

O princípio da legalidade penal na União Europeia e o limite do efeito direto do artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia

Celso Costa Lima Verde Leal

Procurador da República. Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília.

Resumo: O artigo fornece uma visão geral do princípio da legalidade penal na União Europeia e como este impõe limite ao direito penal europeu, especificamente sobre o efeito direto do artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia no direito penal nacional dos Estados-Membros. Será dada especial atenção aos requisitos de acessibilidade e previsibilidade inerentes ao princípio da legalidade penal europeu, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso M.A.S. e M.B.

Palavras-chave: princípio da legalidade penal; União Europeia.

Sumário: 1 Introdução. 2 A saga Taricco. 2.1 Acórdão Taricco. 2.2 Acórdão M.A.S. e M.B. 3 A proteção dos interesses financeiros da União Europeia. 3.1 Meios de proteção. 3.2 Efeito direto do artigo 325º do TFUE. 4 O princípio da legalidade europeu. 4.1 Dupla tipicidade. 4.2 Clareza da norma e impossibilidade de interpretação extensiva. 4.3 Irretroatividade de interpretação desfavorável ao arguido. 4.4 Discricionariedade da pena. 4.5 Acessibilidade e previsibilidade. 4.6 Considerações sobre o princípio da legalidade penal europeu. 5 O efeito direto do artigo 325º do TFUE e seu limite no princípio da legalidade penal europeu. 6 Exigências de acessibilidade e de previsibilidade. 7 Considerações finais.

1 Introdução

A União Europeia (UE), enquanto instituição político-administrativa, necessita de recursos para manter sua estrutura burocrática, mas,

como não pode criar e cobrar tributos diretamente, é financiada pelos Estados-Membros (EMs) que a integram, incluindo por parte de seus tributos. Assim, a proteção dos interesses financeiros da União Europeia (IFUE) impõe obrigações aos EMs que repercutem sobre os seus próprios interesses financeiros.

Ciente da importância da tutela dos IFUE, o Tribunal de Justiça, desde o caso do milho grego, vem desenvolvendo, por meio de sua jurisprudência, uma doutrina voltada à proteção dos IFUE, inclusive por meio do direito penal, fomentando a atuação do legislador europeu.

Atualmente, a principal norma de proteção dos IFUE é o artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que impõe aos EMs o dever de combater as atividades ilícitas lesivas aos IFUE através de medidas dissuasivas e efetivas que, em caso de fraude grave, devem prever penas privativas de liberdade. Trata-se de uma obrigação de resultado, não subordinada a nenhuma condição.

Por meio do acórdão Taricco, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu que o artigo 325º do TFUE tem efeito direto sobre o direito penal dos EMs (na aplicação do Direito Penal europeu) e impõe ao órgão jurisdicional nacional não aplicar, se necessário, as disposições de direito nacional que impeçam a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva aos IFUE ou caso preveja prazos de prescrição mais longos para as fraudes dos próprios interesses financeiros. Após provocação do Tribunal Constitucional Italiano (TCI), o TJUE, no acórdão M.A.S. e M.B., confirmou os fundamentos acima, reafirmando as obrigações decorrentes do acórdão Taricco, salvo se sua aplicação violar o princípio da legalidade dos crimes e das penas europeu (doravante, princípio da legalidade penal europeu).

Nesse sentido, para o TJUE, o limite do efeito direto do artigo 325º do TFUE sobre o direito penal nacional é o princípio da legalidade penal europeu, especialmente nas exigências de previsibilidade e acessibilidade. Porém, o princípio da legalidade penal europeu ainda carece de um melhor desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, o que dificulta definir de que forma atua sua proteção diante do direito penal europeu e do efeito direto do artigo 325º do TFUE.

Assim, o presente estudo pretende, analisando a jurisprudência do TJUE, identificar as principais exigências do princípio da legalidade penal europeu e de que forma atuam como um limite ao efeito direto do artigo 325º do TFUE. Para isso, será feita uma breve análise das principais questões dos acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B. Na sequência, abordaremos a proteção dos IFUE, com ênfase no efeito direto do artigo 325º do TFUE. Em seguida, buscar-se-á, na jurisprudência do TJUE, identificar as características e as exigências impostas pelo princípio da legalidade penal europeu para, por fim, tentar definir de que forma atuam como um limite ao efeito direto do artigo 325º do TFUE no direito penal dos EMs na aplicação do direito penal europeu.

2 A saga Taricco

A doutrina do efeito direto do direito comunitário sobre o direito nacional há tempo faz parte da jurisprudência do TJUE. Entretanto, até o acórdão Taricco, em direito penal, sua invocação somente era admitida para fins de beneficiar a situação do arguido. Nesse contexto, as consequências do citado acórdão, mesmo após as ponderações feitas no acórdão M.A.S. e M.B., foram inovadoras para o presente tema, o que justifica uma breve análise dos acórdãos.

2.1 Acórdão Taricco

No caso Taricco, os arguidos estavam sendo processados por associação criminosa e fraude para sonegação do imposto sobre o valor acrescentado (IVA), tributo que financia a UE. Durante o processo, o órgão jurisdicional de reenvio, antevendo que os crimes prescreveriam antes do julgamento por consequência de regra italiana que somente autoriza a interrupção do prazo prescricional por no máximo um quarto do prazo original, apresentou reenvio prejudicial que, em resumo, questionava se essa regra de prescrição era contrária ao direito da UE por impedir a responsabilização nesse tipo de crime.

Em suas conclusões, a advogada-geral (AG) Kokott apontou que o ponto central da questão era definir se o direito da UE impõe aos tribunais nacionais a não aplicação de disposição de direito interno sobre prescrição de crimes, para garantir uma efetiva punição dos

crimes fiscais lesivos aos IFUE. Ela argumentou que, apesar de os limites impostos pelos princípios gerais do direito impedirem uma interpretação *contra legem* do direito nacional, se não for possível chegar a um resultado conforme o direito da UE e garantir sua eficácia, estará autorizada a autoridade judicial nacional a não aplicar disposição contrária da legislação nacional, mesmo posterior. A AG ponderou que esse entendimento não conflita com o princípio da legalidade, por ser prazo prescricional matéria processual e porque a regra italiana é incompatível com os preceitos do direito da União, logo não deve ser aplicada pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

No julgamento do caso, o TJUE enfatizou que o artigo 325º do TFUE obriga os EMs a combater as atividades ilícitas lesivas aos IFUE através de medidas dissuasivas e efetivas, mas que, apesar da liberdade de escolha das sanções, em caso de fraude grave, devem prever penas privativas de liberdade, tratando-se de uma obrigação de resultado imposta pelo direito primário da UE, não subordinada a nenhuma condição e tendo efeito sobre o direito nacional por força do princípio do primado do direito da União. Assim, a não aplicação da disposição nacional em causa não viola o princípio da legalidade, já que apenas ampliará o prazo prescricional, não resultando em condenação por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional nem uma aplicação de uma sanção que não estava prevista nesse direito, conforme jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

O TJUE conclui que uma regra de prescrição penal, como a italiana, é suscetível de violar as obrigações impostas aos EMs pelo artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE, caso impeça a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave lesiva aos IFUE ou preveja prazos de prescrição mais longos para as fraudes aos seus próprios interesses financeiros, o que permite ao órgão jurisdicional nacional não aplicar as disposições de direito nacional.

No caso, indiscutivelmente o TJUE abordou o crime de fraude fiscal como verdadeiro crime contra os direitos humanos, no sentido de provocar graves violações dos direitos fundamentais, o que justificaria a não aplicação das regras italianas sobre prescrição (ZICCARDI CAPALDO, 2018, p. 5), interpretando o artigo 325º do TFUE no padrão

estabelecido pelo direito internacional para crimes graves contra os direitos humanos e, por consequência, numa lógica que impeça a impunidade e imponha a não aplicação de regras nacionais que resultem em impunidade.

Para o TJUE, no acórdão Taricco, mesmo um “princípio supremo” de um sistema constitucional pode ser limitado para que as normas do direito da UE possam ter plena efetividade, desde que justificada por um interesse público de significativa importância. Entretanto, ao afastar a aplicação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, conforme previsto no sistema italiano, o TJUE gerou grande insegurança jurídica no sistema penal italiano, conforme será abordado.

2.2 Acórdão M.A.S. e M.B.

Na sequência da decisão acima, a Corte de Cassação e o Tribunal de Recurso de Milão, onde tramitavam processos por fraudes graves em matéria de IVA, entendendo que a aplicação do acórdão Taricco implicaria no agravamento retroativo do regime de incriminação, incompatível com o princípio da legalidade constitucional italiano, submeteram ao TCI pedido de apreciação da constitucionalidade da norma que autorizou a ratificação e a execução do Tratado de Lisboa (TIMMERMAN, 2016, p. 792).

O TCI, antes de se pronunciar, encaminhou pedido prejudicial, argumentando que, na ordem jurídica italiana, o princípio da legalidade penal impede a aplicação do decidido no acórdão Taricco nos processos em curso, já que os prazos prescricionais constituem normas substantivas e não podem ser aplicados retroativamente em prejuízo do arguido, já que não podiam razoavelmente prever que o direito da União, artigo 325º do TFUE, resultaria na não aplicação das regras de prescrição, o que seria contrário às exigências previstas no artigo 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Para o TCI, o princípio da legalidade penal é o primeiro dos direitos inalienáveis da pessoa e deve ser considerado como um princípio supremo da ordem constitucional italiana, prevalecendo sobre as normas do direito da União em conflito.

O TCI argumentou ainda que a ordem jurídica italiana confere um nível de proteção dos direitos fundamentais mais elevado que os

artigos 49º da Carta e 7º da CEDH. Assim, o artigo 53º da Carta autorizaria o órgão jurisdicional nacional a não aplicar a obrigação estabelecida pelo TJUE. Sustentou o TCI, ainda, que o artigo 4º, n. 2, do Tratado da União Europeia permite ao órgão jurisdicional nacional desobrigar-se da obrigação estabelecida pelo TJUE por violar um princípio supremo da sua ordem constitucional, logo suscetível de afetar a identidade nacional italiana.

Sob esses fundamentos, no reenvio prejudicial, o TCI, em resumo, indagou se o artigo 325º do TFUE deve ser interpretado no sentido de obrigar o juiz penal a não aplicar as regras restritivas de interrupção da prescrição, conforme acórdão Taricco, nas seguintes situações: a) mesmo quando essa não aplicação careça de uma base jurídica suficientemente precisa; b) mesmo quando no ordenamento do EM a prescrição faça parte do direito penal substantivo e esteja sujeita ao princípio da legalidade; c) mesmo quando essa não aplicação seja contrária aos princípios supremos da ordem constitucional do EM ou aos direitos inalienáveis reconhecidos por sua Constituição.

Por fim, o TCI consignou que, caso seja mantida a decisão do caso Taricco, poderia declarar inconstitucional a lei nacional que ratifica e executa o Tratado de Lisboa e o artigo 325º do TFUE, por violação dos princípios supremos da sua ordem constitucional, exonerando os órgãos jurisdicionais nacionais da obrigação de respeitarem o acórdão Taricco, doutrina contralimites (GARNER, 2017, p. 8).

Em suas conclusões, o advogado-geral Yves Bot considerou que o entendimento do TCI é contrário ao princípio da efetividade do direito da União, e que o princípio da legalidade penal, tradicionalmente, impõe que nenhuma infração pode ser imputada e nenhuma pena pode ser aplicada se não estiverem previstas e definidas pela lei antes da prática dos atos, não sendo o princípio incompatível com o direito da UE. Apontou que o direito só é efetivo se a sua violação for sancionada e que um regime que conduza à inexistência de sanção ou a um risco evidente e grave de impunidade é contrário ao princípio do primado do direito da União e ao princípio da efetividade em que se fundamenta. O AG ressaltou a importância de que, depois de iniciado, o procedimento penal possa continuar até o seu termo, constituindo cada ato do procedimento um ato interruptivo da prescrição que faz

correr um novo prazo por inteiro, sendo o único o respeito do princípio do prazo razoável como definido pelo TEDH. Além disso, não se convenceu de que o acórdão Taricco seja suscetível de afetar a identidade nacional da República Italiana, pois não se deve confundir uma concessão na proteção de um direito fundamental com uma violação da identidade nacional.

Nesse sentido, o AG sugere uma interpretação do artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE, que exige do órgão jurisdicional nacional, atuando no âmbito do direito da UE, a não aplicação das regras limitadoras da interrupção da prescrição que impeçam sanções efetivas e dissuasoras em caso de fraude grave lesiva aos IFUE ou que prevejam prazos de prescrição mais longos para os casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros do EM. Também propõe que o conceito de interrupção da prescrição seja considerado um conceito autônomo do direito da União, definido no sentido de que cada ato do procedimento penal interrompa o prazo de prescrição, determinando a contagem de um novo prazo, idêntico ao prazo inicial, extinguindo-se o prazo de prescrição já decorrido. Quanto ao artigo 49º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), entende que deva ser interpretado no sentido de que não se opõe ao cumprimento do acórdão Taricco e não permite que a autoridade judiciária de um EM se oponha a isso, com o fundamento de que essa obrigação não respeita o nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado. Por fim, sugere interpretação no sentido de que o artigo 4º, n. 2, do Tratado da União Europeia não permita à autoridade judiciária de um EM opor-se ao cumprimento do acórdão Taricco, sob fundamento de ofensa à identidade nacional desse Estado.

No julgamento do caso, o TJUE reafirmou que o artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE obriga os EMs a combaterem as atividades lesivas dos IFUE por meio de medidas efetivas e dissuasoras análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros. Para esse objetivo, os EMs dispõem de uma liberdade de escolha das sanções aplicáveis, as quais podem tomar a forma de sanções administrativas, de sanções penais ou de uma combinação de ambas. Mas as sanções penais podem ser indispensáveis para combater, de forma efetiva e dissuasora, certos casos de fraude grave ao IVA. Assim, caso as sanções penais adotadas para reprimir as fraudes

graves ao IVA não permitam assegurar, de forma eficaz, a cobrança da totalidade desse imposto, deve-se considerar como violada essa obrigação (LUPO, 2017, p. 114).

Reiterou o Tribunal que o artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE impõe aos EMs obrigações de resultado precisas, que não estão subordinadas a nenhuma condição, cabendo aos órgãos jurisdicionais nacionais dar pleno efeito às obrigações e não aplicar as disposições internas, nomeadamente em matéria de prescrição, que, no âmbito de um processo por infrações graves em matéria de IVA, obstem à aplicação de sanções efetivas e dissuasoras para combater as fraudes lesivas dos IFUE. Por sua vez, ao legislador nacional incumbe prever regras de prescrição que permitam satisfazer as obrigações decorrentes do artigo 325º do TFUE, garantindo que o regime nacional de prescrição em matéria penal não conduza à impunidade de um número considerável de casos de fraude grave em matéria de IVA, podendo o legislador nacional prorrogar um prazo de prescrição com aplicação imediata, incluindo fatos imputados que ainda não estão prescritos, por não violar o princípio da legalidade penal.

Entretanto, o Tribunal pontuou que, à data dos fatos objeto do acórdão Taricco, o regime de prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA não tinha sido harmonizado pelo legislador da UE, o que somente ocorreu parcialmente com a Diretiva (UE) 2017/1371. Assim, naquele momento, a República Italiana era livre para prever que esse regime se inseria no direito penal substantivo e se submetia ao princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Dessa forma, quando os órgãos jurisdicionais nacionais tiverem que decidir não aplicar, em processos em curso, as disposições do Código Penal em causa, devem respeitar os direitos fundamentais dos arguidos, podendo aplicar os padrões nacionais de proteção, desde que não comprometam o nível de proteção da CDFUE conforme interpreta o TJUE, o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

O TJUE esclareceu, quanto às exigências decorrentes do princípio da legalidade penal, que o TEDH declarou que as disposições penais devem respeitar certas exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e da determinação da pena.

Assim, incumbe ao juiz nacional verificar se a aplicação dos efeitos do acórdão Taricco violaria o princípio da precisão da lei aplicável e se resultaria em incerteza, na ordem jurídica, quanto à determinação do regime de prescrição aplicável. Em caso de violação, o juiz nacional não está obrigado a aplicar os efeitos do acórdão Taricco, restando ao legislador nacional corrigir a incompatibilidade.

Concluiu o TJUE que o artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo penal por infrações relativas ao IVA, impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave lesiva aos IFUE ou que prevejam prazos de prescrição mais curtos do que os prazos para as fraudes dos próprios interesses financeiros, salvo se a não aplicação violar o princípio da legalidade, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento da infração.

Percebe-se que, na decisão, o TJUE confirmou o efeito direto do artigo 325º do TFUE, que impõe aos juizes nacionais a obrigação de não aplicar norma interna, no combate a fraudes lesivas aos IFUE, a qual impeça a aplicação de sanções efetivas e dissuasivas, na linha defendida pelo AG Bot. Entretanto, a não aplicação de norma nacional deve respeitar o princípio da legalidade penal, especialmente em suas exigências de acessibilidade e de previsibilidade (LUPO, 2017, p. 112).

3 A proteção dos interesses financeiros da União Europeia

As fraudes fiscais privam os governos dos recursos necessários para implementação dos programas sociais e culturais, bem como de fortalecer as instituições de proteção dos direitos fundamentais da população. Nesse sentido, o não enfrentamento da fraude fiscal de forma eficaz por um Estado, na medida em que impede ou atrasa a implementação dos direitos fundamentais, pode constituir uma violação das suas obrigações internacionais de direitos humanos.

No âmbito da UE, a evasão fiscal, segundo a Comissão Europeia, representa um problema enorme que afeta todos os cidadãos europeus, o

que a tem feito trabalhar ativamente para garantir que os EMs incorporem e implementem os princípios das Nações Unidas em sua legislação, como forma de impor uma punição efetiva para esse tipo de fraude (ZICCARDI CAPALDO, 2018, p. 4).

Ciente da importância da tutela dos interesses financeiros, o Tribunal de Justiça, por meio de sua jurisprudência, desde o caso do milho grego, quando impôs aos EMs a obrigação de sancionarem violações aos IFUE da mesma forma que as violações aos próprios interesses financeiros (princípio da assimilação^[1]), definiu os primeiros contornos do sistema de proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (TIMMERMAN, 2016, p. 787).

3.1 Meios de proteção

Atualmente, o artigo 325º do TFUE é a principal norma da UE voltada ao enfrentamento de fraude lesiva aos IFUE, consistindo em verdadeira base jurídica nesse tema, e, em decorrência dos princípios da eficácia^[2] e da equivalência, impõe aos EMs o dever de enfrentamento das condutas lesivas aos IFUE, por meio de medidas efetivas, proporcionais e dissuasivas que, ao menos para fraudes graves, devem ter caráter penal. Sua origem pode ser atribuída ao TJUE, por meio do acórdão milho grego, e aos esforços da Comissão desde os anos 1970 na defesa da necessidade de assegurar a proteção dos interesses financeiros comunitários através do direito penal.

Medidas efetivas, proporcionais e dissuasivas implicam num resultado triplo: a) um sistema normativo adequado, em que as disposições substantivas sejam adequadas para exercer um efeito dissuasor e de compensação; b) uma organização institucional capaz de lidar com a demanda relativa às ofensas aos IFUE; c) uma ação judicial capaz de proteger de forma eficaz, incluindo o processo penal. Trata-se de um conceito próximo ao expresso pelo TEDH no desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção focados nos artigos 2º e 3º da CEDH, relativos à regulamentação e à aplicação de sanções proporcionais e dissuasivas para proteção dos direitos fundamentais (CAIANIELLO, 2017, p. 981).

Dentre as exigências previstas pelo artigo 325º do TFUE está a de que as medidas adotadas pelos EMs para proteção dos IFUE sejam

análogas àquelas adotadas para proteção dos próprios interesses financeiros, logo contrário ao direito da UE a adoção de meios de menor eficácia para proteção dos IFUE. Em tais situações, segundo o acórdão Taricco, essas disposições restritivas devem ser afastadas, aplicando aos IFUE o mesmo nível de proteção garantido aos interesses financeiros do EM em questão.

Para enfrentamento das fraudes lesivas aos IFUE, os EMs podem utilizar o direito penal. Hoje a competência penal da UE é indiscutível para assegurar a execução eficaz de política que tenha sido objeto de harmonização (RODRIGUES, 2017, p. 13). O artigo 83º do TFUE autoriza a intervenção penal por meio de diretrizes. No campo específico de proteção dos IFUE, além da disposição geral do artigo acima, o artigo 325º do TFUE também autoriza a intervenção penal da UE. Entretanto, em relação ao artigo 325º, nada diz sobre a forma com que essa intervenção legislativa deve ocorrer (VENEGONI, 2015, p. 2).

Atualmente a Diretiva 2017/1371 trata especificamente da luta contra a fraude lesiva dos IFUE através do direito penal. Entre as mais importantes de suas disposições está o n. 2 do artigo 2º, que, expressamente, determina a aplicação da Diretiva aos casos de infrações graves ao sistema comum do IVA. Além disso, traz exigência de tipificação penal de uma série de situações que considera fraude lesiva aos IFUE (artigos 3º e 4º). Trata ainda de normas mínimas sobre prescrição (artigo 12º), entre outras.

3.2 Efeito direto do artigo 325º do TFUE

Mesmo após a Diretiva 2017/1371, um dos temas mais discutidos e controversos sobre a proteção dos IFUE é o efeito direto do artigo 325º do TFUE, conforme decidido no acórdão Taricco e confirmado, com restrições, no acórdão M.A.S. e M.B.

Ainda que não seja novidade o reconhecimento pelo TJUE do efeito direto do direito da UE em relações horizontais, ou seja, em benefício de um particular em detrimento de outro particular, ou numa relação vertical em favor do particular, isso nunca tinha acontecido numa relação vertical em favor do Estado, sobretudo em matéria penal (AMALFITANO, 2017, p. 134). Isso porque, conforme a jurisprudência

tradicional do TJUE, a falta de transposição de uma diretiva não poderia resultar em consequências prejudiciais para o arguido, que, no máximo, poderia invocar efeito direto da diretiva em seu favor (efeito direto vertical).

Para chegar à conclusão sobre o efeito direto do artigo 325º do TFUE, o TJUE se utiliza de critérios de interpretação da Diretiva 2006/112 da UE, concentrando-se na verificação da contradição substantiva da lei nacional e na necessidade de não aplicação da regra restritiva da interrupção da prescrição, como única forma de atender à obrigação de proteção dos IFUE. Assim, o TJUE, pela primeira vez, atribuiu efeito direto às disposições do artigo 325º do TFUE, sem avaliação específica da verdadeira extensão das consequências da decisão, impondo ao arguido uma posição jurídica diferente daquela que era prevista no momento do fato criminoso (AMALFITANO, 2017, p. 137).

Pelo teor de ambas as decisões (acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B.), ficou claro que o TJUE reconheceu que o artigo 325º do TFUE possui efeito direto, ainda que não tenha os requisitos que tradicionalmente sua jurisprudência exige para isso, principalmente o caráter incondicional.

Em sua decisão, o TJUE decidiu que ao artigo 325º do TFUE deve ser reconhecido efeito direto, ignorando o artigo 83º do TFUE, implicando em legitimidade das iniciativas promovidas não apenas por meio de diretivas de harmonização, mas também de regras diretas, ferramentas de jurisdição penal diretamente aplicáveis e, portanto, potencialmente violadoras da reserva legal da UE (dupla legislação) (MANES, 2017, p. 11). Nesse sentido, o princípio da eficácia do direito da UE tem como consequência que normas de direito primário da UE, fora do âmbito do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, podem ter efeitos sobre o direito penal nacional, contribuindo para criação de normas incriminadoras e resultando na neutralização ou na redução da proteção de direitos fundamentais (RODRIGUES, 2017, p. 22).

Trata-se de uma interpretação que pesa sobre o direito material da UE, já que o artigo 83º do TFUE limita expressamente os atos que podem ser adotados em matéria penal (diretivas), permitindo apenas uma intervenção penal indireta, por exigir a coparticipação dos EMs.

Por sua vez, o artigo 325º do TFUE não prevê, no entanto, limites no que diz respeito a atos usados para legitimar, o que poderia autorizar o uso de iniciativas legislativas promovidas por regulamento, com regras diretamente aplicáveis e, portanto, ampliando o potencial de ferramentas de jurisdição penal diretas (MANES, 2016, p. 7). Entretanto, as consequências desse novo entendimento do TJUE não são ainda claras.

Porém, no acórdão M.A.S. e M.B., o TJUE definiu um limite ao efeito direto do artigo 325º do TFUE: o princípio da legalidade europeu, conceito ainda não completamente definido no âmbito do direito da UE. Nesse sentido, convém analisar o princípio da legalidade europeu e de que forma impõe limite ao efeito direto do artigo 325º, nos termos da jurisprudência do TJUE.

4 O princípio da legalidade europeu

As normas da UE em matéria penal afetam diretamente os sistemas de justiça penal dos EMs, impondo a tipificação de condutas no interesse da proteção de bens da UE. Apesar das diversas normas da UE sobre direito penal, nenhuma teve por objeto específico tratar de conceitos e princípios típicos da parte geral do direito penal, sendo ainda uma expressão das tradições nacionais (VENEGONI, 2015, p. 2). Recentemente, a Diretiva (UE) 2017/1371 buscou harmonizar condições mínimas de prescrição prevendo, pela primeira vez, um mínimo a ser respeitado pelas legislações nacionais (ROSSI *et al.*, 2015, p. 113).

Diante da singularidade do sistema penal da UE, mostra-se imprescindível o desenvolvimento de princípios legais que reflitam os valores da UE e que justifiquem a própria legitimidade do direito penal europeu (SOTIS, 2007, p. 10).

Nesse contexto está o princípio da legalidade, que, apesar de integrar o ordenamento da UE, com previsão expressa na CDFUE, e de ter longa tradição nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, ainda se encontra em desenvolvimento no direito europeu (PERISTERIDOU, 2015, p. 178), em grande parte pela jurisprudência do TJUE, em constante diálogo com o TEDH.

O princípio da legalidade criminal é um instrumento jurídico exigido pelo Estado de Direito no domínio penal para afirmação e garantia da liberdade individual, enquanto expressão da dignidade humana (NEVES, 1984, p. 84), logo não pode ser ignorado por nenhum sistema de justiça criminal, seja nacional ou internacional (GALLANT, 2009, p. 405). Apesar da legitimidade da UE (artigo 83º do TFUE) parecer limitada à aproximação da parte especial do direito penal (tipificação de crime e previsão de penas), uma análise mais atenta do Estado de Direito Europeu em matéria penal parece concluir justamente em sentido oposto (LUPO, 2017, p. 112), sobretudo da análise das fontes criminais da UE e como esses conceitos são abordados pela jurisprudência do TJUE, que, de forma embrionária, iniciou um processo de harmonização dessa parte geral (ROSSI *et al.*, 2015, p. 111).

Dessa forma, é imprescindível analisar a jurisprudência do TJUE para identificar as características do princípio da legalidade penal no âmbito europeu e que proteções garante, sobretudo após os acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B.

4.1 Dupla tipicidade

O primeiro aspecto do princípio da legalidade abordado pela jurisprudência do TJUE foi a exigência de dupla tipicidade no Processo 14/86, quando decidiu que uma autoridade nacional não pode invocar, contra um particular, uma disposição de uma diretiva antes de sua transposição. Por consequência, não pode determinar ou agravar a responsabilidade criminal daqueles que atuem em violação das suas disposições. Ainda que tenha fundamento nos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica, decorre também do princípio da legalidade. Esse entendimento foi confirmado nos Processos 80/86 e C-168/95.

Anos mais tarde, no julgamento do Processo C-60/02, o TJUE declarou que o princípio da legalidade consagrado no artigo 7º da CEDH, enquanto princípio geral de direito comunitário, comum às tradições constitucionais dos EMs, proíbe a aplicação de sanções penais, mesmo no caso de a regra nacional ser contrária ao direito comunitário. O Tribunal ressaltou que o princípio da primazia, que exige que o juiz nacional interprete a legislação nacional pertinente à luz do

direito comunitário, está limitado pelos princípios gerais de direito, especialmente os princípios da segurança jurídica e da não retroatividade em matéria penal. Posteriormente, no caso Berlusconi e apensos (Processos C-387/02, C-391/02 e C-403/02), a corte reiterou a impossibilidade de invocação de diretiva, independentemente de uma lei nacional de transposição, no âmbito de procedimentos penais, para criar ou agravar a responsabilidade penal de arguido e afirmou que o princípio da aplicação retroativa da pena mais benéfica faz parte dos princípios gerais do direito comunitário (MITSILEGAS, 2015, p. 423).

O TJUE voltou a abordar a questão no caso Maria Pupino (Processo 105/2003), quando consignou que a obrigação de o órgão jurisdicional nacional se referir ao conteúdo de uma decisão-quadro, quando procede à interpretação das regras do seu direito nacional, está limitada pelos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade. Logo, é vetada uma interpretação que resulte ou agrave a responsabilidade penal com base numa decisão-quadro e independentemente de uma lei nacional.

4.2 Clareza da norma e impossibilidade de interpretação extensiva

Outra consequência do princípio da legalidade penal europeu fixada pela jurisprudência do TJUE é a imposição de clareza das normas europeias e a impossibilidade de interpretação extensiva em desfavor do arguido. Essa limitação se aplica a todos os elementos, independentemente da natureza, que sirvam para fundamentar a responsabilidade penal ou para agravá-la (DIAS, 2012).

A primeira abordagem ocorreu no julgamento conjunto dos processos C-74/95 e C-129/95, quando o TJUE decidiu que o princípio da legalidade e, mais especificamente, o da segurança jurídica obstam à criminalização de um comportamento cujo caráter condenável não resulte claramente da lei e impede que haja interpretação extensiva da lei penal em prejuízo do arguido. No acórdão do Processo C-161/2006, o Tribunal acrescentou que o princípio da segurança jurídica exige que a regulamentação comunitária permita aos interessados conhecer com exatidão o âmbito das obrigações impostas, o que apenas pode

ser garantido pela publicação devida da referida regulamentação na língua oficial do destinatário.

Já no Processo C-308/2006, o TJUE afirmou que o princípio geral da segurança jurídica e o princípio da legalidade (expressão específica do princípio geral da segurança jurídica) exigem que a legislação europeia seja clara e precisa ao definir as infrações penais, garantindo a cada indivíduo a possibilidade real de saber os atos e as omissões que resultem em responsabilidade penal e governar-se livremente em conformidade.

Por sua vez, no caso Gottfried Heinrich (Processo C-345/2006), o TJUE concluiu que o princípio da segurança jurídica exige que uma regulamentação comunitária permita aos interessados conhecer com exatidão a extensão das obrigações que ela lhes impõe, sem ambiguidade. Assim, nenhuma norma pode ser invocada contra pessoas singulares e coletivas antes da devida publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Nos casos Lafarge S.A. e P. Schindler Holding Ltd. (Processo C-413/2008), apontou o TJUE que, seguindo jurisprudência do TEDH, a clareza da lei aprecia-se não só em virtude da redação da disposição pertinente, mas também das precisões fornecidas por jurisprudência constante e publicada.

4.3 Irretroatividade de interpretação desfavorável ao arguido

Sobre a impossibilidade de retroatividade de interpretação penal desfavorável ao arguido, em *Dansk Rørindustri* (Processo C-189/02 P), o TJUE apontou que o artigo 7º da CEDH consagra o princípio da legalidade do crime e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que, segundo a jurisprudência do TEDH, opõe-se à aplicação retroativa de uma nova interpretação de norma que estabelece uma infração, sobretudo se a interpretação não era razoavelmente previsível no momento em que a infração foi cometida. Afirmou que, na jurisprudência do TEDH, o alcance do conceito de previsibilidade depende, em larga medida, do conteúdo do texto em questão, do domínio que abrange, bem como do número e da qualidade dos seus destinatários. Reafirmou o TJUE que a interpretação do direito nacional é limitada pelos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade.

4.4 Discricionariedade da pena

No Processo C-413/2008, o TJUE salientou que o fato de uma lei conferir um poder de apreciação na aplicação de penalidades não colide, em si mesmo, com a exigência de previsibilidade, desde que o alcance e as modalidades de exercício desse poder se encontrem definidos com nitidez suficiente para fornecer ao indivíduo uma proteção adequada contra o arbítrio. O Tribunal concluiu que o fato de não ser possível, antecipadamente, conhecer com precisão o nível das coimas que a Comissão aplicará em cada caso concreto não constitui uma violação do princípio da legalidade das penas, desde que existam critérios para fixação. O mesmo entendimento foi repetido no Processo C-501/2011, no sentido de que o fato de uma lei conferir um poder de apreciação não colide, em si, com a exigência de previsibilidade.

Dessa forma, extrai-se que o princípio da legalidade e a exigência de previsibilidade não impedem que a lei atribua certa discricionariedade à autoridade para aplicação da pena, desde que respeitado o decidido no Processo C-413/2008.

4.5 Acessibilidade e previsibilidade

Por sua vez, em M.A.S. e M.B., o TJUE decidiu que os órgãos jurisdicionais nacionais, quando tiverem que decidir aplicar os efeitos do acórdão Taricco, devem respeitar os direitos fundamentais dos arguidos, podendo aplicar os padrões nacionais de proteção, desde que não comprometam o nível de proteção da CDFUE conforme interpretada pelo TJUE, o primado, a unidade e a efetividade do direito da União, sobretudo os direitos decorrentes do princípio da legalidade. Nesse sentido, as disposições penais devem respeitar certas exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e à determinação da pena. Assim, se o juiz nacional verificar que a aplicação do acórdão Taricco possa conduzir a uma situação de incerteza, na ordem jurídica do EM, quanto à determinação do regime de prescrição aplicável, que viole o princípio da precisão da lei aplicável, não estará obrigado a não aplicar as disposições penais que conflitem com o artigo 325º do TFUE.

Nesse acórdão ficou decidido que o princípio da legalidade, nas suas exigências de acessibilidade e previsibilidade, constitui um limite para o efeito direto do artigo 325º do TFUE sobre as normas nacionais de direito penal.

4.6 Considerações sobre o princípio da legalidade penal europeu

O princípio da legalidade se encontra previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, em regra, como norma constitucional, consistindo em verdadeira pedra angular do sistema penal. Da mesma forma, está previsto em diversos instrumentos internacionais, com destaque para CEDH, CDFUE e Estatuto de Roma.

Entre suas inúmeras funções, uma se relaciona com a legitimidade do poder coercitivo ou permissão de uso de meios coercitivos. Em última análise, relaciona-se com a legitimidade do direito penal no ordenamento em questão. Na mesma medida, define o direito penal legítimo em oposição à força pura do Estado (PERISTERIDOU, 2015, p. 180). Logo, um sistema penal não subsiste na ausência do princípio da legalidade penal, não sendo diferente o sistema penal da UE, motivo pelo qual é tão importante identificar as características e os efeitos do princípio dentro do ordenamento europeu, ainda que não se possa dizer que se trata de uma abordagem definitiva.

Nesse sentido, após análise da jurisprudência do TJUE referida, foi possível identificar as principais características e exigências do princípio da legalidade dentro do ordenamento penal europeu. De forma sucinta, podemos extrair como exigências do princípio: a) a dupla tipicidade; b) a necessidade de clareza das normas que definem crimes e penas; c) a impossibilidade de interpretação extensiva em prejuízo do arguido; d) a necessidade de publicação das normas europeias no jornal oficial da UE e na língua oficial do destinatário; e e) a impossibilidade de interpretação retroativa de norma que defina crime ou pena em prejuízo do arguido.

A esse conjunto o acórdão M.A.S. e M.B. acrescentou as exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e determinação da pena, o que impede uma interpretação do direito da

UE, mesmo de uma norma primária como o artigo 325º do TFUE, que conduza a uma situação de incerteza em detrimento de um arguido.

Esse conjunto de obrigações é dirigido ao legislador europeu e aos aplicadores do direito da UE. Entendê-lo permitirá uma melhor aplicação do direito penal da União, impondo limites a sua expansão.

5 O efeito direto do artigo 325º do TFUE e seu limite no princípio da legalidade penal europeu

Após analisarmos o princípio da legalidade penal europeu, conforme jurisprudência do TJUE, e o efeito direto do artigo 325º do TFUE nos ordenamentos nacionais, poderemos tentar definir de que forma o princípio da legalidade pode limitar a aplicação direta do artigo 325º do TFUE no direito penal em prejuízo do arguido.

Conforme decidido no acórdão Taricco, o artigo 325º do TFUE obriga os EMs a combaterem as atividades ilícitas lesivas aos IFUE através de medidas dissuasivas e efetivas que, em caso de fraude grave, devem ter caráter penal. Essa obrigação, por se tratar de obrigação de resultado imposta pelo direito primário da UE, não se subordina a nenhuma condição e tem efeito sobre o direito nacional por força do princípio do primado do direito da União. Assim, normas nacionais suscetíveis de violar essa obrigação, impedindo a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva dos IFUE, podem não ser aplicadas, desde que não violem o princípio da legalidade europeu, conforme acórdão M.A.S. e M.B.

Passamos à análise de como o efeito direto do artigo 325º do TFUE encontra limite nas exigências do princípio da legalidade penal definido pela jurisprudência do TJUE. Ressalta-se que essa análise não se refere apenas ao decidido nos acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B. Buscar-se-á entender quais os limites genéricos da aplicação direta do artigo 325º do TFUE nas normas penais nacionais quando aplicam o direito da UE.

A UE não goza de um poder para legislar normas penais com eficácia imediata, tendo competência apenas para impor aos EMs deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade, ou

seja, a jurisdição da UE é uma jurisdição de segundo grau ou, mais rigorosamente, uma metajurisdição (CAEIRO, 2012, p. 182). Nesse sentido impõe-se a exigência de dupla tipificação.

Analisando a evolução da jurisprudência do TJUE sobre o tema, constata-se que a definição de crime e penas sempre foi um limite intransponível para o efeito direto da legislação da UE. Mesmo no acórdão Taricco, o TJUE deixa claro que não haveria violação do princípio da legalidade na medida em que a ação, fraude ao IVA, já era crime, ou, nas palavras do tribunal, que o entendimento não resultaria em condenação por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional nem uma aplicação de uma sanção que, nesse mesmo momento, não estava prevista nesse direito.

Mesmo que se aceite entendimento de que o artigo 325º, n. 4, do TFUE seria fundamento para adoção, por meio de regulamentos, de normas penais em sentido próprio, com incriminações e sanções diretamente aplicáveis, ou seja, uma jurisdição penal perfeita, apta a produzir efeitos diretos, indiscutivelmente ainda seria necessária a previsão expressa de um tipo penal e de suas penas, mesmo que, neste caso, não fosse necessária uma norma nacional. Assim, a exigência de dupla tipificação, mesmo após os acórdãos Taricco, M.A.S. e M.B., continua a ser uma exigência imposta pelo princípio da legalidade penal europeu.

Quanto à necessidade de clareza das normas que definem crimes e penas, ainda que historicamente o TJUE sempre tenha decidido no sentido de que essas normas devam ser claras e precisas, o que por consequência impediria uma interpretação extensiva em prejuízo do arguido, a partir do acórdão Taricco, o alcance desse efeito do princípio da legalidade não nos parece tão claro.

Segundo o TJUE, na aplicação do direito da União, o julgador nacional deve sempre buscar uma interpretação que atinge os objetivos da norma da UE. A partir do acórdão Taricco e da atribuição do efeito direto ao artigo 325º do TFUE, impõe-se o dever de sanções efetivas aos atos lesivos aos IFUE. Nesse sentido, se a imposição desse efeito direto do artigo 325º do TFUE é capaz de resultar na não aplicação de uma norma expressa nacional, poderia impor uma interpretação

extensiva de um tipo penal. Ainda que esse entendimento representasse uma mudança jurisprudencial do TJUE, estaria em consonância com a jurisprudência dos acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B.

Assim, quanto à questão envolver proteção dos IFUE, as imposições de clareza das normas que definem crimes e penas e a impossibilidade de interpretação extensiva tendem a não representar mais uma proteção tão clara. Logo, o limite para uma interpretação extensiva diante de uma norma não clara pode ser encontrado no acórdão M.A.S. e M.B., qual seja, as exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e determinação da pena.

Quanto à impossibilidade de interpretação retroativa de norma que defina crime ou pena em prejuízo do arguido, vimos que o TJUE, seguindo o TEDH, entendia pela impossibilidade. Entretanto, esse entendimento parece ter mudado com o acórdão Taricco, tendo o TJUE admitido a retroatividade de uma interpretação em desfavor do arguido quando for a única capaz de cumprir o dever imposto pelo artigo 325º do TFUE. Numa situação como a imaginada, se o TJUE seguir seu entendimento quanto aos efeitos do artigo 325º do TFUE, é provável que autorize uma interpretação retroativa de norma que defina crime ou pena em prejuízo do arguido. Novamente aqui, o limite para imposição de uma interpretação retroativa será encontrado no acórdão M.A.S. e M.B., exigência de acessibilidade e de previsibilidade.

Por fim, diante da objetividade e por representar a essência do princípio da legalidade, a necessidade de publicação da norma continua a ser um limite para definição de crimes e penas, mesmo depois dos acórdãos Taricco, M.A.S. e M.B., sendo prescindíveis maiores comentários.

6 Exigências de acessibilidade e de previsibilidade

Conforme vimos, o limite do efeito direto do artigo 325º do TFUE será definido pelas exigências de acessibilidade e de previsibilidade do princípio da legalidade penal europeu, conforme decidido em M.A.S. e M.B., o que impõe tentar definir e entender esses conceitos.

A partir de uma perspectiva sociológica, antropológica e psicológica, faz parte do instinto humano combater a incerteza criada pela

natureza e por outros indivíduos, o que levou os seres humanos à formação de sociedades ordenadas e reguladas e a buscar a compreensão racionalizada do mundo natural em torno deles. A valorização da segurança jurídica no sistema de justiça criminal faz parte dos ideais do Estado de Direito e da autonomia individual, protege a capacidade dos indivíduos para invocar a lei e, portanto, confiar nas ações do Estado como legítimas (PERISTERIDOU, 2015, p. 179).

O conceito de segurança jurídica, e, por consequência, do é que uma interpretação acessível e previsível, é algo nebuloso, podendo expressar obrigações positivas e negativas, como a precisão dos estatutos, a antecipação de interpretação da lei ou do uso de provas, a estabilidade e a não questionabilidade de normas e sua ligação efeito. Por se tratar de um conceito geral, possui uma dimensão objetiva e outra subjetiva, interessando-nos a dimensão objetiva, que se relaciona com a ordem jurídica em sua totalidade, sendo expressa como uma demanda por acessibilidade, clareza e precisão *erga omnes* (PERISTERIDOU, 2015, p. 196).

Entre as diversas abordagens possíveis sobre o tema, interessa para compreender o decidido pelo TJUE sua dimensão de certeza normativa legal, que diz respeito ao conteúdo das normas e à segurança jurídica, ou seja, ao modo previsível de aplicação das normas penais. Nessa perspectiva, a acessibilidade e a previsibilidade (segurança jurídica) expressam a necessidade de clareza, simplicidade e ordem de normas legais, ao ponto de permitir que as pessoas entendam em um dado momento (estática do conteúdo da lei) suas obrigações e seus direitos, o que fazer e o que não fazer, bem como as consequências de seus atos. Enquanto a clareza linguística não pode ser garantida, o objetivo é garantir a capacidade dos indivíduos de confiar na lei. Logo, as normas, na forma como são interpretadas, devem manter a função de regular e orientar o comportamento. Além disso, em casos de estatutos inter-relacionados e em camadas, a responsabilidade penal deve ser capaz de ser claramente identificada (PERISTERIDOU, 2015, p. 19).

Ponto importante para entender a mudança de posição do TJUE no caso M.A.S. e M.B. é que os princípios da legalidade e da segurança jurídica não exigem apenas acessibilidade e previsibilidade do efeito de uma norma, mas também a aceitabilidade, tendo importância na

interpretação judicial, na medida em que exige do julgador que a interpretação dada à norma seja precisa e aceita como legítima (RAITIO, 2003, p. 355). O conceito de aceitabilidade exige que as disposições recebam significado em um contexto particular que contribui para o que é previsível. Ao contrário de previsibilidade, aceitabilidade refere-se à fluidez da lei, à sua flexibilidade e ao contexto da sensibilidade (PAUNIO, 2009, p. 1469).

Nesse sentido, os efeitos do acórdão Taricco não foram apenas inacessíveis e imprevisíveis no sistema penal italiano, mas acima de tudo não foram aceitos, por representar uma afronta aos fundamentos desse sistema. Para não violar o princípio da legalidade e sobretudo na sua teologia garantística, a decisão não poderia obstar à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e dos demais elementos de punibilidade requeridos (DIAS, 2012).

Não se está a defender que exista um dever de respeito absoluto à manutenção de uma regulamentação, o que seria um alcance excessivo do princípio da segurança jurídica e da legalidade, incompatível com a necessidade de mudança no interesse geral (OST, 2005, p. 65). Porém, mudanças drásticas podem conflitar com os princípios, conforme já decidiu o TJUE no Processo 74/1974.

Assim, para cumprir o princípio da legalidade em sua definição dada pelo TJUE no acórdão M.A.S. e M.B., o resultado do efeito direto do artigo 325º do TFUE na norma e/ou na interpretação da norma, num quadro democrático, deve permitir aos indivíduos antecipar e confiar em como os tribunais interpretam as normas no que diz respeito aos princípios subjacentes da ordem jurídica, devendo essa interpretação ser plausível no contexto de uma ordem jurídica em particular, no caso a europeia.

Feitas essas considerações, indaga-se se os princípios da legalidade e da segurança jurídica não são o mesmo em direito penal europeu, já que qualquer aspecto do princípio da legalidade, como a proibição da analogia e a exigência de precisão, pode ser abarcado pela necessidade de segurança jurídica, havendo uma sobreposição infinita entre os dois conceitos, o que explica por que o princípio da segurança jurídica pode ser considerado a própria justificativa do princípio da legalidade (PERISTERIDOU, 2015, p. 196).

Conclui-se que, apesar de o artigo 325º do TFUE impor aos EMs obrigações de resultado no combate a fraudes dos IFUE, o que pode resultar na não aplicação de disposições nacionais contrárias a esses objetivos, eventual não aplicação que resulte na responsabilização ou no agravamento da responsabilidade do arguido somente será legítima se respeitar o princípio da legalidade em suas exigências de acessibilidade, previsibilidade e, acrescento, aceitabilidade.

Quando o acórdão Taricco foi proferido, os resultados do efeito direto do artigo 325º do TFUE sobre a legislação nacional não eram acessíveis, previsíveis e muito menos aceitáveis, por não permitirem, naquele momento, definir com exatidão as obrigações e os direitos decorrentes, o que fazer e o que não fazer, bem como as consequências de seus atos, não cumprindo sua função de regular e orientar o comportamento dos indivíduos.

Entretanto, eventual nova decisão do TJUE sobre efeito direto do artigo 325º que imponha resultados parecidos ao decidido em Taricco, e, sobretudo, sobre fatos praticados após esse acórdão (LUPO, 2017, p. 117), poderá cumprir os requisitos de acessibilidade, previsibilidade e aceitabilidade, devendo essa análise ser feita dentro do respectivo ordenamento, o da União, permitindo uma tutela adequada dos IFUE.

7 Considerações finais

Diante da importância do combate às fraudes lesivas dos interesses financeiros da UE e dos EMs, especialmente em sua dimensão de implementação dos direitos fundamentais, não resta dúvida de que as normas italianas sobre prescrição, indiretamente, representam um atentado aos direitos fundamentais de todos os cidadãos europeus e resultam praticamente numa renúncia do *ius puniendi* do Estado italiano, o que é contrário aos princípios do direito da UE, ao direito internacional, mas também ao próprio sistema constitucional italiano, conforme os artigos 10, 11 e 117 da Constituição Italiana (ZICCARDI CAPALDO, 2018, p. 9).

No acórdão Taricco, o TJUE traçou os termos do valor intrínseco do princípio da proteção dos IFUE, mais especificamente do artigo 325º do TFUE. Para o TJUE, a disposição é, no novo quadro institucional

da UE após o Tratado de Lisboa, a base jurídica para as iniciativas em matéria de proteção dos IFUE e assume não apenas o padrão de referência a ser adotado para avaliar a legislação penal nacional relativa à proteção dos IFUE, mas também, enquanto direito primário da UE, o *status* de base jurídica para iniciativas da própria UE em matéria penal (VENEGONI, 2015, p. 5). Em paralelo, a interpretação dada ao efeito direto do artigo 325º do TFUE contribuirá para a harmonização dos sistemas nacionais, evitando a subsistência de sistemas que estimulem as fraudes, como o italiano.

Entretanto, o enfrentamento desse tipo de fraude não pode ser feito em detrimento dos direitos fundamentais, em especial do princípio da legalidade, na medida em que, segundo Anabela Rodrigues, o princípio da legalidade penal constitui uma conquista dos indivíduos no sentido de delimitar o poder punitivo do Estado (RODRIGUES, 2003, p. 201). Justamente por isso, a despeito de sua importância no contexto europeu, o princípio da proteção dos IFUE e o próprio efeito direto do artigo 325º do TFUE encontram limites no princípio da legalidade penal europeu, conforme definido pela jurisprudência da UE, mais especificamente em suas exigências de acessibilidade, previsibilidade e aceitabilidade. Dessa forma, conseguiu o princípio da legalidade europeu cumprir sua função de objetivar positivamente a incriminação.

Ainda que, no acórdão M.A.S. e M.B., em caso de violação do princípio da legalidade, o TJUE tenha autorizado os órgãos jurisdicionais nacionais a manter a aplicação das normas italianas sobre interrupção da prescrição, mesmo entendendo serem contrárias ao direito da UE, o TJUE definiu um marco no enfrentamento das fraudes aos IFUE, na medida em que esclareceu que o artigo 325º do TFUE tem efeito direto e o que é capaz de impor às legislações nacionais que comprometam a sua efetividade. Pois, a partir do acórdão Taricco, é possível prever as consequências do efeito direto, logo uma nova decisão nesse sentido passa a ser acessível, previsível e aceitável, logo a respeitar o princípio da legalidade penal europeu.

Com o acórdão M.A.S. e M.B., o TJUE deu um significativo passo na construção de um conceito do princípio da legalidade penal no âmbito do direito da UE, garantindo a previsibilidade, a transparência e a

controlabilidade das ações europeias e nacionais na aplicação do direito da UE, não negando a prevalência da lei como fonte de responsabilidade penal, ao tempo que limita o ativismo judicial^[3] e casuístico, o que certamente resultará em maior segurança jurídica para quem aplica e para quem sofre os efeitos do direito da UE, especialmente do direito penal.

Assim, apesar de serem suscetíveis a críticas, os acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B. impuseram uma significativa evolução ao enfrentamento das fraudes lesivas aos IFUE, ao mesmo tempo que contribuíram para o aperfeiçoamento de um importante instituto de direito penal geral da UE (princípio da legalidade penal), definindo novas exigências: acessibilidade, previsibilidade e aceitabilidade.

Referências

AMALFITANO, C. Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale: possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia? **Centro di ricerca coordinato Studi sulla giustizia/Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano**, Milano, v. 25, p. 118-160, 2017.

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (org.). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra** – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. v. III. p. 179-210.

CAIANIELLO, Michele. Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 967-1006, 2017.

CASSESE, Antonio; ACQUAVIVA, Guido; FAN, Mary; WHITING, Alex. **International criminal law: cases and commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. tomo I.

GALLANT, Kenneth S. **The principle of legality in international and comparative criminal law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. (Cambridge Studies in International and Comparative Law).

GARNER, Oliver. The borders of European integration on trial in the Member States: Dansk Industri, Miller, and Taricco. **European journal of legal studies**, Florence, v. 9, p. 1-14, 2017.

LUPO, Ernesto. La sentenza europea c.d taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 109-121, 22 dic. 2017.

MANES, Vittorio. La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1-14, 13 febr. 2017.

MANES, Vittorio. La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1-26, 6 magg. 2016.

MITSILEGAS, Valsamis. From overcriminalisation to decriminalisation: the many faces of effectiveness in European criminal law. **New Journal of European Criminal Law**, London, v. 5, n. 3, p. 416-424, 2014.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. **Boletim da Faculdade de Direito** – Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, n. especial, v. 1, 1984.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PAUNIO, E. Beyond predictability – Reflections on legal certainty and the discourse theory of law in the EU legal order. **German Law Journal**, [S. l.], v. 10, issue 11, p. 1469-1493, 2009.

PERISTERIDOU, Christina. **The principle of legality in European criminal law**. 2015. Tese (Doutorado) – Maastricht University, Maastricht, 2015.

RAITIO, J. **The principle of legal certainty in EC law**. Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminal policy: new challenges, old ways. **Cahiers de défense sociale**, [S. l.], v. 30, p. 181-212, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-lisboa – Um direito penal funcionalista? In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mário João

Ferreira; MONTEIRO, Fernando Eduardo B. C. (eds.). **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga: Universidade do Minho, 2017. p. 13-35.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Sobre o crime de importunação sexual. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 143, n. 3.987, p. 413-443, jul.-ago. 2014.

ROSSI, Francesco *et al.* Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale. **Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale**, Milano, v. 4, n. 2015, p. 108-129, 2015.

SOTIS, Carlo. **Il diritto senza codice**: uno studio sul sistema penale europeo vigente. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

TIMMERMAN, Mikhel. Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco. **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, v. 53, n. 3, p. 779-796, 2016.

VENEGONI, Andrea. La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1-11, 29 ott. 2015.

VITALE, Grazia. L'attesa sentenza "Taricco bis": brevi riflessioni. **European Papers**, Roma, *European Forum*, p. 1-14, 2018.

ZICCARDI CAPALDO, Giuliana. Lotta globale all'impunità e Corte di giustizia dell'Unione europea: un nuovo approccio alla frode grave come crimine contro i diritti umani (Global fight against impunity and European Court of Justice: a new approach to tax fraud as a crime against human rights). In: ADAM, R. *et al.* (eds.). **Liber amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne**. Torino: Giappichelli, 2018. p. 1-13.

Notas

- [1] Sobre o princípio da assimilação, Rodrigues (2017, p. 25) afirma: “No caso do «milho grego» (1989), o Tribunal consagrou o princípio da assimilação, isto é, o dever de se sancionar as violações ao direito comunitário em condições, materiais e processuais, análogas às previstas para as violações ao direito nacional de «natureza e importância similares», que implicava, quanto às sanções, que estas deviam ser «efetivas, proporcionadas e dissuasoras». Já no Acórdão Zwartveld (1990), apoiando-se, de resto, no caso do «milho grego», o Tribunal, pela primeira vez, referiu-se à natureza «penal» que podiam ter as medidas nacionais adotadas «para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário». Posteriormente, no Acórdão Nunes e de Matos (1999), explicitou que essas medidas podiam incluir sanções penais, «mesmo quando a regulamentação comunitária só previsse uma sanção civil”.
- [2] Sobre o tema, aponta Rodrigues (2017, p. 23) que a necessidade de eficácia do direito comunitário foi o fundamento usado pelo TJUE para atribuição de competência penal à Comunidade em matéria ambiental no acórdão Ambiente (de 13 de setembro de 2005, processo C-176/03), e foi reiterado no acórdão sobre a poluição causada por navios (de 23 de outubro de 2007, processo C-440/2005).
- [3] Sobre o tema ativismo judicial, Cassese *et al.* (2011, p. 53) afirmam que um dos propósitos do princípio da legalidade é proteger os cidadãos, tanto quanto possível, contra o poder arbitrário do governo e da discricção judicial possivelmente excessiva.