CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL G. FEDERICO MANCINI apresentadas em 22 de Janeiro de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Em 12 de Dezembro de 1977 e em aplicação do artigo 57.° do Tratado CEE, o Conselho das Comunidades Europeias aprovou a Directiva 77/780, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício (JO L 322, p. 30; EE 06 F2 p. 21). Primeira etapa de um processo destinado a realizar a liberdade de estabelecimento das instituições de crédito e a liberalização dos serviços bancários, a directiva propunha-se: a) «eliminar as diferenças mais perturbadoras entre as legislações dos Estados-membros no que se refere ao regime a que estas entidades estão sujeitas» (segundo considerando); b) estabelecer condições uniformes de concessão de autorização para exercício da sua actividade (oitavo considerando). Uma vez atingidos estes objectivos, cada Estado deveria estar em condições de exercer uma fiscalização global da acção dos estabelecimentos de crédito, qualquer que seja o lugar da Comunidade em que actuem (terceiro considerando), veja-se ainda o acórdão de 11 de Dezembro de 1985, processo 110/84, (Comune di Hillegom e outros/Hillenius, Recueil, p. 3947 à p. 3962 e seguintes, n.os 23 e seguintes).

A directiva, que os Estados-membros deviam executar até ao fim de 1979, apenas foi transposta pela República Italiana para o seu ordenamento jurídico em Julho de 1985, ou seja, mais de dois anos depois do acórdão em que este Tribunal declarou o seu incumprimento (1 de Março de 1983, processo 300/81, Comissão/Itália, Recueil, p. 449). A corte d'appello de Veneza, todavia, tinha já sido convidada a aplicar a norma «de qua» no âmbito de um processo penal.

2. Vejamos os factos. Italo Bullo e Francesco Bonivento, funcionários da Banca agricola popolare de Cavarzere (província de Veneza), foram acusados do delito de peculato em prejuízo de particulares (artigo 315.° do Código Penal italiano) por terem concedido crédito em montante superior ao expressamente previsto nas normas do Banco de Itália e do Ministério do Tesouro. Segundo a norma citada «o funcionário público ou a pessoa incumbida de um serviço público que se apropriar ou, por qualquer forma, desviar, em proveito próprio ou de terceiro, dinheiro... não pertencente à Administração Pública, que se encontre na sua posse por motivo das suas funções, será punido com prisão de três a oito anos...».

Declarados culpados na primeira instância, os dois funcionários interpuseram recurso alegando, entre outras coisas, que as disposições e objectivos da Directiva 77/780 proíbem a qualificação dos empregados dos estabelecimentos de crédito como pessoas incumbidas de um serviço público. Em despacho de 15 de Abril de 1985, a corte d'appello de Veneza reconhece que a banca

* Tradução do italiano.

agricola popolare se encontra entre as instituições a que a directiva se aplica; preferiu, no entanto, interrogar este Tribunal, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CEE, quanto ao alcance da directiva em relação ao caso em apreço. Aquele tribunal pergunta, em especial, se «a qualificação... de "funcionários públicos", em conformidade com as noções constantes... do Código Penal italiano em vigor... pode legitimamente ser *incluída* no 'resultado a alcançar' (que a directiva impõe)... no âmbito da regulamentação (que estabelece a respeito) da estrutura da organização do estabelecimento de crédito... ou, pelo contrário, deve ser dele excluída». O despacho de reenvio precisa que a solução a dar ao problema é determinante «tanto porque... pode influir na medida da pena... prevista, como porque, a ter fundamento a segunda hipótese de interpretação (indicada) poderia resultar uma questão de legitimidade constitucional... e de aplicabilidade... imediata da directiva».

Detenhamo-nos, por um momento, nesta última observação. Ainda que compreensível no momento em que foi formulada, já não corresponde, de facto, aos dados da situação actual. Há nove anos, o Tribunal declarou que «o juiz de reenvio tem a obrigação de assegurar a plena eficácia (das disposições comunitárias)... deixando de aplicar, oficiosamente, quaisquer disposições em contrário da legislação nacional,... sem ter que solicitar... a sua prévia revogação por via legislativa ou mediante qualquer outro procedimento constitucional» (tradução provisória) (acórdão de 9 de Março de 1978, processo 106/77, Amministrazione delle Finanze e SpA Simmenthal, Recueil, p. 629, 645, n.° 24). A Corte costituzionale Italiana não acolheu de imediato este princípio. Recentemente, todavia, reconheceu a sua aplicabilidade observando que ele «é válido não só quanto à regulamentação aprovada pelos órgãos da CEE através de regulamentos, mas também em relação às decisões resultantes de acórdãos interpretativos do Tribunal de Justiça» (acórdão de 1 de Abril de 1985, n.° 113, GURI de 8.5.1985, n.° 107 A).

Se a resposta do Tribunal for diferente da que adiante propomos, o juiz de Veneza deverá, por conseguinte, decidir o litígio no processo principal tendo em conta as relações entre direito comunitário e direito interno como são definidas nos citados acórdãos.

3. No decurso do processo perante este Tribunal, apresentaram observações escritas os arguidos, o Governo italiano e a Comissão das Comunidades Europeias. Os primeiros sustentam que a qualificação dos empregados dos bancos privados como «pessoas incumbidas de um serviço público» confere ao juiz o poder de controlar directamente a actividade dessas instituições e exclui qualquer discricionariedade na sua gestão, uma vez que dá relevância penal a factos que, se praticados no âmbito de uma empresa privada, deveriam ser considerados lícitos. Ora, estes controlos e estes vínculos são incompatíveis com a natureza empresarial da actividade creditícia; criam, assim, obstáculos à execução dos objectivos prosseguidos pela directiva e entravam a liberdade de estabelecimento e de concorrência garantidas pelo Tratado.

O Governo italiano e a Comissão observam, pelo contrário, que nenhuma norma da directiva impede os Estados-membros de atribuir a qualificação controversa aos empregados dos bancos privados. Além disso, não é possível deduzir a existência de tal proibi-

ção do conteúdo global da directiva; para se ter a certeza, basta considerar que, longe de se substituir às regulamentações nacionais, esta última se limita a coordená-las.

4. Como se viu, a aproximação das legislações operada pela directiva tem por objecto os «estabelecimentos de crédito» quer dizer, as empresas «cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder créditos por sua própria conta» (artigo 1.°, primeiro travessão). A faculdade de exercer estas funções depende de «um acto emanado das autoridades» dos Estados-membros (artigo 1.°, segundo travessão), cuja concessão está subordinada a uma série de requisitos (artigo 3.°). A regulamentação no seu conjunto é dominada pela interdição de discriminação das empresas consideradas em razão da sua nacionalidade ou do seu estabelecimento num Estado-membro diferente daquele em que as referidas actividades são desenvolvidas (primeiro considerando).

A nossa fonte não contém, pelo contrário, qualquer norma referente, ainda que de longe ou indirectamente, à relação de trabalho e ao *status* dos empregados dos estabelecimentos de crédito; nem o resultado que pretende — o livre exercício da função creditícia em toda a área comunitária — implica que estes indivíduos se eximam ao cumprimento do dever de respeitar as normas penais vigentes no Estado de estabelecimento, pelo menos quando não sejam concebidas ou aplicadas de maneira discriminatória. Por outro lado, no ordenamento jurídico italiano, a qualificação controversa assume relevância apenas para fins da lei penal, quer como elemento constitutivo do crime, quer como circunstância agravante da pena. Do ponto de vista comunitário, por conseguinte, não afecta as instituições de crédito dos outros Estados-membros; mais precisamente, não restringe a sua liberdade de aceder ao exercício da actividade bancária na Itália.

Os arguidos não estão de acordo; porém, o argumento que extraiem da natureza empresarial da actividade bancária carece de fundamento. Com efeito, como vimos, é com base nessa natureza que a directiva atribui a quem recebe depósitos e concede crédito o direito de se estabelecer sem restrições em qualquer Estado-membro. Todavia, isto não significa que o ordenamento comunitário proíba, em princípio, o legislador nacional de confiar ao juiz — e, em especial, ao juiz penal — um «poder de controlo» sobre a gestão dos bancos. Semelhante poder apenas será incompatível com o Tratado e com a fonte de direito em questão se limitar o direito de estabelecimento; e — como acabámos de dizer — este não é, de certo, o nosso caso, mesmo admitindo (mas sem necessariamente o reconhecer) que o artigo 315.° do Código Penal italiano permite realmente ao juiz controlar o exercício da função creditícia.

Temos consciência de que a qualificação dos empregados bancários como pessoas incumbidas de um serviço público é objecto de vivos debates entre os operadores e os juristas italianos e, pessoalmente, considero convincentes os argumentos dos que a consideram anacrónica ou, em todo o caso, exorbitante, em relação às exigências actuais da protecção do crédito. Mantém-se, todavia, o facto de que o problema é de puro direito interno e que apenas ao legislador nacional compete resolvê-lo.

5. À luz das considerações precedentes, propomos ao Tribunal que responda à questão submetida a título prejudicial pela corte d'appello de Veneza, por despacho de 15 de Abril de 1985 no processo penal movido contra Italo Bullo e Francesco Bonivento, da seguinte forma:

«A Directiva 77/780 do Conselho, de 12 de Dezembro de 1977, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício, não proíbe que a legislação de um Estado-membro atribua aos empregados desses estabelecimentos a qualificação de "funcionário público" ou de "pessoa incumbida de um serviço público" para efeitos de aplicação de normas penais».