

EXISTEM CONDIÇÕES PARA UM DIREITO PENAL EUROPEU?¹

ENRIQUE BACIGALUPO

Analisa-se neste artigo a possibilidade da construção de um direito penal da União Europeia à luz da futura implementação do Tratado de Lisboa. O autor aborda as dificuldades dessa construção: existência de uma dogmática nacional e não europeia ou geral; a concepção de que só uma autoridade estadual poderia impor a realidade normativa; a historicidade distinta dos Estados membros e, por fim as dificuldades linguísticas. Considera, porém, que a unificação dogmática, as semelhanças culturais e a existência de uma tradição da cultura jurídico-penal europeia comum tornam possível esse processo de unificação. Nesses termos analisa a origem e redacção do Corpus Jûris, como uma primeira tentativa de unificar de uma forma teórica e interpretativa o direito penal na Europa.

I.

A possibilidade de um direito penal europeu ou da União Europeia, ainda que seja reduzido a alguns tipos penais, ocupa-nos com alguma intensidade, pelo menos desde 1989. A questão é antes de tudo política. Tem a ver com o grau de integração que os Estados membros desejam. No entanto existem também outros tipos de argumentos que condicionam essa possibilidade a certos pressupostos que poderiam ser considerados metodológicos. Deste ponto de vista coloca-se a questão: existem condições para um direito penal europeu?

Os artigos 82 e 83 do *Tratado de Lisboa* proporcionam a base normativa para a criação de “*normas mínimas para a definição de infracções penais e de sanções em âmbitos delitivos que sejam de especial gravidade e tenham uma dimensão fronteiriça derivada do carácter e das repercussões das referidas infracções ou de uma necessidade particular de as combater segundo critérios comuns*”.

¹ Conferência proferida no dia 4 de Julho de 2008 na Escola Judicial do Consejo General del Poder Judicial (Barcelona). O texto que se publica é uma versão reelaborada de «Die Europaisierung der Strafrechtswissenschaft», colaboração do autor na *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, p. 1361 e ss., e de «Il método comparatistico e l'unità del diritto penale europeo», colaboração em *Omaggio in onore de Giorgio Marinucci*, 2006, p. 3 e ss.

Os pressupostos deste direito penal comum europeu, no entanto, tinham sido postos em causa há quase duas décadas por autores especialmente qualificados. A futura implementação do Tratado de Lisboa actualiza a necessidade de uma análise crítica ao cepticismo jurídico perante um eventual direito penal europeu. Neste sentido Helmut Coing, na Alemanha, tem mantido o argumento segundo o qual uma legislação comum no âmbito da União Europeia pressupõe uma ciência jurídica europeia comum. Nesta perspectiva as grandes codificações do século XIX não teriam ocorrido sem ciência jurídica (nesse tempo nacional) de onde provinham². Isto significa que a codificação moderna tem sido e é, na verdade, a codificação de uma dogmática determinada. Coing pensa que a ciência jurídica europeia é um ideal num momento em que “ciência jurídica dos estados da UE é nacional e não europeia ou geral”³ e que “ainda não temos um jurista europeu” nem tão pouco uma jurisprudência Europeia⁴. No entanto, reconhece Coing, na União Europeia há estados cujas tradições jurídicas são comuns: o caso da Itália, França e Alemanha, ainda que não sejam particularmente acentuadas as mesmas configurações normativas. De tudo isto Coing deduz que “a tarefa é grande: mas que daria à ciência do direito uma nova dignidade, uma vez que se ultrapassaria a vinculação aos limites estatais que Rudolf v. Jhering considerou indigna”⁵.

A tese de Coing já havia sido esboçada por Carl Schmitt, em 1949, na sua obra “A situação da ciência europeia de Direito”⁶. Disse então que “parece inadmissível e anticientífico que seja um jurista aquele que fala hoje de uma ciência europeia de direito”⁷. Na sua opinião esta foi uma consequência de que “para o positivismo, que domina há mais de um século a ciência do direito e a sua prática, apenas a norma positiva vigente é objecto da ciência do direito, ou seja, o direito estatal ou a norma imposta por uma vontade e dotada de meios coercivos. O fundamento formal do direito é a imposição que está por detrás da vontade do Estado, que naturalmente se quer impor”⁸. Por esse motivo, conclui, a partir da perspectiva do positivismo só pode existir um direito alemão, francês, espanhol, suíço, etc. Na medida em que não existe um Estado europeu e uma vontade estatal europeia não pode haver um direito europeu e tão pouco pode haver uma ciência de direito Europeia. “Em qualquer caso — conclui Schmitt — só haveria a possibilidade de investigações político-criminais e histórico-jurídicas como trabalho científicos auxiliares sem significado positivo”⁹. Schmitt resumia desta forma

² H. Coing, in *NJW*, 1990, p. 937 e ss. e 939.

³ *Ibidem*, p. 937.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, p. 941.

⁶ *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1949.

⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁸ *Ibidem*, p. 7.

⁹ *Ibidem*, p. 7.

as ideias do positivismo já expostas e criticadas um século antes por Julius v. Kirchmann. Em ambas, o direito natural foi reduzido a uma pequena parte dos comentários, exegese, monografias, etc. — Kirchmann disse que “os juristas tinham sido convertidos pela lei positiva em vermes que vivem apenas de madeira estragada”. Se a ciência do direito faz da casualidade o seu próprio objecto torna-se ela mesma casual; três palavras correctoras do legislador e bibliotecas inteiras convertem-se em lixo”¹⁰. A jurisprudência não trazia qualquer valor ao conhecimento.

O carácter nacional da ciência moderna do direito penal na Europa é hoje aceite de um modo geral¹¹. Esta ideia é, em primeiro lugar, uma consequência necessária do positivismo, através do qual, acreditam muitos, teria começado a crise da ciência do direito, pois presume-se que partir do princípio que o positivismo supõe que os conceitos científicos do direito penal são plenamente determinado pelo textos legais, e que cada código penal ou a cada direito penal corresponde uma ciência do direito. Cada código penal teria a sua própria ciência criminal. No caso da Europa, além disso, cada ciência jurídica nacional teria a sua própria língua.

Esta concepção do direito vem do século XIX. O seu expoente é Karl Binding que em 1885 afirmou que “praticamente nenhuma outra ciência depende tanto da forma da sua matéria como a do Direito”¹². Assim, concluiu, “o dia do nascimento de um novo código não é apenas um novo período histórico de Direito, mas também de sua teoria”. Este ponto de vista, nas suas versões mais extremas, praticamente identifica o objecto do conhecimento e o conhecimento do objecto. No entanto ainda hoje alguns estão certos desta concepção positivista.

No entanto, esta é uma primeira visão do positivismo, imediatamente posterior às modernas codificações de origem napoleónicas. Já em 1905, no início dos trabalhos de reforma do direito penal alemão do século XIX, aquele ponto de vista foi relativizado e o carácter internacional do movimento reformista do direito penal foi acompanhado por grandes instituições penais internacionais como a IKV e a AIDP e revelada no projecto de Carl Stoos para a unificação do direito na Suíça, na reforma italiana de 1930 e, no longo processo de elaboração, iniciado em 1911, do Código Penal Grego de 1950. Franz von Liszt, um dos mais acentuados positivistas foi também um grande impulsor do carácter supranacional das ciências criminais. Defendia, neste sentido, que o que correspondia à reforma penal “é nacional, [e, portanto] só pode ser efectuada com a presença de todas as forças invocadas pelo povo alemão” (...), “mas essa tarefa é, em certo sentido também internacional, tendo em conta que a cultura alemã se encon-

¹⁰ *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, p. 28 e ss. (citado segundo a edição de Manutius Verlag, Heidelberg, de H. H. Mayer-Tscheppe).

¹¹ K. Kuhl, in *ZStW*, 109 (1977), p. 777 e ss. (787); W. Perron, in *ZStW*, 109 (1977), p. 281 e ss. (296).

¹² *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 15.

tra no âmbito do desenvolvimento do movimento cultural geral, da mesma forma que o desenvolvimento jurídico alemão é parte do desenvolvimento jurídico geral”¹³.

Em segundo lugar, o carácter nacional da ciência do direito é baseado no *historicismo* representada por Savigny no seu famoso artigo sobre a codificação do direito civil na Alemanha¹⁴, do início do século XIX. Esta ideia é ainda hoje aceite, muitas vezes tacitamente, também no âmbito do direito penal. Pensa-se que, neste sentido — como disse Savigny — “todo o direito provém inicialmente dos costumes e das crenças do povo e, posteriormente, pela jurisprudência e, por conseguinte, sempre ao abrigo de forças internas agindo secretamente e não por virtude do arbítrio do legislador”¹⁵ referindo que isso é válido no que respeita ao direito penal¹⁶. Este argumento é dificilmente sustentável no que respeita ao direito penal europeu da actualidade. Comparando o conteúdo dos actuais Códigos Penais vigentes na Europa, especialmente na parte especial, ou seja, o catálogo de acções puníveis, mostra que há um conjunto de crimes que são basicamente comuns.

II.

Serão actualmente convincente os pontos de vista referidos no que respeita à inexistência de uma ciência europeia de direito? O meu objectivo é demonstrar que não são. Em primeiro lugar e acima de tudo: que sentido tem determinar a nacionalidade de uma ciência jurídica através do âmbito de validade territorial das normas que consubstanciam o seu objecto?

A experiência histórica de mais de um século nos permite-nos constatar que um novo código penal não significa uma nova teoria do direito penal, como pensava *Binding*, que as novas formulações de conceitos linguísticos pelo legislador não convertem uma biblioteca em lixo, como acreditava *von Kirchmann* e que os costumes e crenças têm muito mais similitude do que supunha Savigny.

O primeiro desses factos é a disseminação supranacional de conceitos dogmáticos e sobretudo do sistema conceptual da teoria do crime de origem alemã, baseada na tipicidade, na ilicitude e na culpa na Europa e fora da Europa. Tal como disse Schünemann este sistema conceptual “é hoje um dos mais importantes bens de exportação da ciência penal alemã”¹⁷. Esse

¹³ Prólogo de a *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, 1905/1908.

¹⁴ *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

¹⁵ Citado segundo a tradução de J. Diaz Garcia in Thibaut/Savigny, *La Codificación, recopilación de textos de los autores*, Editorial Aguilar, Madrid, 1970, p. 58.

¹⁶ O argumento foi assim exposto no que respeita à possibilidade de uma Constituição europeia, sustentado na inexistência de um povo europeu.

¹⁷ In B. Schunemann (Hrsg.), *Grundafragen des modernen Strafrechtssystem*, 1984, p. 1.

esquema básico impôs-se em Espanha e nos países de língua espanhola, em Itália¹⁸, na Áustria, em Portugal, na Finlândia¹⁹ e, possivelmente, também na Grécia bem como noutros países onde a codificação reflecte uma notável proximidade com o sistema penal alemão (como é o caso da Eslovénia e da Polónia). A mais provável explicação para este fenómeno encontra-se na advertência já formulada por Jean-Marie Portalis-Etienne no “Discours Préliminaire sur le projet de Code Civil” do ano IX da Revolução: “as leis positivas jamais poderão substituir o uso da razão nos acontecimentos da vida”²⁰.

A recepção das categorias dogmáticas, temos de acrescentar, não é apenas externa e superficial. Antes de tudo é a consequência da semelhança estrutural dos códigos penais, sistematizados numa parte geral e numa parte especial cujos conteúdos são semelhantes e que prevêm um catálogo das consequências jurídicas análogas. Mas o mais importante é que também é semelhante o *objecto do conhecimento das ciências penais* supostamente “nacionais”. Os principais conceitos dogmáticos de todas as variantes dogmática europeias são respostas às distinções básicas de qualquer teoria penal moderna cuja finalidade seja a aplicação prática dos direitos positivos vigentes na Europa: a distinção entre o *objectivo* e o *subjectivo*, entre os *acções* e *omissões*, entre os *responsáveis* e *não responsáveis*, entre *autores* e *cúmplices*, entre *tentativa* e *consumação*, entre as *causas que excluem a ilicitude* (que se estende a todos os participantes) e *as que só têm efeitos pessoais*. Existem também problemas comuns de política criminal que afectam o sistema de consequências jurídicas (por exemplo, a responsabilidade penal das pessoas colectivas ou o tratamento de perigosidade através de medidas de segurança). Em torno destas distinções básicas estrutura-se não só o pensamento penal continental europeu, mas também o pensamento jurídico britânico (e norte-americano)²¹. Por último, existe um debate europeu, mas também territorialmente mais amplo, sobre a *filosofia do direito penal* que se manifesta nas chamadas teorias da pena e que dura pelo menos desde o século XVII²².

Por conseguinte, *é duvidoso que não exista actualmente uma ciência europeia de direito penal*²³ e, portanto, é discutível que a tese de Coing seja cor-

¹⁸ Por exemplo, G. Bettiol, *Diritto penale*, 11.^a edición, 1982; G. Fiandaca/E. Musco, *Diritto Penale*, PG, 1985; C. Fiore, *Diritto Penale*, PG, I, 1993; G. Marinucci/E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, t. I, 1995.

¹⁹ Cf. K. Cornils/D. Frande/J. Matikkala, *Das finnische StGB*, 2006, p. 14 e ss.

²⁰ *Discours Préliminaire sur le Project de Code Civil presente le 1er. Pluiviose na IX par la Comission nommée par le Gouvernement Consulaire* [Tronchet, Bigot de Préameneau, Portalis y Meleville; la redaccion correspondió solo a Portalis].

²¹ Cf. A. Ashworth, *Criminal Law*, 5.^a edición, 2006, p. 95 ss.; G. Fletcher, *Rehinking Criminal Law*, 2000, p. 391 e ss., onde se desenvolve a possibilidade de uma teoria da acção, p. 420, do erro, p. 683 e ss., da justificação, p. 759 apoiada nas categorias alemãs. Ver também do mesmo autor: *Gramática del Derecho Penal* (traducción de Fco. Muñoz Conde), Buenos Aires, 2008.

²² Cf. a recopilação de textos de Th. Birbaum, *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, 1993.

²³ Na minha colaboração nos *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, 2006, p. 1 e ss., defendi que não obstante, o problema de uma ciência jurídica europeia de direito penal, no sentido suge-

recta. É verdade que existem diferentes sistematizações dos conceitos com que se respondem a cada pergunta, mas a ideia de que o direito penal deve ser aplicada dentro de um certo quadro conceptual é comum às diversas dogmáticas nacionais pelo menos europeias. Tais diferenças conceptuais também poderiam ocorrer, e de facto ocorrem dentro de uma única ciência nacional. Teses como as descritas por Schönemann, de que “a renúncia a qualquer construção sistemática é idêntica a uma fase embrionária permanente da ciência [jurídico-penal]”²⁴ e Hassemer, que “entre a lei e o caso concreto opera um instituto jurídico penal que, tal como com a dogmática do direito penal, não foi formulado pelo legislador: o sistema do facto punível”²⁵, são, na realidade, um valor geral, que não se limita a uma ciência jurídica interna.

Em segundo lugar, as reformas dos códigos penais têm mostrado que os conceitos dogmáticos não morrem com o fim da validade de um Código Penal. Permitam-me citar quatro exemplos: as reformas penais da Alemanha (1975), Áustria (1975), Portugal (1982), França (1992) e Espanha (1995) mostram que com a entrada em vigor do novo código penal não foi gerada uma nova teoria do Direito Penal, como supunha Binding. Isto aconteceu também na Itália, onde a chamada escola técnico-jurídico se baseou em princípios, que foram desenvolvidos na época do Código *Zanardelli*²⁶, mas que não perderam efeito após a reforma penal de 1930.

Basicamente nestes países a nova lei penal continuou a ser implementado com a ajuda dos mesmos conceitos dogmáticos que tinha servido para explicar e aplicar os códigos anteriores. O que prova que, na realidade, categorias dogmáticas não dependem de uma maneira tão estreita da lei como supôs v. Kirchmann. Por outro lado também se constata um fenómeno inverso: as categorias dogmáticas continuam a ser aplicadas uma vez reformado o direito em cujo contexto nasceram.

III.

Mas o mais importante é que o contexto filosófico em que se desenvolve a dogmática penal, tem se se quiser, tanta ou mais importância que a atribuída ao texto legal, no início de codificação. As transformações do aparelho conceptual das teorias dogmáticas que tiveram lugar durante o período de vigência do mesmo código penal mostram que a lei não é a única fonte de

rido por Hans Shultz em H. H. Jescheck/G. Kaiser, *Die Vergleichung als Methode de Strafrechtswissenschaft un der Kriminologie*, 1978, p. 7 e ss., ainda não existia. Mas esta opinião referia-se na realidade à necessidade de unificação dos métodos de interpretação do direito escrito, como pressuposto da unidade da ordem jurídico penal.

²⁴ *Loc. cit.*, p. 1 e ss.

²⁵ *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 188.

²⁶ Cf. Arturo Roço, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, 1910, in *Opera Giuridiche*, III, 1933, p. 263 e ss.

determinar os conceitos dogmáticos, ainda que nisso tenha um papel significativo. Estas mudanças podem ser exemplificadas a partir das grandes discussões relativas ao causalismo e ao finalismo e mesmo das mais recentes que dizem, respeito ao ontologicismo e ao normativismo e pouco antes às relações entre o sistema de direito penal e a política criminal. Embora esses debates tenham sido iniciados, em regra, na Alemanha, reflectiram-se sem dúvida, pelo menos em Itália e em Espanha.

Temos de reconhecer que existem diferenças nacionais no que diz respeito às relações entre os contextos filosófico-jurídico e filosófico-social e a ciência penal e que a maior ou menor interdependência entre uma e outra influencia as transformações teóricas durante a vigência da mesma lei penal. Isto é especialmente visível no caso alemão. Embora não seja possível, por exemplo, constatar em França uma discussão filosófica de carácter similar à que teve lugar na Alemanha sobre as teorias da acção, o bem jurídico ou sobre a culpa, também na teoria francesa se registaram mudanças na sistematização dos conceitos ao longo da vigência do Código de Napoleão, o que não exclui uma notória permanência dos conceitos desenvolvidos em relação ao antigo código após a reforma global do Código Penal francês de 1992.

Com efeito a teoria do delito em França foi tradicionalmente estruturada a partir da distinção entre “*elemento legal da incriminação*,” (referindo à previsão legal do crime na lei, nomeadamente o princípio da legalidade, a interpretação, a aplicação no espaço, etc.), o *elemento material* (o desenvolvimento exterior da conduta desde a tentativa até à consumação), o *elemento moral* (os elementos subjectivos como o dolo e a capacidade mental do autor), o *elemento ilícito da incriminação* (as causas de justificação)²⁷. Este esquema básico — ainda que com modificações parciais na sistematização integrando novos elementos que reduzem o fosso entre a teoria do crime francesa, alemã e italiano — permanece na obra de Roger Merle e André Vitu²⁸, de 1973, na qual no entanto, é concedido um maior desenvolvimento à ideia de culpa (com o conteúdo clássico composto de dolo e negligência e tratando as questões da capacidade de culpa sob o título “aptidão para a sanção”) de Jean Pradel²⁹, que introduz os conceitos de comportamento e resultado, de maneira aproximada à teoria alemã da acção e a de Jacques-Henri Robert³⁰, que incorpora o conceito de “interesse protegido”, em especial no domínio das “causas de exclusão” ou “factos justificadores”³¹. Em qualquer dos casos, estes desenvolvimentos sistemáticos não parecem estar associados a discussões sobre os aspectos mais gerais da ideia e do método do direito penal

²⁷ Cf. R. Garraud, *Precis de Droit Criminel*, 1.^a edición, 1898; 15.^a edición, 1934.

²⁸ *Traité de Droit Criminel*, 10.^a edición, 1973, p. 509 e ss.

²⁹ *Droit Penal General*, 12.^a edición, 1999, p. 359 e ss.

³⁰ *Droit Penal General*, 5.^a edición, 1988, p. 224 e ss. e 247 e ss.

³¹ *Ibidem*.

semelhantes aos encontrados na Alemanha, mas mostram que os conceitos científicos têm uma vida menos dependente da legislação vigente do que é comumente assumido.

IV.

Uma prova mais da tese que sustento é a elaboração do *Corpus Juris*³². Até ao advento do *Corpus Juris* a experiência histórica da unificação do direito penal na Europa tinha sido condicionada pela unificação de um Estado (de Itália em 1859 e Alemanha 1870) ou pela unificação de direitos penais locais dentro de um Estado (como na Suíça, onde a unificação se iniciou com o primeiro anteprojecto de inspiração francesa elaborado pela Comissão de 1887, que viu a luz ao mesmo tempo que o de 1893, de inspiração alemã, escrito por Carl Stoops³³). O caso da Suíça é particularmente interessante como ilustração de fundo, porque dentro do mesmo Estado os códigos penais cantonais inspiravam-se, de acordo com a língua do respectivo Cantão, nos códigos francês, alemão ou italiano³⁴. Praticamente se reproduzia, numa dimensão espacial mais reduzida, a mesma situação que actualmente existente na Europa e que existia quando se iniciaram os trabalhos de elaboração do *Corpus Juris*. O alargamento da UE a 27 Estados não alterou substancialmente a situação. Vemos que as leis penais dos novos Estados-Membros respondem em maior ou menor grau a modelos semelhantes.

Só tinha havido uma tentativa, puramente teórica, de unificação supranacional do direito penal, com base na “exigência de uma política económica unificada” das potências do centro da Europa para as quais se propôs a criação de uma *Confederação CentroEuropeia (Mitteleuropäischer Staatsverband)* defendida por, entre outros, Franz v. Liszt, em 1914³⁵. O mesmo V. Liszt referiu também a unificação do direito penal centro europeu, a saber, dos Impérios Alemão e austro-húngaro impérios, em 1917³⁶. O resultado da Grande Guerra fez perder toda a viabilidade deste projecto.

³² Versão de 1997 por E. Bacigalupo, G. Grasso, K. Tiedemann, N. Jareborg, D. Spinellis, Chr. Van den Wyngaert, M. Delmas Marty e J. Spencer. Versão de 2000 por E. Bacigalupo, M. Delmas Marty G. Grasso, J. Spencer, D. Spinellis, K. Tiedemann, J. Vervaele e Chr. Van den Wyngaert.

³³ Sobre ambos os Anteprojectos ver: A Gautier, in *Schweisersche Zeitschrift fur Strafrecht*, VII, 1894, p. 44 e ss. Em 1890 C. Stoops tinha publicado *Die schweizerischen Strafgesetzbucher zur Vergleichung zusammengestellt*, inaugurando um modelo e um método seguido imediatamente na *Vergleichende Darstellung* de v. Liszt (ver nota 13).

³⁴ Cf. L. Jimenez de Asúa, *La unificación del derecho penal en Suiza*, 1916, p. 55 e ss.; E. Hafter, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, AT, 1926, p. 26: «Nos 25 códigos penais suíços entrecruzam-se as influências nacionais e estrangeiras mais diversas de tal maneira que apenas pode falar-se de um desenvolvimento legislativo unitário»; sobre os distintos modelos dos Códigos Cantonais ver p. 28 e ss.

³⁵ Há tradução em castelhano de L. Jimenez de Asúa e Júlio Bejarano, 1915.

³⁶ Cf. *ZstW XXXVII* (1917), p. 1 e ss.

Seja qual for o valor que, como modelo legislativo comunitário, se queira atribuir ao *Corpus Juris* para a protecção dos interesses financeiros da União Europeia, a verdade é que constituiu trabalho que mais longe foi com o propósito de criar uma síntese de ciência penal com base na tradição da cultura jurídico-penal europeia³⁷ e no método comparativo, que tinha sido posto em prática por Carl Stoops, na Suíça, e Franz v. Liszt, na Alemanha³⁸.

Neste sentido, o *Corpus Juris* constitui, sem dúvida, a codificação de uma dogmática existente, tanto na parte geral, como na parte especial. As disposições do *Corpus Juris* sintetizam instituições penais da parte geral das leis penais dos Estados membros no que diz respeito ao princípio da culpabilidade e aos elementos subjectivos do crime (artigo 9.º), ao erro (artigo 10.º), à distinção entre os autores, instigadores e cúmplices (artigo 11.º), bem como à tentativa e desistência da tentativa (artigo 11.º-A), à responsabilidade por omissão por não impedimento de infracções de pessoas submetidas à sua autoridade (artigo 12.º)³⁹ e à responsabilidade penal das pessoas colectivas (artigo 13.º).

O mesmo se aplica à parte especial do *Corpus Juris*. Ali são tipificados crimes que constituem uma síntese de tipos de crimes que constituem partes especiais de códigos em vigor nos Estados membros, como a fraude de subsídios (artigo 1.º), fraude em concursos públicos (artigo 2.º), branqueamento de capitais e receptação (artigo 3.º), associação criminosa (artigo 4.º), corrupção (artigo 5.º), peculato (artigo 6.º) e abuso de poder por funcionários da União Europeia (artigo 7.º).

Nas suas versões de 1997 e de Florença de 2000, o *Corpus Juris* poderá ser visto, por isso, como uma primeira tentativa de unificar de uma forma teórica e interpretativa o direito penal na Europa. Particularmente interessante é que, na versão de Florença, os seus autores tenham ilustrado o texto com uma série explicações que se chamaram “dispositivos de aplicação”, que contêm instruções sobre o entendimento de alguns preceitos. Estes dispositivos de aplicação recordam os tempos do iluminismo do início do século XIX, em que legisladores tinham a pretensão de vincular os juízes ao texto legal proibindo a interpretação⁴⁰. Beccaria⁴¹ e Fierbach⁴² postularam — como todos recordam — a proibição da interpretação das leis penais. Os dispositivos de aplicação incluídos no *Corpus Juris* 2000 têm uma finalidade diferente da proibição de interpretação. É verdade que podem não ser bem compreendidos, a partir de uma perspectiva teórica, mas a verdade é que

³⁷ Cf. E. Bacigalupo, in G. Grasso (editor), *Prospettive di un diritto penale europeo*, 1998.

³⁸ Ver notas 13 e 33.

³⁹ Sobre a chamada “*responsabilité penal du chef d’entreprise*” e a sua total analogia com a comissão por omissão, ver E. Bacigalupo in Barbara Huber (Hrsg.), *Das Corpus Iuris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000, p. 129 e ss.

⁴⁰ Cf. sobre as proibições de interpretação das leis: S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinente I*, 2001, p. 583 e ss.

⁴¹ *Dei delitti e delle pene*, 1764, Capítulos IV e V.

⁴² *Kritik der Kleinschrodtschen Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, p. 20.

revelam uma tomada de consciência da possibilidade de uma dogmática europeia sem limites estatais e uma incipiente tentativa de a concretizar.

V.

Para além do que foi dito sobre os aspectos conceptuais de uma ciência europeia do direito penal, fica por resolver o problema, não menor, da questão da língua. É evidente que um direito penal que impõe aos cidadãos de diferentes países e idiomas diferentes o proibido e o permitido, de forma que estes possam desenvolver as suas acções, deve ser compreendido pelos seus diferentes destinatários.

O problema da diversidade linguística já não é só da Europa, tornou-se um problema global desde a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 1999. Este problema tem a ver com a garantia do *nullum crimen*.

A questão de ser possível uma ciência jurídica comum para os direitos expressos em diferentes linguagens ou que são a tradução de um texto original em várias línguas, como seria o direito penal comum europeu, continua a exigir uma explicação.

Na área das ciências naturais, especialmente aquelas que permitem uma expressão matemática, a língua pode ser problema secundário. Mas, na ciência jurídica a questão pode ser diferente. É interessante o estudo sobre este ponto feito por George Fletcher⁴³, que considera que existem expressões chave do discurso jurídico inglês que perdem o seu sentido quando são traduzidos para outras línguas, ilustrando isso com as expressões *fairness* e *reasonableness*. Observa, por outro lado “a riqueza da terminologia alemã”⁴⁴ e que os juristas de outros países têm sido capazes de expressar os conceitos jurídicos alemães nas suas respectivas línguas como o espanhol ou italiano. Mas, salienta que “não é fácil de fazer o mesmo em inglês, talvez pela autosuficiência — refere Fletcher — que lhe confere a sua autoridade em muitos sistemas jurídicos ocidentais e nos países do Extremo Oriente”⁴⁵. Expressões alemãs como *Tatbestand*⁴⁶, *Rechtswidrigkeit*⁴⁷, *Schuld*⁴⁸ ou *Zumutbarkeit*⁴⁹ não parecem ter uma clara correspondência com os respectivos termos ingleses.

No entanto não deveria ser impossível expressar conceitos jurídicos alemães em inglês nem tão pouco conceitos jurídicos anglo-americanos em alemão ou francês. É possível presumir que subjacente a algumas expressões

⁴³ *Ob. cit.*, p. 194 e ss.

⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 207 e ss.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Tipo penal.

⁴⁷ Illicitude.

⁴⁸ Culpabilidade.

⁴⁹ Exigibilidade.

se encontram formas de compreensão dos fenómenos jurídicos. Apesar de no direito penal continental o fenómeno jurídico penal ser entendido com categorias que provêm predominantemente da ciência alemã e em menor grau, francesa⁵⁰, a questão é diferente no âmbito cultural anglo-americana, onde as categorias, quer dizer a forma de pensamento e de compreensão dos fenómenos jurídicos não tenha sido influenciada por categorias do direito penal continental ainda que em última instância devam responder perante os mesmos problemas.

A tradução é, sem dúvida, um problema complexo em si mesmo⁵¹. Mas, mesmo assim, todas as questões que envolve não devem ser um impedimento para a existência de uma ciência penal europeia. Na realidade não parece que tenham sido. A tradução de conceitos da dogmática alemã em castelhano e em italiano e noutras línguas já alcançou um nível de consenso muito aceitável. Por outro lado, o aprofundamento do direito comparado permitirá saber, provavelmente, se as verdadeiras dificuldades linguísticas refletem autênticas diferenças conceptuais.

De qualquer modo, se houver diferenças, a possibilidade de as superar será parte do objecto comum de uma ciência jurídico-penal europeia.

⁵⁰ Os conceitos jurídico penais de origem francesa estão ligados à língua francesa em França, Bélgica e Suíça francesa. Provavelmente a sua influência pode ser percebida também na Holanda.

⁵¹ Cf. J. Ortega e Gasset, *Miséria y esplendor de la traducción*, in *La Nacion* (Bs.As.) 1937, citado segundo a edição bilingue de Katharina Re, DTV, 1977; G. Steiner, *Después de babel* (trad. de A. Castañon), México, 1980; U. Eco, *Dire quai la stessa cosa*, 2003.