discutíveis*.

4. OS ARGUMENTOS DA DISSUAÇÃO, DA EFICÁCIA E DA PROPORCIONALIDADE NO CASO PARADIGMÁTICO DA DIRETIVA (2014/57/UE) SOBRE ABUSO DE MERCADO

Em 16 de abril de 2014, instituiu-se a Diretiva 2014/57/UE sobre o abuso de mercado¹⁰³. Com o objetivo principal de preservar efetivamente a integridade do

Majid, 2017, p. 1323-1335. doi: 10.1016/S0140-6736(16)32381-9. Disponível em: [www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)32381-9/abstract]. Acesso em: 07.11.2022. Em outras palavras, há variações, algumas não tão irrisórias, que precisam ser levadas em conta na propositura de uma pena privativa de liberdade no espaço europeu.

102. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 323.

103. “(23) O âmbito de aplicação da presente diretiva está definido de modo a completar e assegurar a execução efetiva do disposto no Regulamento (UE) n. 596/2014.” Ver UNIÃO

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

mercado, como antevisto, foi a primeira vez que o legislador europeu exerceu formalmente sua (nova) competência em matéria penal. Daí nos referirmos a esta como um *caso paradigmático*. Nela, portanto, foram prescritas instruções para infrações penais como: a) o abuso de informação privilegiada e recomendação ou indução de terceiros à prática de abuso de informação privilegiada (art. 3.º); b) a transmissão ilícita de informação privilegiada (art. 4.º); c) a manipulação de mercado (art. 5.º); d) além do interesse pela instigação, cumplicidade e tentativa (art. 6.º).

Já no tocante a sanções, no artigo 7.º, a diretiva estabeleceu:

“1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas nos artigos 3.º a 6.º sejam puníveis com sanções penais efetivas, proporcionais e dissuasoras.

2. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os crimes referidos nos artigos 3.º e 5.º sejam puníveis com uma *pena máxima de prisão não inferior a quatro anos*.

3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os crimes referidos no artigo 4.º sejam puníveis com uma *pena máxima de prisão não inferior a dois anos*.”¹⁰⁴

Para justificar as providências, o legislador europeu utilizou argumentos que, como dissemos, são bastante *discutíveis*, senão demasiadamente *indeterminados*. Sustentou, por exemplo, que:

“(6) É essencial que o cumprimento das normas relativas aos abusos de mercado seja reforçado através da existência de sanções penais que demonstrem uma desaprovação social mais forte do que as sanções administrativas. A previsão de infrações penais, pelo menos para as formas mais graves de abuso de mercado, estabelece um limiar claro dos tipos de comportamento que devem ser considerados particularmente inaceitáveis e transmite ao público e aos potenciais infratores a mensagem de que estes são levados muito a sério pelas autoridades competentes.”

EUROPEIA. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 april 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596]. Acesso em: 05.11.2022.

104. Os destaques são nossos.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

Para contextualizarmos o que teria levado à conclusão apresentada no referido considerando (6), de que o uso do direito penal seria um “reforço” ao cumprimento de normas sobre o abuso de mercado, em primeiro lugar, é preciso ir aos considerandos (2) e (4), nos quais se vê destacada a *falta de poderes* de determinados agentes públicos para o enfrentamento do problema objeto de preocupação, além de se reconhecer a *falta de unidade* de um sistema de proteção que se pretende comunitário. Depois, já no considerando (3), avança-se no sentido de frisar que um relatório oferecido por um Grupo de Alto Nível havia concluído que “os regimes sancionatórios dos Estados-Membros são, em geral, fracos e heterogêneos”.

Como uma espécie de desdobramento dos argumentos expostos anteriormente, já no considerando (5), o legislador europeu, sem apresentar qualquer tipo de estudo a respeito, afirma simples e taxativamente que: “A adoção de sanções administrativas pelos Estados-Membros revelou-se, até ao momento, insuficiente para assegurar o cumprimento das normas em matéria de prevenção e luta contra os abusos de mercado.” No que se avançou para a ideia de que era o direito penal (e a pena de prisão) o ramo adequado para corrigir as falhas identificadas.

De início, como não nos deixa esquecer Anabela Miranda Rodrigues¹⁰⁵, tal como o referido pelo “Advogado Geral Ján Mazák, no seu parecer no Acórdão Poluição, ‘pode ser demasiado simples defender que o direito penal é sempre o remédio adequado para a falta de eficácia’”. Esse, aliás, é o tipo de dinâmica comumente utilizada em ambiente fértil para a disseminação de um *direito penal eminentemente simbólico*, conforme enfocamos no capítulo 2.

Diante dos argumentos apresentados nos considerandos da diretiva, cabe-nos questionar: aquelas sanções administrativas revelaram-se *insuficientes* porque não aplicadas adequadamente pelos agentes responsáveis, ou porque, mesmo aplicadas, não funcionaram como o esperado? Se, por acaso, as sanções revelaram-se insuficientes porque não aplicadas adequadamente pelos agentes responsáveis, o uso do direito penal, como é óbvio, não se vê justificado desde logo. Seria o caso de se verificar o porquê da falta de aplicação ou da aplicação inadequada das sanções de natureza administrativa. E isso não restou claro na diretiva.

Se, ao contrário, o caso for o de aplicação de tais sanções tal como o prescrito no ordenamento, mas, ainda assim, os problemas persistiram, isso também, segundo pensamos, não autoriza a pronta convocação do direito penal. Antes, seria o caso de se verificar se a sanção administrativa escolhida, pois muitas são as espécies possíveis¹⁰⁶,

105. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 323.

106. Para uma visão panorâmica sobre as possibilidades de sanção no âmbito de um direito administrativo sancionatório, recomenda-se: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS,

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

seria realmente a mais adequada para os casos com os quais se está a lidar. A imposição de uma multa, por exemplo, pode não ser tão penosa quanto a inabilitação de determinadas pessoas ao exercício de algumas atividades profissionais¹⁰⁷.

Michael G. Faure e Claire Leger¹⁰⁸ argumentam que uma política de aplicação otimizada da lei:

“should be achieved by first, using maximum monetary sanctions as well as proportional and wealth-related ones, and second, by complementing them with non-monetary sanctions, starting with the less costly ones (considering control, infrastructure, maintenance, and indirect and consequential costs) and the less restrictive ones, in order to induce a similar deterrent effect”¹⁰⁹

Ainda, segundo os autores, para alcançar a dissuasão:

“non-incapacitating, non-monetary sanctions should be used first (naming and shaming sanctions should be dealt with carefully because of the irreversible stigma they impose and their error costs and potential is proportionate consequences), followed by the economically incapacitating ones (status ban penalty, withdrawal of licenses, disqualification of managers) and lastly, by the socially incapacitating ones.”¹¹⁰

Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de, 2009. De uma maneira mais geral: NIETO, Alejandro, 2005; Sobre o uso de sanções de natureza não penal, vale a leitura de: BRANDÃO, Nuno, 2016.

107. Um sujeito que, por exemplo, retira seu sustento da profissão de motorista, que depende, portanto, da regularidade de sua carta de habilitação, normalmente, há de se sentir mais prejudicado com sua inabilitação para a direção do que com a imposição de uma multa, cujo pagamento pode ser feito mediante um empréstimo.
108. FAURE, Michael G.; LEGER, Claire, 2015, p. 403-404.
109. Deve ser alcançado, primeiro, usando sanções monetárias máximas, bem como proporcionais e patrimoniais e, segundo, complementando-as com sanções não monetárias, começando pelas menos onerosas (considerando controle, infraestrutura, manutenção e indiretos e consequentes custos) e os menos restritivos, de forma a induzir um efeito dissuasor semelhante (tradução livre).
110. As sanções não incapacitantes e não monetárias devem ser usadas primeiro (as sanções de nomeação e vergonha devem ser tratadas com cuidado devido ao estigma irreversível que impõem e seus custos de erro e potenciais consequências proporcionais), seguidas pelas economicamente incapacitantes (penalidade de banimento de *status*, cassação de licenças, descredenciamento de dirigentes) e, por último, pelos incapacitados socialmente (tradução livre).

Reforçando que a:

“Economic incapacitation should be applied to social harm (societal threats), whilst social incapacitation should be applied to economic harm (market-specific danger). Incarceration should always be the last resort, meaning that it should be based on the conclusion that other sanctions are insufficient. All the other means have to be explored and tried first.”

Assim, o recurso ao direito penal “should be considered very cautiously and not be solely based on the belief that it is actually the most coercive measure”¹¹¹.

Portanto, o que não restou suficientemente claro foi a correlação entre o que se apresentou como argumento de (pretensa) legitimação e a pronta conclusão de que as *falhas* encontradas deveriam ser *supridas* exatamente pelo uso do direito penal, bem como pela previsão da pena de prisão naqueles moldes. O contexto apresentado é preocupante justamente porque abre um espaço indevido para uma potencial expansão de nosso mais invasivo ramo jurídico no espaço europeu.

Convém questionarmos se a determinação de (novos) poderes aos agentes responsáveis pela fiscalização e a busca por uma unidade do sistema contra o abuso de mercado não poderiam ser feitas por meio do direito administrativo sancionatório. Por que, aliás, as pessoas normalmente envolvidas com essa dinâmica, ansiosas por lucro, temeriam mais a pena de prisão do que a perda definitiva do próprio patrimônio? Os argumentos utilizados pelo legislador europeu na diretiva em comento, pelas consequências que prevê (a prisão, sobretudo), não podem (nem devem) significar uma suficiente fundamentação.

Ademais, constata Anabela Miranda Rodrigues¹¹² que:

“na sua Proposta, a Comissão refere que ‘a definição de infrações e sanções penais se podem revelar úteis’ – ‘may prove to be essential’, na versão inglesa, mais expressiva do que está em causa, em minha opinião – ‘a fim de garantir a efetiva execução da legislação da UE relativa aos serviços financeiros’; e que isso ‘inclui

111. A incapacidade econômica deve ser aplicada ao dano social (ameaças sociais), enquanto a incapacitação social deve ser aplicada ao dano econômico (perigo específico do mercado). O encarceramento deve ser sempre o último recurso, o que significa que deve ser baseado na conclusão de que outras sanções são insuficientes. Todos os outros meios devem ser explorados e tentados primeiro. Assim, o recurso ao direito penal “deve ser considerado com muita cautela e não apenas baseado na crença de que é realmente a medida mais coercitiva” (tradução livre). Ver FAURE, Michael G.; LEGER, Claire, 2015, p. 404-406.

112. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2017, p. 323.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

uma avaliação, baseada em dados claros e factuais, [...] dos regimes de execução nacionais em vigor e do valor acrescentado de normas mínimas comuns no âmbito da UE em matéria de direito penal, tendo em conta os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade.”²⁸

No entanto, segundo a autora, estes “dados claros e factuais são difíceis de encontrar na proposta”¹¹³.

De acordo com Jacob Öberg¹¹⁴, é justamente a presença de dados empíricos o que poderia legitimar a utilização do direito penal no contexto analisado, ou seja, no âmbito da competência do legislador europeu. Para o autor, “Union legislator must show by empirical proof that criminal laws are more ‘effective’ than non-criminal sanctions in the implementation of a specific EU policy”. E mais: tendo em vista as consequências desse ramo do direito nas liberdades fundamentais das pessoas, em seu trabalho:

“on the basis of the Court’s rulings in Kadi II and Tetra Laval a strict procedural test for review of criminal law legislation is suggested. It entails that the EU legislator must show that the justification for exercising the EU’s criminal law competence is substantiated by relevant evidence.”¹¹⁵

Resta claro o uso da força retórica do direito penal quando, no considerando (6), o legislador europeu, sem mais, assevera que a existência de sanções penais demonstra “uma desaprovação social mais forte do que as sanções administrativas”, e que sua mera existência teria o condão de transmitir “ao público e aos potenciais

113. No mesmo sentido, veja-se: FAURE, Michael G.; LEGER, Claire, 2015, p. 420 e ss.

114. ÖBERG, Jacob, 2014, p. 370. Recomenda-se ainda: ÖBERG, Jacob, 2014, p. 273-299. Em outra oportunidade o autor, ao analisar uma série de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, questiona: “1) What is meant by ‘effectiveness’ of Union law? 2) How can the Union legislator be sure that criminal sanctions are the most effective measure to enforce Union environmental law? 3) Does empirical evidence support the assertion that criminal sanctions are more deterrent than other sanctions?” Ver ÖBERG, Jacob, 2011, p. 405.

115. Com base nos acórdãos do Tribunal nos processos Kadi II e Tetra Laval, sugere-se um rigoroso teste processual para a revisão da legislação penal. Isso implica que o legislador da UE deve mostrar que a justificativa para o exercício da competência penal da UE é fundamentada por evidências relevantes (tradução livre). Ver ÖBERG, Jacob, 2014, p. 370. Recomenda-se ainda: Jacob, ÖBERG, 2014, p. 273-299. Em outra oportunidade o autor, ao analisar uma série de decisões do *empirical evidence support the assertion that criminal sanctions are more deterrent than other sanctions*. Ver Cf. ÖBERG, Jacob, 2011, p. 405.

infratores a mensagem de que estes são levados muito a sério pelas autoridades competentes”. Nos dois considerandos seguintes, o “esforço” é no sentido de sustentar a ideia de que a ausência de um direito penal comunitário sobre o assunto é um ingrediente que, *por si*, facilita (para não dizermos *incentiva*) o abuso de mercado, no que finalmente sustenta: “A imposição de sanções penais às infrações de abuso de mercado acarretará um efeito dissuasor acrescido sobre os potenciais infratores.”

Utiliza-se uma *lógica* predominantemente de *dissuasão* para tentar conter os conflitos encarados como graves – no caso presente, o problema do abuso de mercado. Passa-se a ideia de que é esse potencial poder de dissuasão do direito penal que pode oferecer *eficácia* às políticas públicas da União Europeia¹¹⁶, mas o impacto disso nem sequer tem sido mensurado adequadamente pelo próprio legislador penal europeu *a posteriori*. É evidente que existem avaliações periódicas realizadas pela União Europeia sobre as transposições das diretivas; extensos questionários e inquéritos são preenchidos pelos representantes dos Estados Membros, entretanto, os relatórios não estão essencialmente voltados a traduzir o grau de *eficácia* dos mecanismos criados¹¹⁷.

116. Estabeleceu-se a partir daí um padrão. Mais recentemente, no considerando (3) da Diretiva 2017/1371, de 5 de julho, que trata da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União por meio do direito penal, tem-se, por exemplo: “A fim de assegurar a execução da política da União neste domínio, é essencial continuar a aproximar o direito penal dos Estados-Membros complementando a proteção dos interesses financeiros da União ao abrigo do direito administrativo e civil contra os tipos mais graves de comportamentos ligados à fraude neste domínio e evitando incoerências tanto no interior desses ramos do direito como entre eles.”
117. Devemos a observação sobre a existência dos relatórios das transposições das diretivas e, portanto, da aplicação do direito europeu, à Senhora Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues. Os mencionados relatórios da Comissão Europeia a esse respeito podem ser facilmente encontrados em seu sítio eletrônico: [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en]. Acesso em: 21.04.2018. Na mesma oportunidade, aliás, em que expusemos em sala de aula o esboço do presente trabalho para avaliação preliminar do desempenho no curso de doutoramento (em 20.04.2018), fomos levados a refletir sobre a falta de preocupação com *movimentos de descriminalização* por parte do legislador europeu, o que nos revelaria, em se confirmando tal hipótese, a falta de apurado senso crítico com o produto de sua própria atividade. Ademais, há quem sustente que a ideia de *eficácia* das normas do direito europeu tenha ainda o potencial de resultar também em mecanismos de limitação (e até de descriminalização) para os Estados Membros. Valsamis Mitsilegas, por exemplo, aduz que “Effectiveness can lead to decriminalisation in cases where EU law places limits on national criminal law in order to ensure the effectiveness of Union law. In a number of cases, the Court of Justice has confirmed that Community law places limits on the application of national criminal law, if the latter

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382>].

Nesse passo, destacam-se as observações de Paul H. Robinson¹¹⁸, que, embora parta da experiência do direito americano, leva-nos a questionamentos que podem ser úteis nesse debate, entre os quais: *dissuade* mesmo o direito penal? Ainda que acreditemos que sim – para ganharmos tempo, partamos, pois, desse pressuposto –, seria preciso atentarmos para critérios que se compatibilizem com um ambiente de pretensão democrática, ou seja, que levemos em conta, além da necessidade, outras circunstâncias de igual relevo.

Para o autor¹¹⁹, devem-se observar questões como:

“¿Puede la formulación legal influir en la conducta? Para que el Derecho penal tenga efectos sobre las elecciones conductuales del sujeto debe responderse afirmativamente a cada una de estas tres preguntas: 1) ¿Conoce y entiende el delincuente potencial, directa o indirectamente, las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle? 2) Si las conoce, ¿hará uso de tal conocimiento en el momento de tomar sus decisiones? 3) Si conoce la norma y es capaz y está dispuesto a ser influido en sus elecciones, ¿es su percepción de sus decisiones de un tipo tal que es probable que escoja cumplir la ley antes que cometer el delito? Esto es: ¿superan los costes percibidos de la conducta delictiva como para causar la decisión de omitir la conducta delictiva?”¹²⁰

would have as its effect to limit disproportionately rights established by Community law, in particular rights related to free movement”. Ver MITSILEGAS, Valsamis, 2014, p. 421. Sendo recomendada também a leitura de MITSILEGAS, Valsamis, 2016. Nesse contexto, ainda que timidamente, no Tribunal de Justiça da União Europeia, pode-se apontar como paradigmático o acórdão do caso *Casati*, de 11 de novembro de 1981, em que se concluiu, no número 27, em tradução livre, que “as medidas administrativas ou repressivas não devem ultrapassar o âmbito do que for estritamente necessário, as modalidades de controle não devem ser concebidas de forma a restringir a liberdade pretendida pelo Tratado e não devem ser acompanhadas de uma sanção tão desproporcionada em relação à gravidade da infração que se torne um entrave a esta liberdade” Cf. UNIÃO EUROPEIA. Judgment of the Court of 11 November 1981. Criminal proceedings against Guerrino Casati. Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Bolzano – Italy. Free movement of capital – National control requirements. Case 203/80. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1525430037140&uri=CELEX:61980CJ0203>. Acesso em: 05.11.2022.

118. ROBINSON, Paul H., 2012, p. 54.

119. ROBINSON, Paul H., 2012, p. 54.

120. A formulação legal pode influenciar a conduta? Para que o direito penal tenha efeito sobre as escolhas comportamentais do sujeito, cada uma dessas três perguntas deve ser respondida afirmativamente: 1) O potencial infrator conhece e compreende, direta ou indiretamente, as implicações que a norma que pretende influenciar ele tem para ele? 2) Se você os conhece, fará uso desse conhecimento ao tomar suas decisões? 3) Se você conhece a norma

Outra das questões importantes nesse processo de criminalização e punição tem a ver com a necessidade de se observar a proporcionalidade¹²¹, o que não nos parece bem colocado na diretiva. Faria Costa¹²², aliás, sustenta que:

“é manifesto a nossos olhos – e o confronto com a experiência do ancién régime tornava isso mesmo dolorosamente patente para os homens de Setecentos –, que o primeiro segmento a possibilitar a humanização tem de arrancar da própria produção normativa, tem de se situar no próprio momento genético da actividade legiferante.”

Assim, para o catedrático de Coimbra, ao desrespeitar a proporcionalidade, impondo “sanções graves ou severas para factos insignificantes”, o legislador institui um “direito penal desumano”, com o qual, evidentemente, não se pode concordar.

A proporcionalidade, em seu sentido mais amplo, segundo Flávio Milhomem¹²³, abarca três variações, a saber: a conformidade ou adequação de meios; a exigibilidade ou necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito. Em apertada síntese, tem-se que a providência a ser adotada para a gestão do conflito deve: a) ser “*apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”¹²⁴, ou seja, é capaz de proteger efetivamente os bens ou valores pretendidos; b) apresentar-se como o último recurso à mão, ambos – a) e b) –, aliás, vinculados diretamente com a própria ideia de intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade)¹²⁵; e c) ser ajustada numa intensidade cujo “custo da intervenção penal, representado pela limitação dos direitos implicada, não seja superior ao benefício (protecção) que com ela se pode alcançar”¹²⁶.

e pode e deseja ser influenciado em suas escolhas, sua percepção de suas decisões é tal que você provavelmente escolherá seguir a lei em vez de cometer o crime? Ou seja: os custos percebidos da conduta criminosa excedem o suficiente para causar a decisão de omitir a conduta criminosa? (tradução livre).

121. Até mesmo porque se a finalidade é a proteção de bens jurídicos, a ideia de atuação proporcional surge como uma consequência natural no processo que se pretende coerente de legitimação.
122. FARIA COSTA, José de, 2000, p. 256.
123. MILHOMEM, Flávio, 2000, p. 35 e ss. Sobre o tema, embora atinente à legislação brasileira, recomenda-se também o interessante estudo de: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, 2003.
124. MILHOMEM, Flávio, 2000, p. 36.
125. MIR PUIG, Santiago, 2009, p. 15.
126. MIR PUIG, Santiago, 2009, p. 15-16.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

A propósito, não é nossa intenção aqui adentrar nas discussões a respeito da natureza jurídica da proporcionalidade (se princípio ou regra, por exemplo). Perspectivamo-la genericamente como um critério mediador entre a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente. Como destaca Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁷:

“o adequado manejo desta premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários, mas nem por isso dispensa uma intensa e abrangente discussão.”

Não nos pareceu, portanto, razoável e proporcional o legislador europeu, por meio da diretiva sobre o abuso de mercado (art. 7.º), estabelecer como critério aos Estados Membros uma pena máxima de prisão não inferior a *quatro anos* (art. 7.º, alínea 2) e uma pena máxima de prisão não inferior a *dois anos* (art. 7.º, alínea 3), quando temos crimes contra a vida no ordenamento jurídico português, por exemplo, cujos limites são menores. Ou é assim ou a vida não é, como pensávamos, o bem de maior valor na ordem dos valores que o direito penal procura tutelar num Estado de direito democrático¹²⁸. O homicídio a pedido da vítima (art. 134.º do Código Penal) ou o auxílio ao suicídio (art. 135.º do Código Penal) têm penas menores, isso para não nos alongarmos nos exemplos. Na realidade, a preocupação deveria ser com os limites máximos, não com o *piso* das penas máximas.

Por fim, não obstante a opção pela pena de prisão como um instrumento de prevenção criminal, não é de hoje que ela padece de um déficit de credibilidade. Mesmo Hans-Heinrich Jescheck¹²⁹, apesar de, em tom crítico, asseverar que a literatura própria das ciências sociais “no ha aportado todavía nada mejor”, reconhece que “en todo el mundo se advierte un escepticismo creciente frente al valor pedagógico de la pena privativa de libertad y, por ello, se tiende a su sustitución por otras penas o por un tratamiento en libertad”. O autor deixa clara sua posição quanto à ideia de “algo será mejor que el Derecho Penal”. Segundo o ex-diretor do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, a célebre profecia de Radbruch “no se ha cumplido hasta la fecha y tampoco tiene sentido esperar”¹³⁰.

127. SARLET, Ingo Wolfgang, 2005, p. 369. Numa perspectiva mais crítica a respeito, no sentido de fazer refletir sobre a possibilidade de expansão do direito penal a partir de tais critérios: D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima, 2017, p. 45-71.

128. É certo também que isso não há de se resumir numa fórmula matemática.

129. JESCHECK, Hans-Heinrich, 1981, p.19.

130. JESCHECK, Hans-Heinrich, 1981, p. 91.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como historicamente se observa, o problema da ausência de discussão aprofundada sobre o estabelecimento de critérios mais seguros para a medida da pena em abstrato tem sido negligenciado por parcela significativa da doutrina penal, o que não é difícil de ser constatado. Para tanto, basta uma simples pesquisa a respeito na base de dados dos centros mais qualificados do mundo¹³¹. O que tem sido apresentado ao público são fórmulas consagradas a partir de subjetivações estruturadas em circunstâncias completamente diferentes das que hoje vivenciamos. É preciso, portanto, reinventarmos uma *teoria da pena* que se coadune com as circunstâncias presentes de um mundo que, para além de regionalizado, está cada vez mais *globalizado*¹³².

Acentuam-se essas preocupações quando se confere a um órgão regional, como é a União Europeia, uma competência com poderes capazes de vincular os Estados Membros no processo de produção da norma penal. Pior: o que se verifica é que o legislador europeu tem dado mais atenção na definição dos crimes, ou seja, na criminalização de determinados comportamentos, do que propriamente nas questões relacionadas à justificação da pena de prisão escolhida para estes. É como se provar que a existência do crime no ordenamento já significasse, por tabela, uma justificativa sobre a pena que o acompanha. Bem sabemos que não é assim. Embora sejam ligados, crime e pena possuem *realidades* relativamente diferentes.

Como não nos comprometemos com a apresentação de fórmulas definitivas sobre o assunto – deixamos isso muito claro desde o início –, é natural que persistam ainda muitas questões relevantes em aberto.

Nossa contribuição crítica foi justamente no sentido de alertar para o fato de que ainda existem *lapsos* que precisam ser preenchidos adequadamente pela doutrina penal no processo de determinação da medida da pena em abstrato, imiscuindo-se mais comprometidamente no processo discursivo de sua quantificação, valendo-se – é o que se propõe de maneira ainda incipiente – das questões que atualmente têm sido estudadas no campo da argumentação jurídica, como lembrado por José Luis Díez Ripollés no trabalho já citado.

131. No nosso caso, por exemplo, apenas para embasar o argumento sobre a falta de material a respeito do tema, para não nos alongarmos, além da pesquisa, *in loco*, na Universidade de Coimbra (PT), estivemos ainda, entre os dias 4 e 08.03.2018, no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, em Freiburg, na Alemanha, referência em acervo bibliográfico das Ciências Criminais.

132. “Os códigos dos povos fazem-se com o tempo; a bem dizer, não somos nós que o fazemos”. Ver PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, 1992, p. 15.

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A medida da pena de prisão em abstrato: a competência penal da UE e os argumentos de pretensão legitimadora na Diretiva (2014/57/UE) sobre o abuso de mercado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197. ano 31. p. 19-60. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.382].

6. REFERÊNCIAS

- AIRES DE SOUSA, Susana. *Os crimes fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ANTUNES, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.
- BERNARDI, Alessandro. I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BERNARDI, Alessandro; CUPELLI, Cristiano (Eds.). *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti – L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*. Ferrara: Jovene, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- BRANDÃO, Nuno. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos Loureiro; CORREIA, Fernando Alves (Orgs.). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. III – Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo – *Stydia Ivridica* 104.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. In: ARROYO ZAPATERO Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Universidad Salamanca, 2001. v. I.
- CASTANHEIRA NEVES, António. O princípio da legalidade criminal – O seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, v. 1, p. 307-469, 1984.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to pain – The role of punishment in penal policy*. Oregon: Wipf & Stock, 2007.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 2007. v. I.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima ratio – uma (re)visão filosófico-constitucional da ciência do direito penal*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal. Novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. In: *IBCCrim 25 anos*, Belo Horizonte, p. 45-72, 2017.
- DE LALLA, Paolo. Note sulla coscienza giuridica. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, ano XXI, v. 21, n. 2, p. 501-540, 1978.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena – Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996. v. 1.
- EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en]. Acesso em: 21.04.2018.
- FARIA COSTA, José de. *Beccaria e o direito penal – Três estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- FARIA COSTA, José de. *Direito penal especial* (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia – Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FARIA COSTA, José de; MOURA, Bruno. A interpretação em direito penal: um *multiversum*. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 4001, ano 146, p. 96-111, nov.-dez. 2016.
- FAURE, Michael G.; LEGER, Claire. The directive on criminal sanctions for market abuse: a move towards harmonizing insider trading criminal law at the EU level? In: *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, New York, v. 9, issue 2, p. 387-427, 2015.
- FERNÁNDEZ, João Carlos Montiel. Peripécias político-criminais de la expansión del derecho penal. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. *¿Tiene futuro el derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. A medida da pena. In: *Boletim dos Institutos de Criminologia*, 2º semestre, 1939.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Algumas reflexões sobre o direito penal na ‘sociedade de risco’. In: *Problemas fundamentais de direito penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português – As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; FARIA COSTA, José de; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito penal – Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre o ‘modelo’ de determinação da medida da pena. In: *Notáveis do direito penal – Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006.
- FLEMING, Abel; LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las penas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009.
- GODINHO, Inês Fernandes. O justo e o simbólico em direito penal – Considerações a propósito da protecção penal da vida humana. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. XCII, t. I, 2016.
- GOMES, Luiz Flávio, GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo – A tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal – Contributo para uma teoria da legislação – I Parte. In: *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984.
- GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas – Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2013.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. I.
- KADRI, Omar Francisco do Seixo. *O executivo legislador: o caso brasileiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- KÖHLER, Michael. O conceito de pena – Der Begriff der Strafe. Trad. Oliveiros Guanais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 22, v. 110, set.-out. 2014.
- KONTIS, Vasilis; BENNETT, James E.; MATHERS, Colin D; LI, Guangquan; FOREMAN, Kyle; EZZATI, Majid. Future life expectancy in 35 industrialised countries: projections with a Bayesian model ensemble. *Lancet*, 389 (10076): p. 1323-1335, abr. 2017. doi: 10.1016/S0140-6736(16)32381-9. Epub, 2017. Disponível em: [www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)32381-9/abstract]. Acesso em: 07.11.2022.

- LOPES PORTO, Manuel; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Tratado de Lisboa – Anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- LOUREIRO, João Carlos. Bios, tempo(s) e mundo(s). In: FARIA COSTA, José de; GODINHO, Inês Fernandes. *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal*. Uma perspectiva integrada. Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010.
- LOUREIRO, João Carlos. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MARTINS, Patrícia Fragoso. *O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros – Dos tratados ao projecto de Constituição europeia*. Estoril: Principia, 2006.
- MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La medida del castigo – El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MILHOMEM, Flávio. O princípio da proporcionalidade como critério para a cominação de penas em abstracto. In: *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. XIV, n. 2, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 19, n. 1, jan.-mar. 2009.
- MITSOLENGAS, Valsamis. From overcriminalisation to decriminalisation: the many faces of effectiveness in European Criminal Law. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 5, Issue 3, p. 416-424, 2014.
- MITSOLENGAS, Valsamis. *EU criminal law after Lisbon: rights, trust and the transformation of justice in Europe*. Oregon: Hart Publishing, 2016.
- MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*. Navarra: Civitas, 2011.
- MOSCONI, Giuseppe. Tiempo social y tiempo de cárcel. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki; DOBÓN, Juan (Orgs.). *Secuestros institucionales y derechos humanos – La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*. Barcelona: Bosch, 1997.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- ÖBERG, Jacob. Criminal sanctions in the field of EU environmental law. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 2, n. 4, 2011.
- ÖBERG, Jacob. Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law? In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 5, n. 3, 2014.

- ÖBERG, Jacob. The definition of criminal sanctions in the EU. In: *New Journal of European Criminal Law*, v. 3, n. 3, 2014.
- OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de. *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- PESSOA, Fernando. *Le livre de l'intranquillité*. Paris: Christian Bourgois, 1988.
- POPPER, Karl. *La connaissance objective*. Paris: Aubier, 1991.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours et rapports sur le Code Civil*. Caen: Centro de Filosofia Política e Jurídica, 1992.
- PORTUGAL. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte geral. In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1965. v. I.
- ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal* – A quién debe sancionarse y en qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. 1995. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A europeização do direito penal económico – Os Acórdãos Taricco I e II do Tribunal de Justiça da União Europeia. In: *Colóquio Direito Penal Económico em Mudança*, Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 20 mar. 2018.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa – Um direito penal funcionalista? In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4004, p. 320-334, maio-jun. 2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. O Tribunal de Justiça das comunidades europeias no espaço de liberdade, de segurança e de justiça – A caminhar se faz o caminho. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 3, p. 387-413, jul.-set. 2007.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Um sistema sancionatório penal para a União Europeia: entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização. In: DOLCINI, Emílio; PALIERO, Carlo Enrico (Orgs.). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006. v. II.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia* – Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

- ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais – O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo. Condicionalidade sócio-cultural do direito penal – análise histórica. Sentido e limites. In: *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, p. 5-113, 1985.
- VIANA, Cláudia. Comentários ao artigo 41.º. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* – Comentada. Coimbra: Almedina, 2013.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal* – Parte general. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.
- ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- ZIS. *The Manifesto on European Criminal Policy – European Criminal Policy Initiative*. Disponível em: [www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf]. Acesso em: 06.11.2022.

7. LEGISLAÇÃO

- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 – relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado)*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0057&from=PT]. Acesso em: 05.11.2022.
- UNIÃO EUROPEIA. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efetiva das políticas da UE [COM(2011) 573 final]*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012AE1045]. Acesso em: 05.11.2022.
- UNIÃO EUROPEIA. *Protocolo (n. 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F02]. Acesso em: 05.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) n. 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 april 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance*. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596>]. Acesso em: 05.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF]. Acesso em: 05.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>]. Acesso em: 05.11.2022.

8. JURISPRUDÊNCIA

UNIÃO EUROPEIA. *Judgment of the Court of 11 November 1981. Criminal proceedings against Guerrino Casati. Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Bolzano – Italy. Free movement of capital – National control requirements. Case 203/80*. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1525430037140&uri=CELEX:61980CJ0203>]. Acesso em: 05.11.2022.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, de Emetério Silva de Oliveira Neto e Gustavo César Machado Cabral – *RBCCrim* 173/169-200.