

Constança Urbano de Sousa
(coordenadora)

**O espaço de liberdade, segurança
e justiça da UE:
desenvolvimentos recentes**

*The EU area of freedom, security
and justice:
recent developments*



Departamento de Direito
Universidade Autónoma de Lisboa

A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu*

Pedro Caeiro**

Sumário: O sentido do “princípio da coerência (vertical)”. O princípio da coerência em face do específico modo-de-ser do direito europeu. A exclusão da incoerência por assimilação de interesses. As incoerências “menores”. A possibilidade de incoerências “maiores”, reforçada pela jurisprudência *Melloni*. Meios de evitação da incoerência: (i) os deveres do legislador europeu; (ii) a não-acreditação, pelos Estados-membros, de normas que firam o último reduto constitucional; (iii) os meios institucionais no âmbito do procedimento legislativo europeu (negociação, “travões de emergência”, impugnação); (iv) a divisão de tarefas entre o direito europeu e os direitos nacionais (v. g., procedimentos de “dupla qualificação”).

241

1. A *European Criminal Policy Initiative* é um grupo de 14 professores de direito penal provenientes de 10 Estados-membros da União Europeia (UE) cuja realização mais importante, até ao momento, se consubstanciou na elaboração de um *Manifesto* onde se traçam as linhas gerais do que deverá ser uma política criminal da UE consistente e aceitável¹. A principal

* Reproduz-se, com escassas alterações, a conferência proferida no Colóquio cujas actas agora se publicam, a qual se inspirou, por sua vez, numa comunicação oral apresentada na *Ludwig-Maximilians-Universität München*, a convite do Prof. Dr. Helmut Satzger, no âmbito de um *workshop* organizado pela *European Criminal Policy Initiative* em Janeiro de 2013. Nesse encontro, a intervenção de fundo ficou a cargo do Prof. Dr. Joachim Vogel, que nos beneficiou, como sempre, com a sua alegre sagacidade. Este texto é uma modesta homenagem à sua memória.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; investigador do Instituto Jurídico; membro do Grupo de Peritos sobre Política Penal da União Europeia.

1 - Sobre a constituição da *ECPI* e a oportunidade do *Manifesto*, vd. HELMUT SATZGER, “Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik. Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe ‘European Criminal Policy Initiative’”, *ZIS* 4/12 (2009), p. 691 ss. O *Manifesto* encontra-se na mesma publicação e está também disponível em <<https://sites.google.com/site/eucrimpol/>>.

preocupação da iniciativa é não perder, em virtude da chamada “legislação de Bruxelas”, a – ou o que resta da – herança da política criminal europeia de tradição iluminista-liberal². Um horizonte de pensamento do qual, aliás, também partilho.

O *Manifesto* estabelece, entre outros mandamentos político-criminais, o *princípio da coerência*, que se desdobra em duas dimensões, uma horizontal e outra vertical. A primeira pretende significar que a política criminal da UE deve ser coerente em si mesma; a segunda visa impor à intervenção da UE um dever de respeito pela coerência dos sistemas penais nacionais.

242

Não vou tratar da chamada coerência horizontal porque, em meu entender, a coerência é atributo de um *sistema* e ainda não existe algo que possa chamar-se um sistema de direito penal europeu³. À UE pede-se apenas que aprove legislação *consistente*. É uma exigência dirigida a qualquer legislador, que aqui se reforça pelo facto de o direito europeu em matéria penal ser ainda uma espécie de *meta-lei* (as decisões-quadro e, depois do Tratado de Lisboa, as directivas são *injunções de legislar* dirigidas aos Estados-membros): se as instruções forem, logo à partida, contraditórias, os resultados no nível estatal serão desastrosos.

Limitar-me-ei, portanto, à análise da dimensão vertical do princípio da coerência.

2. Poderá falar-se, com propriedade, de uma *tensão* entre a coerência dos sistemas penais nacionais e o direito europeu?

A pressuposição que subjaz ao tema é a de que os sistemas penais nacionais são *coerentes em si mesmos*, como entidades estanques, e que essa coerência pode ser posta em perigo pela intervenção da UE.

2 - Desenvolvidamente sobre o problema, MARIA KAIAPA-GBANDI, “The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law”, *EuCLR* 1(2011), p. 8 ss.

3 - Em sentido semelhante, vd. também JOACHIM VOGEL, “Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV”, in Kai Ambos (Hg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Bd.14, Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 44.

Além disso, vai também subentendido que a coerência tem um *valor positivo* e que, portanto, a incoerência deve ser evitada. Essa é a razão pela qual o *Manifesto* apresenta a coerência como um princípio cogente a que a UE deve obedecer quando legisla em matéria criminal. O corolário do princípio foi recentemente extraído por Petter Asp numa formulação prescritiva: “O legislador europeu não deve – sem boas razões – interferir ou perturbar a coerência interna dos sistemas penais nacionais”⁴.

Mas, como comecei por dizer, a própria possibilidade teórica de o direito europeu *interferir* com os sistemas penais nacionais pode parecer suspeita, mesmo aos olhos dos menos “euro-convictos”. Assim, vou interrogá-la como se fosse um suspeito: o que é a coerência de um sistema jurídico? Pode a intervenção da UE causar a incoerência dos sistemas penais nacionais? Em caso afirmativo, em que circunstâncias? Esse tipo de interferência deve ser evitado? E se sim, como?

243

3. O direito privado conhece o conceito de coisas coerentes, que se incluem na categoria mais ampla das coisas complexas ou compostas, e que têm por exemplo paradigmático – os rélogios.

A característica particular das coisas coerentes é serem formadas por partes e elementos que reciprocamente se co-determinam nas suas funções. O bom desempenho do todo depende da precisão dessa co-relação.

O mesmo acontece com os sistemas. Pode dizer-se que a coerência está implícita no conceito de sistema e, em princípio, a adequação do *output* produzido estará na razão directa do grau de coerência do sistema. De certa forma, um sistema incoerente é um paradoxo.

4 - PETTER ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholms Universitet, 2012, p. 208.

Se olharmos agora mais atentamente para o nosso tema, a função específica de um sistema penal – em sentido amplo – é conseguir a máxima protecção possível dos bens jurídicos mais importantes através do mínimo sacrifício possível dos direitos fundamentais. Assim, os seus elementos (princípios, regras e normas) devem estar dispostos de uma forma que permita ao sistema funcionar adequadamente e cumprir o seu programa.

O facto de um sistema não poder ser incoerente não significa que não possa haver contradições entre os seus elementos. *Contradição e incoerência* são conceitos diferentes logo num plano semântico: a contradição tem natureza lógica e descreve a relação entre dois ou mais elementos de uma forma neutra, enquanto a incoerência tem uma conotação teleológica e valorativa – trata-se da situação causada por certo elemento disfuncional que conduz a um *output* indesejável.

O surgimento de contradições entre elementos do sistema é normal e comum. Porém, quando tal ocorre, a coerência é assegurada pelos mecanismos que permitem ao titular do sistema (normalmente, o Estado) avaliar e substituir, através de novas leis, ou simplesmente desaplicar, através de decisões judiciais, as partes defeituosas. Podemos resumir tais mecanismos em dois momentos: *feed-back* e competência para agir. Assim, a incoerência de um sistema é sempre temporária, porque o titular dispõe dos meios para eliminá-la.

Neste sentido, a incoerência genuína só pode ser causada por uma intervenção heterónoma.

4. A coerência inerente aos sistemas penais que acabei de caracterizar supõe um modelo de direito penal tradicional, compreendido como sistema estanque onde o titular goza de autonomia e autarquia, limitado apenas por alguns deveres que emergem do direito internacional.

A situação dos Estados-membros dentro da UE é obviamente diferente, porque a inter-relação entre o direito nacio-

nal (incluindo o direito penal) e o direito europeu faz parte da fisiologia de ambas. Desde o célebre Acórdão *SAIL*, de 1972⁵, que se sabe que o direito europeu geral pode modificar o direito penal dos Estados Membros, ainda que de forma indirecta, *limitando* o âmbito das incriminações e das sanções, mesmo ali onde a UE não goza de uma competência penal específica.

De um ponto de vista puramente formal, poderia pretender-se que o direito europeu não causa, em circunstância alguma, a incoerência dos sistemas nacionais, porque o direito europeu e o direito nacional destinado a implementá-lo não são direito interno: pertencem a uma comunidade política diferente e, portanto, a eventual contradição entre os *conteúdos* das normas internas e europeias nunca afectaria a coerência dos sistemas nacionais. Estaríamos, assim, perante ordenamentos paralelos.

Porém, esta abordagem parece-me incorrecta, porque a lei nacional que implementa o direito europeu é, pelo menos *também*, direito interno, elaborado e aprovado pelos órgãos nacionais competentes, de acordo com as regras nacionais aplicáveis, sob pena de invalidade.

Em segundo lugar, o direito europeu tem uma legítima pretensão de aplicação nos domínios sob jurisdição dos Estados-membros, o que significa que o direito nacional e o direito europeu estão condenados a *partilhar* a mesma esfera de aplicabilidade. Ora, os critérios da organização dessa concorrência de ordenamentos podem afectar – como de facto sucede – a aplicabilidade dos sistemas penais dos Estados-membros.

Assim, a projecção destes elementos exógenos sobre o direito interno é uma causa potencial de incoerência: se provocar uma contradição, os titulares dos sistemas penais nacionais (os Estados-membros) não gozam da autonomia e autarquia para avaliar e substituir, ou eliminar, o corpo estranho que produz uma resposta incoerente.

⁵ - Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21-03-1972, *Pubblico Ministero della Repubblica Italiana contro Società Agricola Industria Latte (SAIL)*, Racc. 1972, p. 119.

Consequentemente, a pressuposição em que se baseia o nosso tema parece correcta: enquanto entidades autónomas e autárquicas, os sistemas penais nacionais são por definição (*potencialmente*) coerentes, mas podem ser perturbados pela incidência de elementos estranhos, que se encontram subtraídos ao controlo dos titulares.

5. De todo o modo, é evidente, logo à partida, que nem todas as inovações introduzidas pelo direito europeu causam *necessariamente* a incoerência dos sistemas penais nacionais.

246 5.1 Em alguns casos, as novidades impostas pelo direito europeu não representam sequer uma contradição. O dever de não aplicar normas penais internas a condutas cobertas por liberdades europeias e de não aplicar sanções que as firam gravemente⁶ – embora as normas nacionais continuem em vigor e sejam aplicáveis em outros casos – é expressão da coerência interna do sistema nacional, que *assimila e promove* os interesses protegidos pelo direito europeu.

A oposição de um Estado à inclusão de um caso concreto na esfera de aplicabilidade de uma norma que consagre uma liberdade europeia não tem efeitos definitivos, porque a última palavra sobre o assunto cabe ao Tribunal de Justiça (TJ), tal como se prevê nos Tratados. Por outras palavras, não há contradição no nível normativo, porque as consequências do primado do direito europeu e da competência final do TJ para decidir sobre a aplicabilidade do direito europeu a determinado caso foram incorporadas pelos sistemas nacionais quando os Estados-membros ratificaram os Tratados.

5.2 Quais, então, os casos onde existe o risco de o direito europeu causar a incoerência dos sistemas penais nacionais?

A incoerência pode ter vários matizes. Vejamos.

6 - Como resulta das decisões do Tribunal de Justiça nos casos *Bordessa*, *Hammarsten*, *Calfa*, etc.

Prosseguindo com a alegoria, suponhamos que queremos substituir os ponteiros do nosso relógio por outros mais elegantes. Se os novos ponteiros forem muito finos e não pudermos ver as horas com a mesma precisão com que o fazíamos antes, a modificação terá trazido alguma incoerência ao sistema (um *output* menos satisfatório), mas não afectou a sua função essencial: mostrar as horas. Teremos ganho um relógio mais bonito – mas teremos também de nos *adaptar* à incoerência, seja passando a usar óculos, seja resignando-nos a conhecer apenas a hora aproximada (em vez da hora exacta).

A situação já é completamente diferente se tentarmos inserir um ressonador de quartzo num relógio mecânico para melhorar a sua fiabilidade: o mais provável é danificarmos o relógio e ele deixar de funcionar.

247 5.3 Algo de semelhante se passa com os sistemas penais nacionais. Casos há, desde logo, que podem ser vistos como uma (mera) substituição de ponteiros: a interferência do elemento europeu leva a que certo sistema nacional seja visto pelo titular como eventualmente menos coerente, mas ainda capaz de funcionar de forma satisfatória. Nestes casos, a incoerência não impede o sistema de funcionar – apesar de se mostrar preferível, aos olhos das instâncias nacionais, uma solução concreta diversa (possivelmente, a que se encontrava em vigor até então).

O exemplo paradigmático desta forma de incoerência é talvez a imposição de certos mínimos para as penas máximas. É provável que o limite mínimo de pena fixado pela UE para determinado crime (p. ex., uma pena máxima não inferior a 8 anos de prisão) não se encaixe adequadamente na escala penal de alguns Estados e cause assim uma disparidade relativa por comparação com outros crimes. Esse será o caso, por exemplo, da nova directiva sobre a incriminação da contrafacção de moeda, se for aprovada nos termos da proposta⁷, onde se prevê

7 - Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção penal do euro e de outras moedas contra a contrafacção e que substitui a Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho, de 5-02-2013 (COM(2013) 42 final).

um limite mínimo de 8 anos para a pena máxima aplicável a certos crimes de contrafacção.

O mesmo poderia ocorrer, em outros Estados, com a atribuição às vítimas de um direito de recurso autónomo contra decisões absolutórias.

Em minha opinião, esta é a primeira espécie de casos que provocam genuína incoerência, porque o titular do sistema só pode tentar *preveni-la*, em sede de negociação e aprovação do instrumento europeu – mas, uma vez instalada, não dispõe do poder nem dos mecanismos que lhe permitam corrigi-la.

248

5.4 A incoerência é mais grave quando o elemento europeu não se coaduna com certos aspectos fundamentais do ordenamento nacional – nomeadamente, embora não exclusivamente, com os princípios constitucionais em matéria penal.

Prosseguindo uma linha jurisprudencial com várias décadas, o TJ teve ocasião de esclarecer, muito recentemente, no Acórdão *Melloni*, de 26 de Fevereiro de 2013, que o direito europeu não permite que um Estado aplique normas da sua Constituição onde se garantam níveis de protecção dos direitos fundamentais mais elevados do que os previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da UE sempre que daí resulte a inaplicabilidade de um instrumento europeu. No contexto do nosso problema, parece essencial examinar mais detidamente esta decisão, cujas consequências não podem ainda medir-se em toda a sua extensão.

Stefano Melloni é procurado pelos tribunais italianos para cumprimento de uma pena em que foi condenado à revelia. Foi detido em Espanha e opôs-se à sua entrega em virtude de o sistema jurídico italiano não prever a possibilidade de impugnar a sentença já transitada em julgado, pelo que a entrega nessas condições, apesar de imposta pelo nº 1 do art. 4º-A da Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu⁸ (na versão

8 - Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, JO L 190 de 18.7.2002, p. 1 ss.

introduzida pela Decisão-quadro de 2009⁹), violaria o direito a um processo justo e equitativo previsto no art. 24º da Constituição espanhola, na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal Constitucional espanhol (TCE). Nesse contexto, o TCE pediu ao TJ que se pronunciasse, a título prejudicial, sobre três questões: 1) a interpretação da norma da DQ que regula a entrega para cumprimento de condenações proferidas *in absentia*; 2) a compatibilidade dessa norma com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, em particular com o direito a um processo equitativo e com os direitos de defesa garantidos nos seus arts. 47º e 48º, nº 2; 3) a possibilidade de se aplicar a norma constitucional espanhola (que implicaria recusar a entrega do visado) por via do art. 53º da Carta dos Direitos Fundamentais, conjugado com os ditos arts. 47º e 48º, de maneira a obter “um nível de protecção mais elevado do que aquele que decorre do direito da União Europeia, a fim de evitar uma interpretação que limite ou lese um direito fundamental reconhecido pela Constituição desse Estado-Membro”. Importa lembrar, na parte que interessa, o teor do art. 53º, onde se estatui que nenhuma disposição da Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo direito da União e pelas Constituições dos Estados-Membros, “nos respetivos âmbitos de aplicação”.

249

Na sua resposta, o TJ começou por esclarecer que a DQ não permite recusar a entrega nos casos previstos no seu art. 4º-A (1ª pergunta). Seguidamente, declarou que a DQ é conforme com os arts. 47º e 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2ª pergunta).

Por fim, e na parte que mais nos importa, o TJ reconheceu que o art. 53º da Carta confirma que “quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades

9 - Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, e que reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido, JO L 81 de 27.3.2009, p. 24 ss.

e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais” – mas acrescentou imediatamente a ressalva – “desde que essa aplicação não comprometa (...) o primado, a unidade e a efetividade do direito da União”. Consequentemente, o TJ declarou que o art. 53º da Carta “deve ser interpretado no sentido de que não permite a um Estado-Membro subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar uma violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição”.

A base desta decisão não é inovadora – o primado do direito europeu, mesmo em relação a normas de índole constitucional, tem sido afirmado ininterruptamente desde os Acórdãos *Costa contra ENEL* (1964) e *Internationale Handelsgesellschaft* (1970). Todavia, notar-se-á que a questão no caso *Melloni* era significativamente diferente: o que o TCE perguntava – e foi a essa pergunta que o TJ respondeu – não era se a norma constitucional espanhola podia ser oposta, *ex vi propria*, à aplicação da DQ, mas sim se o direito europeu (no caso, o art. 53º da Carta) *credencia* a aplicação de normas constitucionais nacionais que estabeleçam um nível de protecção dos direitos fundamentais mais elevado do que aquele que se contém na Carta dos Direitos Fundamentais. Se assim fosse, a aplicação da norma constitucional espanhola seria ainda aplicação (indirecta) de direito europeu.

Deste modo, não deve subestimar-se o relevo da decisão, porque é a primeira vez, segundo cremos, que o TJ declara que o art.º 53 da Carta não credencia a aplicação de níveis de protecção de direitos fundamentais mais elevados do que aqueles que ele próprio prevê sempre que isso prejudique a aplicação uniforme de um instrumento europeu. Assim, no seu âmbito de aplicação, o direito europeu em geral e a Carta dos Direitos Fundamentais em particular são parâmetros *máximos* de

protecção dos direitos fundamentais, sem prejuízo dos limiares mínimos estabelecidos pela CEDH.

Claro que não está excluído que certas garantias constitucionais mais elevadas do que as previstas na Carta sejam aplicáveis, desde que sejam qualificáveis como tradições constitucionais comuns aos Estados-membros – mas nesse caso serão aplicáveis enquanto princípios gerais de direito europeu, nos termos do art. 6º do TUE. Note-se, porém, que existem várias especificidades constitucionais nacionais – e Portugal pode ser um bom exemplo – que não integram tradições constitucionais comuns.

Este é o novo ponto de equilíbrio entre as duas jurisdições, tal como traçado pelo TJ. No momento em que terminamos estas linhas, não se conhece ainda a decisão final do TCE sobre a entrega de Stefano Melloni.

5.5 Importa agora ver a perspectiva estatal, porque, nesta situação de concorrência de jurisdições com fontes de legitimação autónomas, não dispomos de uma norma ou instância *terceira* que organize a concorrência e dirima os conflitos. Tomando como exemplo o caso português, o ponto de equilíbrio achado pelo legislador constitucional foi o reconhecimento, no art. 8º, nº 4 da CRP, do primado do direito da União – no respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, que não podem deixar de ser os que se prevêm na própria Constituição, tal como interpretada pelos órgãos nacionais.

Se o elemento europeu não for compatível com aquele último reduto constitucional – e tal juízo só pode caber, evidentemente, aos órgãos nacionais –, a coerência do sistema português preserva-se com a *recusa* de acreditação do direito europeu, com tudo o que isso pode implicar em termos de responsabilidade do Estado perante a União. Esse seria o caso, certamente, de um instrumento europeu que previsse a punibilidade de certo crime com pena de prisão perpétua, ou casos de responsabilidade criminal objectiva (*strict liability*, *infractions*

matérielles), ou a manutenção perpétua do registo criminal por certos crimes.

Já se o elemento europeu contradisser normas constitucionais que todavia *não* integram princípios fundamentais do Estado de direito, deverá entender-se que, perante o direito constitucional vigente, a norma europeia (ou melhor, a norma interna que a transpõe) é acreditada pelo art. 8º, nº 4, *como norma de direito europeu*, vigorando nos termos que o próprio define (incluindo o princípio do primado), e não está sujeita, portanto, ao parâmetro constitucional material. Consequentemente, o juiz nacional, ao aplicá-la, não estará a infringir a Constituição. E é essa acreditação que pode implicar, eventualmente, um prejuízo para o desempenho do sistema, nos termos seguintes:

- a) Há casos em que a subtracção dos instrumentos europeus ao regime constitucional material não perturba o funcionamento do sistema. A título de exemplo: a densidade axiológico-normativa do espaço comum de liberdade, segurança e justiça implica, de forma necessária, uma diferenciação do regime da cooperação judiciária dentro da UE em relação ao regime geral. Nesse contexto, a inaplicabilidade de certas garantias constitucionais que não se incluem nos princípios fundamentais do Estado de direito (v. g., a recusa de cooperação fundada na nacionalidade da pessoa visada) à cooperação com outros Estados da União não constitui uma incoerência do sistema. Neste sentido, a eventual inaplicabilidade da norma constitucional ao caso *Melloni* pode justificar-se *também* da perspectiva do Estado espanhol.
- b) Contudo, já seria difícil não ver uma incoerência na norma que, transpondo uma injunção europeia, impusesse, p. ex., a interdição de participar em concursos públicos como *efeito automático e necessário* da condenação por *certo tipo* de fraudes contra o erário público, afastando, nesse âmbito, a proibição do art. 30º, nº 4, CRP, que todavia se manteria intacta para o modo de punição de

fraudes em tudo semelhantes contra os mesmos bens jurídicos. Ao contrário do que sucede em matéria de cooperação, o interesse específico da União não seria aqui, do ponto de vista nacional, suficientemente intenso para justificar um tratamento especial e contrário às regras constitucionais. Assim, embora a dita norma fosse válida perante a CRP (pois não colidiria com princípios fundamentais do Estado de direito democrático) – e precisamente por essa razão! –, produziria uma incoerência do sistema: respostas diferentes para situações análogas.

6. Como pode manter-se a coerência dos sistemas penais nacionais?

6.1 Em primeiro lugar, através de estratégias *pragmáticas*:

- a) Do lado da UE, é fundamental que o legislador europeu possua um conhecimento completo dos sistemas penais nacionais e que os compreenda correctamente antes de elaborar nova legislação.
- b) Do lado dos Estados-membros, os Estados podem impedir a aprovação do elemento causador da incoerência através do chamado travão de emergência (basta que estejam em jogo “aspectos fundamentais”, não necessariamente de índole constitucional, dos respectivos sistemas jurídicos). Atendendo ao ponto de equilíbrio traçado pelo TJ no caso *Melloni*, este mecanismo preventivo tem uma importância vital, como vimos *supra* com a hipótese da imposição de criar efeitos automáticos das penas em relação a certos crimes, que provavelmente seria conforme com a Carta dos Direitos Fundamentais e com as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros¹⁰.

10 - De novo: nos casos em que o desfasamento for mais grave (v. g., uma directiva que impusesse a pena de prisão perpétua para os crimes de terrorismo), os Estados poderão também, *a fortiori*, utilizar o travão de emergência, mas é possível que, aí, a norma europeia não seja susceptível de causar a incoerência do sistema nacional, por não ser sequer reconhecida pelo último e, portanto, não vigorar no domínio sob a sua jurisdição (cf. o art. 8º, nº 4, da CRP). A

Os Estados podem ainda contestar a validade do acto europeu perante o TJ (art. 263 TFUE), e este poder terá especial relevo no contexto do novo procedimento legislativo aplicável às directivas em matéria criminal, que são aprovadas por maioria dos membros do Conselho.

Por fim, os Estados podem suportar, até um certo limite, incoerências menores e descontá-las como custos da integração europeia, ou até reavaliar as suas próprias escolhas e reorientar os seus sistemas de maneira a dar-lhes coerência perante o novo elemento introduzido pelo direito europeu.

6.2 Em segundo lugar, cabe à doutrina inventar *novos esquemas* que possam acomodar os interesses da UE e dos Estados-membros.

A título de exemplo, seria possível instituir um mecanismo de responsabilidade partilhada entre a UE e os Estados para legislar sobre os limites mínimos das penas máximas sem prejudicar (ou afectando o menos possível) os equilíbrios – a coerência – dos ordenamentos internos. Sinteticamente¹¹, funcionaria do seguinte modo:

A UE estabeleceria, em abstracto, uma escala de penas (de prisão) composta por 3 ou 4 posições, das muito leves às mais graves, nomeadas através de letras (A, B, C, D). Cada Estado-membro *preencheria* depois essa escala com o seu próprio sistema penal e indicaria (em valores numéricos) as penas pertencentes a cada categoria. A partir de então, os actos da UE relativos às penas máximas referir-se-iam a essa escala (p. ex.,

vigência da norma europeia servirá apenas, nesses casos, para fundar a responsabilidade do Estado pela sua não transposição.

11 - Com maior desenvolvimento, vd. PEDRO CAEIRO / MIGUEL ÂNGELO LEMOS, "Content and impact of approximation: the case of terrorist offences (Council Framework Decisions of 2002 and 2008)", in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU. The Way Forward*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 165 e ss.

a pena máxima aplicável a certo crime não pode ser inferior à categoria B). O mecanismo garantiria a consistência das penas máximas aplicáveis (nenhum Estado-membro poderia prever uma pena máxima mais branda do que B), permitindo ao mesmo tempo alguma coerência interna dos sistemas nacionais: a pena B pode ser de 3 anos de prisão na lei do Estado X e de 6 anos na do Estado Y. Naturalmente, este esquema só funcionaria se a avaliação da própria UE sobre a gravidade relativa dos crimes fosse consistente e não encarasse cada espécie de crimes como especialmente graves, merecedores das penas mais elevadas.

Esta espécie de dupla qualificação, combinando juízos europeus e nacionais, contribuiria também para eliminar, ou ao menos reduzir, possíveis situações de incoerência dos sistemas penais existentes na UE.

Coimbra, 1 de Outubro de 2013