

Espaço de liberdade, segurança e justiça e mandado de detenção europeu: quando a (des)confiança recíproca sobre as condições de detenção justificam a sua não execução¹

Freedom, security and justice area and the European Arrest Warrant: when (no) mutual trust on the conditions of detention justifies their non-implementation

Fátima Pacheco²

Dora Resende Alves³

Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto, Portugal
Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal

SUMÁRIO: Introdução; 1. Enquadramento do tema; 2. O Mandado de Detenção Europeu: facilitar a cooperação judiciária entre os Estados-membros e materializar a confiança recíproca; 2.1. O mandado de detenção europeu em Portugal: traços gerais da fisionomia e funcionamento do instituto; 2.2. Da recusa de execução do mandado de detenção europeu; 2.3. Entre o obrigatório e o facultativo: o (des)respeito pelos direitos fundamentais como causa de recusa de execução do mandado de detenção europeu; 2.3.1. Melloni, Aranyosi e Caldaru: entre a liberdade dos arguidos, a segurança e a confiança entre os Estados-Membros; Juízos Conclusivos; Referências bibliográficas

Resumo: A concretização de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça na União Europeia passa (também) pela livre circulação das decisões judiciais em matéria penal e conduziu à supressão da extradição e à sua substituição por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. É neste contexto que surge o Mandado de Detenção Europeu (MDE), “núcleo essencial” da cooperação judiciária. Trata-se de uma decisão judiciária emitida por um Estado-membro e dirigida a outro que dá ordem de detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa da liberdade, devido a tal pessoa se encontrar no território do Estado-membro de execução.

Sendo certo que o cumprimento destes mandados deve ser objecto de um controlo adequado, tanto a nível processual, como a nível dos direitos fundamentais das pessoas procuradas a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, contém dispositivos normativos que enunciam os motivos (obrigatórios ou facultativos) pelos quais as autoridades judiciárias podem recusar a sua não execução.

E quando as condições gerais de detenção no Estado-Membro de emissão obstam à execução do Mandado de Detenção Europeu? O propósito é reflectir sobre o tema tendo em conta alguns acórdãos essenciais escolhidos do Tribunal de Justiça da União Europeia, com base na legislação aplicável e noutra jurisprudência.

¹ O texto teve como ponto de partida a comunicação apresentada no Congresso “Constitutionalism in a Plural World” na Universidade Católica Portuguesa, Pólo do Porto, Portugal, em 22 de novembro de 2017.

O texto não segue a norma do Acordo Ortográfico de 1990 por opção das autoras.

² Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica (escola de Direito do Porto), Professora Adjunta no ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto), Investigadora do CEDU (Universidade do Minho) e do CEI (ISCAP), Portugal.

³ Doutora em Direito. Professora Auxiliar e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

Palavras-chave: detenção; Mandado de Detenção Europeu (MDE), União Europeia.

Abstract: The implementation of an area of freedom, security and justice in the European Union (also) involves the free movement of judicial decisions in criminal matters and has led to the abolition of extradition and its replacement by a system of delivery between judicial authorities. It is in this context that the European Arrest Warrant (EAW) arises and presents itself as the "essential nucleus" of judicial cooperation. This is a judicial decision issued by one Member State and addressed to another which gives the order of detention and delivery of a wanted person for the purpose of prosecution or execution of a custodial sentence or detention order, within the territory of the Member State of enforcement.

While compliance with these warrants should be the subject of appropriate scrutiny, both at procedural level and on the fundamental rights of persons sought by Council Framework decision 2002/584/JHA, as amended by the framework Decision 2009/299/JAI of the Council, contain normative provisions stating the reasons (compulsory or optional) by which the judicial authorities may refuse their non-enforcement.

And when the general conditions of detention in the issuing Member State preclude the execution of the European Arrest Warrant? The purpose is to reflect on the subject, considering some chosen key judgments of the Court of Justice of the European Union, based on applicable law and another case law.

Keywords: arrest; European Arrest Warrant (EAW); European Union.

Introdução

Depois de definir a sua identidade axiológica no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE), a União Europeia (UE) vem enunciar os objectivos que os tratados lhe perpetram no artigo 3.º. Nesses termos, na alínea segunda deste último dispositivo a União afirma a sua intenção de proporcionar aos cidadãos a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, onde se assegure a livre circulação das pessoas, em conjugação com a criação de medidas destinadas ao controlo das fronteiras externas, asilo e imigração, e a prevenção e combate à criminalidade. Este objectivo vem conhecer um especial vulto com o Tratado de Lisboa que o refere como a segunda atribuição da União, assim ilustrando a centralidade do papel das pessoas (cidadãos e não cidadãos) no projecto europeu e a primazia do político sobre o económico.

Integrando o domínio das competências partilhadas (artigo 4.º, n.º 2, alínea j), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) este espaço encontra as suas bases jurídicas no Título V da Parte III do TFUE (artigos 67.º a 89.º) afirmando-se numa tripla vertente: como um espaço de liberdade de circulação de pessoas; como um espaço de segurança nas fronteiras externas, asilo e imigração; e como um espaço de justiça na prevenção e combate à criminalidade. É sobre este que nos deteremos.

É quase uma evidência assinalar que a implementação deste objectivo, nuclear ao constitucionalismo europeu, coloca delicados problemas de vinculação aos direitos fundamentais tanto por parte da União Europeia, como por parte dos Estados-Membros: o respeito pelas diferenças entre as tradições constitucionais e os sistemas jurídicos internos revela-se aqui com especial incidência.

Num domínio material em que a concretização de tais objectivos assenta no princípio do reconhecimento mútuo, no elevado grau de confiança entre os Estados-Membros e na harmonização mínima das medidas nacionais importa destacar que as reminiscências da soberania estadual podem prejudicar a actuação da União, pelo que se tornam necessárias medidas de cooperação policial e judiciária entre os Estados-Membros. Neste quadro, o reforço da EUROJUST, a almejada criação de um Procurador Europeu e a aproximação das legislações penal e processual dos Estados-Membros revelam-se instrumentos fundamentais para a construção de um espaço penal europeu de garantias mínimas.

Ora, a concretização de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça passa (também) pela livre circulação das decisões judiciais em matéria penal (na fase pré-

sentencial e pós trânsito em julgado) e conduziu à supressão da extradição e à sua substituição por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. É neste contexto que surge o Mandado de Detenção Europeu (MDE), “núcleo essencial” da cooperação judiciária. Trata-se de uma decisão judiciária emitida por um Estado-membro (Estado emissor) e dirigida a outro (Estado de execução) que dá ordem de detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa da liberdade, devido a tal pessoa se encontrar no território do Estado-membro de execução.

Sendo certo que o cumprimento destes mandados deve ser objecto de um controlo adequado, tanto a nível processual, como a nível dos direitos fundamentais das pessoas procuradas, o carácter absoluto dos artigos 1.º e 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) conduz a que a autoridade judiciária do Estado-Membro de execução do mandado de detenção europeu deva apreciar se a pessoa relativamente à qual o mandado foi emitido corre o risco sério e real de sofrer a violação daqueles direitos fundamentais, quais sejam o trato desumano ou degradante no Estado emissor, verificando a conformidade das condições de detenção com os referidos direitos.

Analisar em que termos deve ser feito o pedido de fornecimento de informação à autoridade judiciária de emissão; reflectir sobre a viabilidade prática dos juizes nacionais darem cumprimento a tal apreciação; e concluir se tal dever de apreciação poderá respaldar uma recusa infundada de execução do mandado de detenção europeu – frustrando o espírito de confiança recíproca que deve presidir ao funcionamento do instituto - é o objecto do trabalho que aqui vimos apresentar.

Em suma, o que nos propomos reflectir é se a necessidade de subordinar a entrega de uma pessoa condenada à condição - não prevista pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI - das circunstâncias de detenção existentes no Estado-Membro de emissão, não conduzirá à relativização da uniformidade do padrão de protecção dos direitos fundamentais nela incorporados, à violação dos princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que almeja reforçar e, assim, comprometer a final sua eficácia. Para o efeito faremos um brevíssimo percurso pelos acórdãos mais representativos do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria.

1. Enquadramento do tema

Tendo como destino criar uma “união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” o processo de integração europeia entrou numa nova fase que inclui a necessidade de assegurar a livre circulação de pessoas sem deixar de “garantir a segurança dos seus povos”. Este devir europeu encontra-se plasmado nos objectivos apontados no n.º 2 do artigo 3.º do TUE, em concreto na criação de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” (ELSJ) enquanto uma das atribuições mais ilustrativas dos desígnios políticos que subjazem à construção europeia.

Aquele almejado espaço - cuja comunitarização foi empreendida pelo Tratado de Lisboa de 2007⁴ - conjuga a livre circulação das pessoas, os controlos nas fronteiras externas, o asilo e a imigração, e a prevenção e combate à criminalidade colocando o ser humano no epicentro daquela construção. Tal atribuição da União – profundamente ligada à territorialidade e ao núcleo das soberanias - resulta da densificação do valor fundamental da liberdade, comum à União Europeia e aos Estados-Membros, tal como elencado no artigo 2.º do mesmo Tratado, e apresenta-se estritamente vinculada ao respeito dos direitos fundamentais protegidos pela União, onde se devem incluir os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁵. Com efeito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do TUE, «[a] União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia». Por sua vez, o n.º 3, do mesmo dispositivo afirma que «[d]o direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a

⁴ Última alteração aos tratados institutivos que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT> .

⁵ SILVEIRA, A. e CANOTILHO, M. (coordenação), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013.

Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros».

Comprometendo-se a envidar esforços para garantir um elevado nível de segurança, o n.º 3 do artigo 67.º do TFUE veio consagrar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal, enquanto base sob a qual se estrutura o funcionamento do espaço judicial europeu. Da mesma maneira, foi também prevista a possibilidade da aproximação legislativa das matérias penais e processuais penais (artigos 82.º e 83.º TFUE), bem como a cooperação policial e judiciária em matéria penal. Por outro lado, no que concerne à vertente operacional o Tratado prevê o reforço da EUROJUST e a criação da Procuradoria Europeia (artigos 85.º e 86.º do TFUE).

Tratando-se de um domínio de competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros, indicada no n.º 2 do artigo 4.º do TFUE, o ELSJ encontra-se previsto no Título V, em concreto nos artigos 67.º a 89.º do TFUE. Os actos adoptados neste domínio (onde se deve incluir o mandado de detenção europeu) gozam de primado sobre o direito estadual, de aplicabilidade directa e efeito directo. Excepção feita para a fiscalização da validade ou da proporcionalidade das operações de polícia e para a manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna, estão aqueles actos sujeitos à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Saliencia-se, todavia, a presença de vários desvios ao regime jurídico comum. Tais desvios resultam de significativas concessões à soberania dos Estados-Membros, tais como o disposto nos artigos 76.º, alínea b); 79.º, n.º 5; 82.º, n.º 3, § 1.º; 83.º, n.º 3, parágrafos 1 e 2, todos do TFUE, demonstram.

Decorrendo da abolição dos controlos de pessoas nas fronteiras internas entre os Estados-Membros, o regime jurídico aplicável no domínio do ESLJ demanda a necessidade inelutável de garantir um elevado nível de protecção aos cidadãos. Assim, sendo certo que a liberdade de circulação suscita a cooperação policial e judiciária (também) em matéria penal; e que a prevenção e a repressão da criminalidade implica o seu reforço, a atribuição de competências à União no domínio em apreço conduziu à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à sua substituição por um sistema simplificado de entrega de pessoas (condenadas ou suspeitas) entre as várias autoridades judiciárias nacionais.

É neste contexto que surge o Mandado de Detenção Europeu (MDE), núcleo essencial da cooperação judiciária em matéria penal e instrumento de repressão da criminalidade europeia. Este mecanismo operativo, imprescindível àquela cooperação, impõe às autoridades judiciárias nacionais (autoridade de execução), o reconhecimento de um pedido de detenção - mediante um controlo mínimo restrito à verificação dos requisitos do mandado e à ocorrência de situação de recusa, bem como ao controlo dos direitos fundamentais - apresentado por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro (autoridade de emissão) e a consequente entrega da pessoa em causa, para fins de procedimento criminal ou cumprimento da pena ou medida de segurança privativa de liberdade.

Nos termos do artigo 82.º, n.º 1, do TFUE, as matérias que integram o ELSJ assentam: **I)** no princípio basilar do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria penal (coordenação da acção das autoridades judiciárias no âmbito da investigação e do exercício da acção penal e execução das decisões); **II)** no elevado grau de confiança entre os Estados; e, ainda que a título subsidiário, incluem **III)** a gradual aproximação legislativa das matérias de Direito Penal e de Direito Processual Penal (estabelecimento de regras mínimas), no respeito pelas tradições e sistemas jurídicos estaduais, bem como o reforço da operacionalidade e apoio da EUROPOL e da EUROJUST⁶.

Saber se o respeito pelos direitos fundamentais e processuais das pessoas suspeitas ou acusadas pode respaldar uma recusa de execução do mandado de detenção europeu - relativizando o espírito de confiança recíproca que preside ao funcionamento do instituto - é o objecto que deu causa a esta reflexão. Assim sendo, pretende-se reflectir sobre se a necessidade de subordinar a entrega de uma pessoa condenada à

⁶ Dados em https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/europol_pt e <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/pt.aspx>.

verificação prévia das condições gerais de detenção do Estado de emissão não comprometerá a eficácia dos objectivos que subjazeram à criação deste instituto.

Para o efeito, será efectuada uma brevíssima abordagem à jurisprudência que melhor ilustra o compromisso de garantir o nível de protecção dos direitos fundamentais previstos na CDFUE, nas constituições nacionais e nos compromissos convencionais. É neste quadro que a jurisprudência *Aranyosi e Căldăraru* (Processos C-404/15 e C-659/15 PPU)⁷, que analisa se a sobrelotação prisional generalizada conduz a um regresso às inquietudes já suscitadas pelo Acórdão *Melloni* (Processo C-399/11)⁸.

2. O Mandado de Detenção Europeu: facilitar a cooperação judiciária entre os Estados-membros e materializar a confiança recíproca

O cabal funcionamento do ELSJ implica a existência de um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como quando transitadas em julgado. Neste contexto, o mandado de detenção europeu constitui a "pedra angular"⁹ da cooperação judiciária sob a qual assenta o ELSJ, cujo regime jurídico está previsto na Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002¹⁰. O mecanismo substituiu, nas relações entre si, todos os anteriores instrumentos em matéria de extradição, incluindo as disposições nesta matéria do Título III da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

O referido princípio significa que os Estados confiam mutuamente na qualidade dos procedimentos penais nacionais¹¹. O princípio do reconhecimento mútuo implica que «uma decisão tomada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro com base na sua legislação interna será reconhecida e executada pela autoridade judiciária de outro Estado-Membro, produzindo efeitos pelo menos equivalentes a uma decisão tomada por uma autoridade judiciária nacional». ¹² Assim sendo, as decisões proferidas por um Estado-Membro devem ser respeitadas por todos os outros, o que é dizer que uma decisão judicial tomada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro deve ser exequível. O que significa que se o mandado de detenção europeu contiver todas as informações necessárias e se estiver devidamente traduzido, o Estado-Membro de execução deve cumprir a decisão de uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro – independentemente das diferenças entre as respectivas ordens jurídicas. Dado que a execução de um mandado de detenção europeu não implica o julgamento de mérito da questão de facto e de direito que lhe subjaz, a apreciação da prova dos factos imputados à pessoa em causa está fora dos poderes de cognição do juiz.

O mecanismo pretende ser um contributo no combate ao crime organizado e, como já foi sublinhado, baseia-se na necessidade de agilizar a entrega de arguidos no espaço europeu e de estabelecer um elevado grau de confiança entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros. Assim, apenas poderá ser suspenso em caso de violação grave e persistente dos valores elencados no artigo 2.º do TUE. Todavia, se existir a convicção de que o mandado de detenção europeu foi emitido para punir uma pessoa em

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2016 com *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru* em pedidos de decisão prejudicial apresentados pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Processos C-404/15 e C-659/15 PPU. Em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=404/15&td=ALL>, consulta em 15/11/2017.

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2013 com *Stefano Melloni* contra Ministerio Fiscal em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional (Espanha), Processo C-399/11. Em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=399/11&td=ALL>, consulta em 15/11/2017.

⁹ Segundo a expressão utilizada no considerando 6 da 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.

¹⁰ Ver o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação desde 2007 da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, COM 2011 (175) final de 11.04.2011.

¹¹ Ver António L. Santos Alves, na RMP, Ano 103, pág. 68, nota 11.

¹² Ver Ricardo Jorge Bragança de Matos, na RPCC, Ano XIV, n.º 3, pág. 327.

virtude do sexo, raça, religião, ascendência étnica, nacionalidade, língua, opinião política ou orientação sexual, deve recusar-se a entrega do indivíduo em questão¹³. Ademais, ao dar-se cumprimento ao mandado de detenção europeu a autoridade judiciária tem de ter por certo de que ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes. Devido à sindicância judicial exercida pelo Estado de execução ser muito reduzida, as razões pelas quais o Estado-Membro de execução pode recusar o seu reconhecimento apresentam-se extremamente limitadas e estão expressamente previstas. Como explicitaremos em particular, as causas de recusa de execução do mandado de detenção europeu podem ser obrigatórias – caso em que são taxativas – ou facultativas. Visando este instrumento a boa administração da justiça penal na União Europeia, o acto de recusa de um mandado de detenção europeu não deve constituir um entrave à perseguição criminal, sem prejuízo da salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa procurada.

Só depois da autoridade judiciária de execução se certificar da viabilidade (formal e substancial) deste instrumento é que pode ordenar a entrega da pessoa em causa ao Ministério Público (MP) para providenciar pela detenção da pessoa em causa. Neste quadro, sempre assistirá ao detido o direito de conhecer o conteúdo do mandado de detenção europeu que lhe é dirigido e o direito de ser ouvido e assistido por um defensor (para informações e aconselhamento) e um intérprete. De resto, deve ainda garantir-se-lhe o direito de informar as autoridades consulares sobre a sua detenção, bem como o direito a ser protegido relativamente a procedimentos que não se reconduzam ao objecto do mandado (princípio da especialidade¹⁴). Da mesma forma, a dignidade da pessoa arguida implica que o Estado-Membro de emissão deve garantir o seu acesso ao direito e ao julgamento justo, mediante o exercício do contraditório e o princípio da presunção da inocência.

Não obstante a simplicidade e a celeridade que caracterizam este procedimento judicial, não deve o reconhecimento mútuo do mandado de detenção europeu implicar a violação das garantias processuais e dos direitos humanos¹⁵ consignados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e na CDFUE. Por esta questão ser essencial para o problema em análise será particularmente apresentada em momento posterior deste trabalho.

¹³ Ver Maria Rosa Maia Salgado com “Mandado de Detenção Europeu (Motivos de recusa de execução)”, *Maia Jurídica*, 2008, pp. 37 a 47.

¹⁴ Segundo este princípio uma pessoa entregue não pode ser sujeita a procedimento penal, condenada ou privada de liberdade por uma infracção praticada antes da sua entrega diferente daquela que deu causa a tal entrega. O fundamento do princípio da especialidade baseia-se no reconhecimento da soberania do Estado requerido pelo Estado requerente, e significa que o Estado requerente se compromete face ao requerido de apenas perseguir o extraditando pelas infracções mencionadas no pedido.

¹⁵ De referir que já no caso *Soering v. The United Kingdom*, em 1989, se tinha discutido se era possível responsabilizar um Estado-parte da CEDH por extraditar indivíduos para países onde corresse o risco real e sério de se serem sujeitos a pena de morte, devido ao “síndrome do corredor da morte” poder ser considerado uma prática incluída na proibição do artigo 3.º da CEDH: «Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes», ainda que tais países fossem não-parte da convenção (Virgínia, EUA). Posteriormente, no caso *Kaboulov v. Ukraine*, em 2009, o TEDH acabou por afirmar que os Estados parte da Convenção devem, nas suas relações internacionais, proteger os direitos humanos, onde se deve incluir a possibilidade de sujeitar uma pessoa à pena de morte. Assim sendo, a obrigação do Estado extraditante traduzir-se-á numa obrigação de não extraditar, uma vez que decorria do próprio artigo 1.º da Convenção, a obrigação de garantir os direitos consagrados na CEDH a todos os que se encontrassem sob a sua jurisdição. Com efeito, apenas este entendimento é compatível com a Convenção enquanto “padrão mínimo europeu”. A responsabilização de um Estado extraditante por violações dos direitos humanos das pessoas (tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes), produzidas após a extradição, acabou por ficar estabelecida em jurisprudência posterior sempre que fosse previsível a um Estado-parte que tal poderia acontecer por consequência directa ou indirecta da extradição. Desta forma, no entendimento do TEDH, impende sobre o Estado extraditante a avaliação do risco a que poderão os indivíduos ser sujeitos, cabendo aos Estados a obrigação de não proceder à entrega de indivíduos para territórios onde os direitos humanos garantidos pela Convenção possam ser violados.

2.1. O mandado de detenção europeu em Portugal: traços gerais da fisionomia e funcionamento do instituto

O mandado de detenção europeu está previsto na Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002 (2002/584/JAI)¹⁶. A Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto¹⁷ aprovou o seu regime jurídico no Estado português, dando-lhe assim efectivo cumprimento, entrando em vigor no dia 1 de Janeiro de 2004, aplicando-se aos pedidos formulados após tal data. Por força da transposição (tardia) da Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009¹⁸ (que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI - cujo objectivo principal era o reforço dos direitos processuais das pessoas e a aplicação efectiva do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere a decisões na ausência do arguido) - o legislador português proveio à sua primeira alteração através da Lei n.º 35/2015, de 4 de Maio¹⁹ que entrou em vigor 30 dias após a sua publicação²⁰.

Como vimos, o mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro (Estado de emissão) em que este solicita a outro (Estado de execução) a detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal por factos puníveis pela sua lei com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima de pelo menos doze meses, ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração não inferior a quatro meses.

Em regra, tal entrega será concedida sem controlo de dupla incriminação²¹ no controlo dos procedimentos extradicionais, enquanto causa de recusa de execução e entrega relativamente a 32 infracções típicas, quando as mesmas sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 3 anos. O mandado, para efeitos de procedimento penal, deve ser emitido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Já se for emitido para efeitos de cumprimento de pena, deve sê-lo a partir da fase de julgamento e após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹⁶ Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 18 de Julho de 2002, versão consolidada com as alterações mencionadas em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1524952456103&uri=CELEX:02002F0584-20090328>.

¹⁷ Lei n.º 65/2003 de 23 de Agosto, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 194 de 23 de Agosto de 2003. Ver GRAÇA, António Pires Henriques da. *Mandado de detenção europeu*, 2014.

¹⁸ As alterações introduzidas pela Decisão-Quadro incidiram sobre as seguintes matérias: âmbito de aplicação; transferência temporária e audição da pessoa procurada na pendência da decisão sobre execução do mandado de detenção europeu; princípio da especialidade; entrega e extradição posterior; causas de recusa facultativa; garantias; trânsito; decisões proferidas na sequência de julgamento na ausência.

¹⁹ Lei n.º 35/2015 de 4 de Maio, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 85 de 4 de Maio de 2015, em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/advanced/maximized?types=SERIEI&tipo=%22Lei%22&numero=35&anoDR=2015&sortOrder=ASC&search=Pesquisar&fpb=dHJ1ZQ%3D%3D>.

²⁰ A lei transpunha tardiamente outras Decisões-Quadro, tais como a 2009/299/JAI, que, por sua vez alterava as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI. Para uma opinião reflectida e crítica sobre a substância das alterações introduzidas na legislação portuguesa, destacando a desconsideração do legislador português relativamente às Directivas 2010/64/UE (direito à interpretação e tradução em processo penal), 2012/13/UE (direito à informação em processo penal) e 2013/48/UE (direito a acesso a advogado em processo penal e nos de execução de mandado de detenção europeu e ao direito de informação de terceiros em caso de privação de liberdade), ressaltando a possibilidade de choque com outros dispositivos legais tais como a Lei n.º 144/99 e algumas disposições do Código de Processo Penal português. Ver TORRES, A. S. "As alterações à Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto...". *Julgar*, 2016.

Ver também a Directiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro de 2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus, JOUE L 297 de 04.11.2016, pp. 1 a 8.

²¹ Sobre a dupla incriminação, ver PAIS, A. I. R. "A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu...", em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, 2009.

Se assim o entender, para tornar mais célere a cooperação judiciária europeia, a autoridade judiciária de emissão pode inserir a indicação da pessoa indicada no sistema de informação Schengen (SIS)²². O mandado de detenção europeu deve ser transmitido (em boa e devida forma) directamente à autoridade de execução, mas caso não se saiba onde se encontra a pessoa procurada deve efectuar-se através do sistema de telecomunicações de segurança da rede judiciária europeia²³, podendo as autoridades contactar directamente entre si.

Em Portugal, cabe à Procuradoria-Geral da República – na sua qualidade de autoridade central - o dever de assistir às autoridades judiciárias competentes²⁴. Os Tribunais da Relação (secção criminal) são as autoridades judiciárias de execução dos mandados. Por sua vez, deve o respectivo Ministério Público²⁵ promover a sua execução em 48 horas. Assim, após a verificação de um conjunto de requisitos formais e materiais, deve o juiz relator pronunciar-se - liminar e fundamentadamente - em cinco dias sobre a possibilidade de execução do mandado, caso em que ordenará a entrega da pessoa ao MP para promover a sua detenção. O Estado de execução deve aceitar a condenação nos seus precisos termos, todavia, consubstanciando uma reserva de soberania, pode executar a pena ou a medida de segurança de acordo com a sua lei nacional. Acresce que o Estado de execução na mesma cumprirá as suas vinculações europeias, executando ele próprio a pena, em vez de dar execução ao mandado mediante a entrega da pessoa procurada ao Estado de emissão.

Aquando da detenção assistem ao detido os direitos de ser informado e o exercício do direito fundamental de defesa. Tem, portanto, o detido direito a ser ouvido perante o juiz do Tribunal da Relação competente²⁶, que decidirá – num prazo máximo de 48 horas - pela validade e manutenção da detenção ou pela aplicação de medida de coacção. Do período total da pena de privação de liberdade eventualmente aplicável deve ser deduzido o período de detenção relativo ao mandado de detenção europeu. Sob pena de nulidade de todo o processado posterior, assiste ao detido o direito a consentir a sua entrega à autoridade judiciária de emissão ou, ao contrário, opor-se à execução do mandado com base em erro sobre a sua identidade ou outra causa de recusa.

O consentimento, em regra irrevogável, implica certificação da sua voluntariedade e decisão judicial de homologação bem como equivale à decisão final do processo de execução do mandado de detenção europeu. Neste caso, a decisão definitiva deve ser tomada em 10 dias a contar de tal consentimento, assim se cumprindo o mandado de detenção europeu. Logo que possível, deve o tribunal competente proceder à notificação da autoridade judiciária de emissão.

Ao contrário, caso o detido se oponha deve apresentar a oposição e os meios de prova pertinentes durante a diligência de audição, ainda que tais meios se apresentem diferenciados das garantias próprias do processo criminal e devam ser apresentados no âmbito do processo que deu origem ao mandado de detenção europeu. Sempre que assim aconteça a execução definitiva sobre o mandado de detenção europeu deve ser

²² A inserção deve ser efectuada nos termos do artigo 26.º a 31.º da Decisão 2007/533/JAI, do Conselho de 12/6/2007, relativa ao funcionamento e utilização do SIS II, conforme Regulamento CE n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/12/2006, relativo ao estabelecimento e funcionamento do SIS II (JO L 381 de 28/12/2006, p. 4), e pode ter os mesmos efeitos do mandado de detenção europeu, se contiver as informações previstas no artigo 3.º, n.º 1, do regime jurídico do mandado de detenção europeu, até recepção do mandado de detenção europeu original.

²³ Acção Comum 98/428/JAI do Conselho, de 29 de Junho de 1998, que cria a rede judiciária europeia (JO L 19 de 7/7/1998, p. 4). Em Portugal, consultar circular da Procuradoria-Geral da República n.º 6/2000, de 5 de Junho de 2000. Para criminalidade grave, de natureza transnacional, deve contactar-se o membro nacional da EUROJUST.

²⁴ FERREIRA, Joana Gomes. *Manual de Procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*. 2007.

²⁵ Durante a fase de Inquérito, são os Magistrados do Ministério Público que têm competência para efectuar a detenção do arguido e ordenar a sua apresentação ao juiz para primeiro interrogatório (artigo 257.º, n.º 1, do Código de Processo Penal português).

²⁶ Caso o detido não possa ali ser ouvido, deve ser apresentado ao Ministério Público junto do tribunal de 1.ª instância da sede do tribunal competente para efeitos de validação e manutenção da detenção ou de aplicação de medida de coacção.

tomada até 60 dias após a detenção da pessoa em causa, embora em casos excepcionais²⁷ se possa prorrogar tal prazo por mais 30 dias. Naquela situação, deve a EUROJUST ser informada da ocorrência por parte da Procuradoria-Geral da República. Ainda que tais prazos pretendam contribuir para a celeridade da execução do mandado, a garantia dos direitos fundamentais que assistem ao requerido impõe que os mesmos não sejam peremptórios.

Uma vez transitada em julgado, abre-se uma nova fase de execução do mandado de detenção europeu, que tem como objectivo proceder à entrega da pessoa procurada à autoridade judiciária de emissão – também com novos e apertados prazos a cumprir. De referir que uma vez decidida, com trânsito em julgado, a execução do mandado de detenção europeu já não poderá ser revogada, só não se executando se o Estado-Membro de emissão disso se tiver desinteressado, nomeadamente não comparecendo para receber o detido.

Na fase de entrega da pessoa deve a decisão definitiva de execução ser comunicada à autoridade judiciária de emissão e a pessoa reclamada terá de ser entregue tão breve quanto possível (em regra até 10 dias), em data acordada entre o tribunal competente e a autoridade judiciária de emissão. A título excepcional, pode a entrega ser prorrogada, circunstância que implica um acordo entre as autoridades judiciárias no sentido da fixação de uma nova data a cumprir (10 dias a contar da data anterior). Por outro lado, pode a entrega em causa ser temporariamente suspensa por motivos humanitários. Acresce que a entrega pode ainda ser diferida para que a pessoa procurada seja, entretanto, sujeita a procedimento penal em Portugal ou para aqui cumprir pena (repatriamento), ou pode ainda ser temporariamente entregue. Assim, em determinadas circunstâncias admite-se a recusa do Estado de execução, desde que este assumo o compromisso de executar ele próprio a pena ou medida de segurança. Os objectos que possam servir de prova ou todos aqueles que tiverem sido adquiridos pela pessoa reclamada em resultado da infracção ficam adstritos ao processo e devem ser igualmente entregues ao Estado-Membro de emissão do mandado de detenção europeu.

Em conformidade com a garantia prevista no artigo 32.º, n.º 1 da CRP, da decisão que mantiver a detenção ou a substituir por medida de coacção, bem como da decisão final de execução do mandado cabe, em cinco dias, recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (secções criminais). Uma vez que o direito ao recurso integra o núcleo das garantias de defesa constitucionalmente garantidas, tal possibilidade dá cumprimento à garantia do duplo grau de jurisdição. Naqueles casos, caso o recurso seja procedente a decisão de execução do mandado ficará condicionada.

Por razões de celeridade, todos os actos processuais são praticáveis fora de dias úteis, das horas de expediente e em férias judiciais. É aplicável ao processo de execução de mandado, a título subsidiário, o Código de Processo Penal, embora as medidas coactivas a que se possa recorrer – nomeadamente a prisão preventiva - sejam as do Estado emissor. As despesas ocasionadas são da responsabilidade do Estado-membro de emissão.

Trata-se, portanto, de um acto de natureza exclusivamente judiciária, adjectiva e procedimental, ou seja, de um instrumento jurídico-penal de cooperação internacional, despido de qualquer juízo de oportunidade política na decisão e sem qualquer intervenção do executivo.

2.2. Da recusa de execução do mandado de detenção europeu

Ora, sendo o mandado de detenção europeu um utensílio para a execução de penas na União Europeia (e não para a determinação da sua medida), o Estado da execução deve – em regra - aceitar a condenação nos seus precisos termos. Neste contexto, a sindicância judicial a exercer pelo Estado-Membro de execução é muito reduzida²⁸, sem que isso deva implicar o desrespeito pelos direitos fundamentais. A ideia

²⁷ Tal acontece se houver recurso da decisão, caso em que o prazo é elevado para 90 ou 150 dias conforme o recurso seja interposto para o Supremo Tribunal de Justiça ou para o Tribunal Constitucional. De referir que tais prazos se contam desde as datas da prolação dos acórdãos e não do seu trânsito em julgado.

²⁸ Sobre esta temática veja-se Ricardo Jorge Bragança de Matos, na RPCC, Ano XIV, n.º 3, págs. 327-328.

da confiança mútua que subjaz à execução do mandado de detenção europeu não significa que a sua execução seja automática, porquanto a lei prevê diversas causas ou obstáculos à sua execução (artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 65/2003 de 23/8).

Assim sendo, nos termos do artigo 11.º supra referido, a execução do mandado de detenção europeu deve ser obrigatoriamente recusada nos casos nele previstos. Ou seja, tratando-se de situações que colidam com princípios fundamentais e impostergáveis, devem os mesmos ser sempre salvaguardados pelo Estado-Membro de execução. Nesses termos, sempre que a infracção em causa tiver sido amnistiada em Portugal; se a pessoa procurada já foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado-Membro (desde que a pena já tenha sido cumprida ou esteja em cumprimento segundo a lei do Estado-Membro de condenação); se a pessoa procurada for inimputável em razão da idade; e se a infracção for punível com pena de morte ou por outra causa que lese irreversivelmente a integridade física da pessoa procurada, não deve – em absoluto – ser cumprido o mandado. Tal dispositivo é coerente com a axiologia constitucional portuguesa²⁹ (artigo 33.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa (CRP)), com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigos 1.º e 3.º da DUDH), com a CDFUE, e com os compromissos estabelecidos pela CEDH (artigo 2.º).

Ao contrário, nos casos do artigo 12.º³⁰ supra referido, a execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada por motivos intrinsecamente ligados à reserva de soberania penal da república (não incriminação fora do catálogo, competência material do Estado Português para procedimento pelos factos que estejam em causa, nacionalidade portuguesa ou residência em Portugal da pessoa procurada).

A decisão de recusa facultativa da execução do mandado de detenção europeu é uma verdadeira faculdade do Estado da execução, não indicando a Decisão-quadro

²⁹ Em CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2007.

³⁰ O artigo 12.º da Lei n.º 65/2003 estabelece as causas de recusa facultativa de execução do mandado de detenção europeu, nos seguintes termos: 1 - *A execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada quando: a) O facto que motiva a emissão do mandado de detenção europeu não constituir infracção punível de acordo com a lei portuguesa, desde que se trate de infracção não incluída no n.º 2 do artigo 2.º; b) Estiver pendente em Portugal procedimento penal contra a pessoa procurada pelo facto que motiva a emissão do mandado de detenção europeu; c) Sendo os factos que motivam a emissão do mandado de detenção europeu do conhecimento do Ministério Público, não tiver sido instaurado ou tiver sido decidido pôr termo ao respetivo processo por arquivamento; d) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro em condições que obstem ao ulterior exercício da acção penal, fora dos casos previstos na alínea b) do artigo 11.º; e) Tiverem decorrido os prazos de prescrição do procedimento criminal ou da pena, de acordo com a lei portuguesa, desde que os tribunais portugueses sejam competentes para o conhecimento dos factos que motivam a emissão do mandado de detenção europeu; f) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado terceiro desde que, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada ou já não possa ser cumprida segundo a lei do Estado da condenação; g) A pessoa procurada se encontrar em território nacional, tiver nacionalidade portuguesa ou residir em Portugal, desde que o mandado de detenção tenha sido emitido para cumprimento de uma pena ou medida de segurança e o Estado Português se comprometa a executar aquela pena ou medida de segurança, de acordo com a lei portuguesa; h) O mandado de detenção europeu tiver por objecto infracção que: i) Segundo a lei portuguesa tenha sido cometida, em todo ou em parte, em território nacional ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas; ou ii) Tenha sido praticada fora do território do Estado membro de emissão desde que a lei penal portuguesa não seja aplicável aos mesmos factos quando praticados fora do território nacional.* 2 - *A execução do mandado de detenção europeu não pode ser recusada, em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios, com o fundamento previsto no n.º 1, pela circunstância de a legislação portuguesa não impor o mesmo tipo de contribuições ou impostos ou não prever o mesmo tipo de regulamentação em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios que a legislação do Estado membro de emissão.* 3 - *A recusa de execução nos termos da alínea g) do n.º 1 depende de decisão do tribunal da relação, no processo de execução do mandado de detenção europeu, a requerimento do Ministério Público, que declare a sentença exequível em Portugal, confirmando a pena aplicada.* 4 - *A decisão a que se refere o número anterior é incluída na decisão de recusa de execução, sendo-lhe aplicável, com as devidas adaptações, o regime relativo à revisão e confirmação de sentenças condenatórias estrangeiras.*

qualquer critério pelo qual se pautará a decisão do juiz. A competência para decidir se está verificada uma causa de recusa de execução pertence, portanto, à autoridade judiciária de execução, sem qualquer intervenção prévia ou acessória de qualquer outra entidade. Assim sendo, a decisão de recusa constitui uma verdadeira salvaguarda, pelo que os critérios que lhe presidem – não estando fixados na lei - relevam do espaço de livre decisão interna em função da reserva de soberania implicada. Não obstante, tal decisão não deve ser arbitrária antes se encontrando sujeita a critérios de estrita legalidade, devendo o juiz utilizar os critérios injuntivos para a integração de lacunas normativas definidos no artigo 10.º do Código Civil português, ponderando as valorações necessárias. Tais critérios devem atender aos princípios de política criminal subjacentes à aplicação das penas e às finalidades da sua execução. Ou seja, a recusa tem de se basear em motivos ponderosos, ilustrados a título exemplificativo no teor do artigo, ligados às razões que subjazem, por um lado, ao interesse do Estado que solicita a entrega de pessoa, e, por outro, ao interesse do Estado a quem o pedido foi dirigido. É esta ponderação de interesses em conflito que deve presidir à decisão – estritamente fundamentada³¹ - do juiz.

Estamos em crer que tal faculdade estadual é ainda um resquício da vocação de protecção que subjazia ao tradicional princípio da não extradição de nacionais. Saliente-se, todavia, que se a autoridade judiciária de um Estado-Membro recusa a execução do mandado de detenção europeu tem, em contrapartida, de ordenar o cumprimento da pena ou da medida de segurança pelo tribunal competente para o efeito – em território nacional.

O artigo 13.º trata das garantias especiais a prestar efectivamente pelo Estado-Membro de emissão, garantias essas que concretizam a necessidade de assegurar a dignidade da pessoa arguida e os respectivos direitos fundamentais. Tais garantias devem ser realmente prestadas pelo Estado de emissão, ficando o processo de entrega sujeito às condições previstas nas duas primeiras alíneas do dispositivo em apreço. Ou seja, sempre que o mandado de detenção europeu tenha sido emitido para efeitos de cumprimento de pena imposta por decisão proferida na ausência do arguido, ou se este não tiver sido pessoalmente notificado ou informado da data e local da audiência que determinou a decisão proferida contra si, só deve proceder-se à entrega caso a autoridade judiciária de emissão garanta a possibilidade de interposição de recurso ou de requerer novo julgamento, e nele o arguido estar de facto presente.

Tal exigência decorre da jurisprudência do TEDH, relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal. Quanto à garantia prevista na última alínea do artigo 13.º, deve ter-se por certo que – relativamente a nacionais ou residentes no Estado-Membro de execução - não se interdita a decisão de entrega. O que acontece é que tal decisão fica sujeita a uma condição resolutiva, qual seja a condição da pessoa, depois de ouvida no Estado-Membro de emissão, ser devolvida ao Estado-Membro de execução para nele cumprir a pena ou a medida de segurança privativa de liberdade.

2.3. Entre o obrigatório e o facultativo: o (des)respeito pelos direitos fundamentais como causa de recusa de execução do mandado de detenção europeu

Na construção de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça tem de haver, necessariamente, um património valorativo de bens jurídicos comuns que devem ser tutelados (também) pelo direito penal. Assim, é já um dado incontroverso que a União se funda no princípio do Estado-de-Direito e respeita os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Com efeito, é também um dado incontroverso que os tratados actuais conferem directamente estes direitos aos indivíduos: o seu preâmbulo confirma o «apego dos europeus por os direitos do Homem e liberdades fundamentais»; o artigo 2.º do TUE refere-os como um dos valores comuns em que se funda a União; o artigo 3.º do mesmo Tratado enuncia o objetivo de os promover; o seu artigo 6.º, n.º 1, reconhece a

³¹ A falta de fundamentação sobre a aplicação da cláusula de recusa facultativa de execução é causa de anulação da decisão, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea a), *ex vi* artigo 425.º, n.º 4, do Código de Processo Penal português.

existência de um catálogo de direitos, princípios e objetivos; o seu n.º 2 menciona o compromisso da União aderir ao sistema internacional regional de proteção de direitos fundamentais; o seu n.º 3 destaca o papel da CEDH e das tradições constitucionais comuns; o artigo 7.º do TUE consagra um processo de incumprimento especial para os Estados que violam ou ameaçam violar os valores referidos no artigo 2.º; os tratados contêm várias disposições internas sobre matéria de direitos fundamentais e enunciam uma política externa de direitos humanos; bem como existe uma agência para a sua verificação.

Ora, ainda que os tratados iniciais não contivessem qualquer catálogo que os enunciasse, o TJUE acabou por os incorporar pela via dos princípios gerais de direito. Porém, não estando assegurada a sua identificação concreta, ainda que tais princípios se assimilassem às bases axiológicas da União, tornava-se imprescindível que a UE se dotasse de uma declaração de direitos – o que aconteceu. A previsão dos direitos fundamentais num catálogo munido com força de direito primário, para além de permitir a sua identificação; serviu de parâmetro de interpretação e validade das actuações da União; de limite ao legislador e de paradigma ao controlo dos Estados no quadro do processo sancionatório. Nesta medida, sempre que esteja em causa a aplicação material do direito da União³², impõe-se às instituições (com especial destaque para o TJUE) e aos Estados-Membros a observância dos direitos consignados na CDFUE. Por outro lado, uma vez cabendo aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça garantir a protecção jurisdicional dos direitos conferidos pelo direito da União aos particulares, a jurisprudência foi-se revelando profundamente activista em assuntos provenientes da justiça criminal, liberdade, segurança e justiça, protecção de dados, situação da família, cidadania, liberdades fundamentais, asilo e imigração e meios antiterroristas. É, assim, um dado incontestável que a União defende e assegura os seus valores comuns, a democracia e os direitos fundamentais. Ademais, não deve ser subestimado o desempenho dos tribunais nacionais na defesa dos valores comuns da União Europeia, ainda que no respeito da independência dos sistemas judiciais.

É neste contexto, que o artigo 52.º, n.º 3, da CDFUE³³, veio esclarecer que na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos garantidos pela CEDH, o seu sentido e âmbito deve ser igual aos por ela consignados. Trata-se, assim, de assumir a CEDH como um limiar mínimo de protecção europeia, não impedindo que a União Europeia exerça uma protecção mais ampla. Bem como foi também neste contexto que o seu artigo 53.º, veio acrescentar que nenhuma disposição da Carta³⁴ deve ser

³² Por sua vez, quando os Estados-Membros actuam fora do âmbito de aplicação do direito da União Europeia, na mesma estão vinculados ao respeito dos valores em que assenta a União, nomeadamente o respeito pelo Estado-de-direito que é, em si mesmo, uma condição prévia para a protecção dos direitos fundamentais. Neste sentido, veja-se a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2016, sobre o mecanismo da União Europeia para a democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais, em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//PT>.

³³ O artigo 52.º contém uma cláusula geral de restrição dos direitos, à semelhança do disposto no artigo 8.º da CEDH.

³⁴ Refira-se que a CDFUE tem um título específico para as liberdades (II) e outro para a Justiça (VI). No que concerne a matéria penal a Carta estabeleceu o direito à acção e a um tribunal imparcial (artigo 47.º); a presunção de inocência e direitos de defesa (artigo 48.º); o princípio da proporcionalidade e da legalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º); e o direito a não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º). Para um estudo sobre o impacto da Carta na arquitetura constitucional da União assinalando um progresso qualitativo importante no regime de protecção dos direitos fundamentais na União, ver Sara Iglesias Sanchez em "The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights", na CMLR, 49, 2012, pp.1565-1611, propondo o artigo 53.º como solução de situações de colisão de direitos, impondo uma interpretação dos direitos fundamentais protegidos pela Carta que nem prejudica, nem reduz o significado dos direitos garantidos pelas constituições e pelos instrumentos internacionais de protecção de direitos humanos. Também Marta Cartabia no "Article 53.º - level of protection", em *Human Rights in Europe – Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2010, p. 339. Salientando o seu valor político e simbólico, temos Jonas Bering Liisberg, no "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an

interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União ou todos os Estado-Membros, nomeadamente a CEDH, bem como pelas constituições dos estados. Literalmente, este preceito de não-regressão impediria o Tribunal de apoiar-se na Carta para declarar inaplicáveis medidas nacionais mais protectoras que as asseguradas pelo direito da União. Tal interpretação conduziria ao estalar do direito da União ao impor que o Tribunal preferisse a protecção que cada Estado concede. Se assim fosse, o Tribunal atuaria como um órgão jurisdicional superior dos Estados e não como um autónomo órgão jurisdicional de uma União de direito. A este propósito, há que recordar que o TJUE interpretou a última disposição horizontal da Carta no sentido que a aplicação dos padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais não deve pôr em causa o nível de protecção garantido pela CDFUE, nem o primado, nem a efectividade do direito da União Europeia.

Na verdade, muito embora – ao longo da evolução da integração – o Tribunal tenha afirmado que não tolera medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições, nunca foi ao ponto de fixar um critério maximalista que assegurasse a um direito fundamental, reconhecido pela Constituição de um Estado-Membro, ser igualmente reconhecido pelo direito da União. Refira-se que a jurisprudência *Schmidberger*³⁵ e *Omega*³⁶ – apesar de consentir a não aplicação de uma norma de direito da União para salvaguarda dos direitos fundamentais, tal como entendidos pelo respetivo parâmetro constitucional, não implica uma leitura complacente com a aplicação de um princípio do nível mais elevado de protecção enquanto critério de resolução de conflitos de validade. Na realidade, uma vez que os parâmetros relativamente aos quais se deve aferir a validade das normas de cada ordenamento são diferentes, revelando-se atendíveis – num caso – os tratados – noutro – as constituições nacionais, os conflitos entre normas da União e normas constitucionais nacionais enquadram situações de conflito de eficácia e não de validade. Por esta ordem de razões, pensamos que o artigo 53.º da Carta não implica que o encaremos como uma resposta a um dilema entre a consagração de uma cláusula de nível máximo (maximalismo), ou de nível mínimo (minimalismo) de protecção. Antes parece consagrar um critério de aplicação do padrão de protecção que se revele mais adequado à identidade constitucional autónoma da União e à salvaguarda dos objetivos que ela visa atingir, apenas no seu concreto “âmbito de aplicação”. Nesse caminho, não queremos deixar de salientar que a interpretação dos dispositivos da Carta deve ser conforme às tradições constitucionais comuns que integram o seu próprio núcleo identitário, e ao conteúdo mínimo dos direitos que integrem os instrumentos de protecção internacional de direitos fundamentais, adequados aos objetivos da União.

Com efeito, se para ajuizar do respeito pelos direitos fundamentais relativamente a actos de aplicação do direito da União, o juiz comparasse a intensidade da protecção dispensada pelo direito interno ou pelo direito internacional, estaria a atuar como um órgão judicial interno, vinculado a um compromisso de protecção mínimo de supervisão hierárquica, e não como um órgão jurisdicional de uma União de Direito comum a 28 Estados. Uma leitura do artigo 53.º da Carta que consubstanciasse um princípio geral de preferência pela norma mais favorável aos interesses do seu titular seria incoerente com

inkblot?”, num *Jean Monnet Working Papers*, n.º 4/01, 2001, pp. 18 e 50. Entre nós, para uma concepção optimista do artigo 53.º enquanto consagração do princípio do nível mais elevado de protecção, como princípio interpretativo e como regra de conflitos, Mariana Rodrigues Canotilho com “O Princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais” de 2007, p. 176. Acentuando a natureza subsidiária da tutela comunitária e a sua função de cláusula de remissão e preferência pelo nível mais elevado de protecção, alterando o modo tradicional de abordagem ao primado, ver Maria Luísa Duarte na obra *União Europeia*, pp. 243-244 e 285 ss., 2006. Em sentido diferente da doutrina anterior, surge Leonard Besselink, com “Entrapped by the *maximum* standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union”, na CMLR, n.º 35, 1998, pp. 629-680.

³⁵ Acórdão de 12/6/2003, *Schmidberger*, Proc. C-112/00, Col. 2003, p. 5659. Nesta jurisprudência, o Tribunal afirmou que a protecção dos direitos fundamentais revestia um interesse legítimo suscetível de consubstanciar uma restrição às obrigações decorrentes do direito da União, por força de uma liberdade fundamental estabelecida no tratado.

³⁶ Acórdão de 14/10/2004, *Omega*, Proc. C-36-02, Col. 2004, p. I-2569.

a autonomia do direito da União e com a evolução da jurisprudência, nesse sentido seria de aplicação impossível. Por isso, reiteramos que a aplicação dos padrões nacionais de protecção não deve comprometer o nível de protecção previsto na Carta.

Uma vez feitas tais constatações, recordamos que o objecto de reflexão do nosso trabalho consiste em saber se o respeito pelos direitos fundamentais e processuais das pessoas suspeitas ou acusadas pode respaldar uma recusa de execução do mandado de detenção europeu - relativizando o espírito de confiança recíproca que preside ao funcionamento do instituto. Ora, antes de observarmos a jurisprudência mais relevante para esta questão, é importante sublinhar que também um dado incontroverso que só o princípio da confiança mútua permite a criação de um verdadeiro espaço sem fronteiras internas. Nesse quadro, cada um dos Estados-Membros tem de partir do princípio que todos os outros respeitam o direito da União, com especial destaque para os direitos fundamentais. Razão pela qual, quando aplicam o direito da União, não devem os Estados-Membros exigir dos outros um nível de protecção mais elevado que o por ele assegurado, nem - tão-pouco - verificar se um qualquer Estado-Membro os respeitou efectivamente.

2.3.1. *Melloni, Aranyosi e Caldaru*: entre a liberdade dos arguidos, a segurança e a confiança entre os Estados-Membros

Foi aquela convicção que respaldou a decisão do TJUE no controverso caso *Melloni*³⁷. Não tendo comparecido em julgamento e após ter ordenado que as notificações fossem feitas aos seus advogados, *Melloni* foi condenado sem ter estado presente no julgamento à pena de dez anos de prisão, como autor do crime de falência fraudulenta. No entanto, foi emitido um mandado de detenção europeu para execução da pena proferida. *Melloni*, residente em Espanha, opôs-se à sua entrega às autoridades italianas, argumentando que a execução do mandado deveria estar subordinada à condição de Itália garantir o recurso do acórdão de condenação. Razão pela qual *S. Melloni* interpôs no Tribunal Constitucional um «recurso de amparo» (queixa constitucional) alegando a violação do processo equitativo consagrado na Constituição espanhola. O Tribunal Constitucional espanhol, órgão de reenvio, afirmou que a extradição para Estados que validam as condenações proferidas na ausência do arguido, sem subordinarem a entrega da pessoa à condição de ela poder impugnar essas condenações constituía uma violação das exigências do processo equitativo constitucionalmente protegido.

Após a formulação de três questões prejudiciais, cujo teor se reconduzia à interpretação do artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, na sua redação em vigor dada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, cuidava-se de 1) saber se as autoridades judiciais nacionais poderiam sujeitar a execução do mandado à condição de realização de novo julgamento para garantia dos direitos de defesa da pessoa sobre a qual recaía o mandado; 2) se tal dispositivo era compatível com as exigências que resultavam do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa, previstos nos artigos 47.º e 48.º, n.º 2 da Carta; 3) e se o artigo 53.º da Carta permitia que um Estado-Membro sujeitasse a entrega de uma pessoa condenada à condição de tal condenação ser objecto de novo julgamento ou de recurso no Estado requerente, assim conferindo a tais direitos um nível de protecção mais elevado que o do direito da União e evitando a lesão de um direito fundamental reconhecido constitucionalmente.

³⁷ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013, Proc. C-399/11, cujo teor do acórdão recordamos: «O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação e, se for caso disso, a validade do artigo 4.º-A, n.º 1, da 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, p. 1), conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009 (JO L 81, p. 24, a seguir «Decisão-Quadro 2002/584»). Convida igualmente o Tribunal de Justiça a examinar, caso se justifique, a questão de saber se um Estado-Membro pode recusar executar um mandado de detenção europeu, com fundamento no artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por violação dos direitos fundamentais da pessoa em causa, garantidos pela Constituição nacional. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe *S. Melloni* ao Ministerio Fiscal, a respeito da execução de um mandado de detenção europeu emitido pelas autoridades italianas para execução da condenação a uma pena de prisão que lhe foi aplicada sem ter estado presente no julgamento.

Em resposta a tais questões, o Tribunal de Justiça afirmou que os Estados-Membros só poderiam recusar a execução ao mandado de detenção europeu a título obrigatório ou facultativo, nos casos previstos no teor da Decisão-Quadro e apenas poderiam subordinar a sua execução às condições definidas no seu artigo 5.º. Etribando-se na necessidade de assegurar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais entre os Estados-Membros o Tribunal foi veemente ao afirmar que a violação do direito a um processo equitativo não estaria demonstrada se o arguido, apesar de não ter comparecido pessoalmente, tivesse sido informado da data e do local onde foi efectivamente defendido por um advogado, a quem tivesse sido conferido previamente um mandato. Pelo que concluiu que o artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584 não violava o direito das pessoas a verem as suas causas julgadas de forma equitativa nem os direitos de defesa garantidos, respetivamente, pelos artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da Carta. Relativamente à interpretação do Tribunal constitucional espanhol, que defendia que o artigo 53.º da Carta possibilitava a um Estado-Membro aplicar o seu próprio padrão de protecção, caso o seu nível de protecção fosse mais elevado, o Tribunal também negaria tal possibilidade. Segundo o Tribunal, tal interpretação violaria o primado do direito da União, pois permitiria a um EM obstar à aplicação de actos de direito da União plenamente conformes à Carta, caso não respeitassem os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Ora, conforme jurisprudência firmada (*Internationale Handelsgesellschaft*³⁸) a invocação, por um Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, não pode pôr em causa a aplicação do direito da União. De resto, segundo o Tribunal, o regime do mandado de detenção europeu, em caso de condenação na ausência do arguido, retratava o consenso entre os Estados-Membros, relativamente aos direitos processuais de que beneficiavam as pessoas em tais condições. Com efeito, o considerando 63 do acórdão afirma que «*permitir a um Estado-Membro invocar o artigo 53.º da Carta, para subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição, não prevista pela Decisão-Quadro 2009/299, de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar que seja violado o direito a um processo equitativo e os direitos de defesa garantidos pela Constituição do Estado-Membro de execução, levaria, ao pôr em causa a uniformidade do padrão de protecção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a eficácia da referida decisão-quadro.*» Nestes termos, o Tribunal não hesitou em decidir no sentido de que não se devia subordinar a entrega de *Melloni* à condição da revisão da condenação por parte de Itália, ainda que – alegadamente – para evitar a violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição.

Ora, é certo que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais previstos na CDFUE pode permitir que a autoridade judiciária de execução recuse executar o mandado de detenção europeu. Não obstante, o que estava em aberto na jurisprudência *Melloni* era a possibilidade de conceder aos Estados-Membros uma margem de apreciação que sustentasse a recusa da entrega da pessoa em caso de sentenças proferidas à revelia. No entanto, uma vez que o núcleo dos direitos invocados pelo tribunal constitucional espanhol não se encontrava beliscado, e dado que a Carta impunha um nível de protecção dos direitos fundamentais apenas no âmbito do direito da União, validar tal recusa poria em risco a uniformidade da ordem jurídica da União e a própria eficácia do mandado de detenção europeu, também ele elaborado à luz do respeito das tradições constitucionais comuns.

Não decorreria muito tempo sobre tal decisão, até que o Tribunal de novo se visse confrontado com o dilema entre não garantir o princípio do reconhecimento mútuo – que implica que um Estado-Membro presuma que o outro protege de modo efetivo e equivalente os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União - ou, em contrapartida, garantir o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa entregue.

Na realidade, não obstante o carácter estruturante do princípio do reconhecimento mútuo, não se pode garantir que todos os Estados-membros assegurem o mesmo padrão

de protecção aos seus cidadãos, nem tão-pouco se pode garantir que todos os Estados-membros respeitem, efectivamente, os seus compromissos convencionais. A acrescer a esta circunstância, deve ter-se em consideração que o mandado de detenção europeu pode ser emitido por qualquer tipo de infração, grave ou menos grave. Ora, a liberdade de circulação das pessoas veio levantar a questão da proibição da tortura e outras penas ou tratamentos desumanos ou degradantes dever, ou não, presidir à execução dos mandados de detenção europeus.

É neste quadro que o Processo C-404/15 PPU e o Processo C-659/15 PPU, vêm indicar que o Tribunal atenuou o enorme apego pela concretização do princípio do reconhecimento mútuo. Com efeito, na referida jurisprudência vem afirmar-se que sempre que as autoridades judiciais de emissão se confrontem com uma situação interna de sobrelotação prisional generalizada, ou sistémica - que implique condições de detenção contrárias aos direitos fundamentais dos detidos - devem ponderar sobre a necessidade de emitir um mandado, à luz da natureza da infração e das modalidades de cumprimento da pena. Se assim o fizerem, como que avalizam o seu sistema jurídico e prisional às autoridades judiciais de execução. O que é dizer que quando um juiz condena uma pessoa a uma pena privativa da liberdade deve ter em consideração as circunstâncias concretas em que a sentença será executada, no país de nacionalidade dos detidos!

Por outro lado, sempre que as autoridades judiciais de execução considerarem que há um risco real das condições gerais de detenção serem estruturalmente deficientes e, com isso, implicarem um risco real da pessoa a entregar sofrer um tratamento desumano ou degradante que viole o artigo 4.º da CDFUE (proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes), devem ponderar se aquela pessoa deve ser realmente entregue. O Tribunal recordou que a referida proibição, de carácter absoluto, faz parte dos direitos fundamentais protegidos pelo direito da União, o qual tem um significado e alcance idêntico à proibição do artigo 3.º da CEDH³⁹. (Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.) Razão pela qual reconheceu a possibilidade de a autoridade de execução solicitar – em evidente ruptura com o espírito do princípio do reconhecimento mútuo e da confiança recíproca - à autoridade de emissão o fornecimento urgente de todas as informações complementares necessárias sobre as condições de detenção no seu país. No mesmo sentido, afirmou que as autoridades responsáveis pela execução dos mandados devem também ter sempre em devida conta o direito fundamental à liberdade das pessoas e o princípio da presunção de inocência (artigos 6.º e 48.º da CDFUE). Caso tais dúvidas e riscos não consigam dissipar-se, caberá ao primeiro decidir se põe ou não termo ao processo de entrega. Deve ser, portanto, o princípio da proporcionalidade a presidir à decisão do juiz sobre a execução do mandado.

Ora, tendo em conta que os considerandos 10, 12 e 13 da Decisão-Quadro referem a existência do procedimento sancionatório do artigo 7.º do TUE e o respeito do ex-artigo 6.º e da TUE, e, ainda, incluem a cláusula de proibição de discriminação e da pena de morte, tortura, e penas desumanas ou degradantes, estamos em crer que, por força da última jurisprudência, surgiu um “novo” motivo de recusa para além das causas de recusa previstas na Decisão-Quadro, assim se demonstrando que o respeito pelos direitos fundamentais é a base da construção de um espaço penal europeu sem fronteiras internas e pressuposto da confiança recíproca!!!

Segundo o TEDH nas sociedades democráticas devem repudiar-se todos os maus tratamentos nas cadeias, a sobrelotação, a falta de higiene e cuidados médicos, numa palavra deve garantir-se a proibição dos tratamentos desumanos e degradantes dos detidos.

³⁹ Desde 1978, no caso *Ireland v. The United Kingdom*, o TEDH estabeleceu a proibição da tortura e tratamentos degradantes, desumanos ou cruéis (artigo 3.º) em termos absolutos, invioláveis e inderrogáveis, sendo certo que não são seriam igualmente permitidas quaisquer excepções a esse direito ainda que em tempo de guerra, estado de necessidade ou outro perigo público (artigo 15.º). Sobre a jurisprudência que reflecte o carácter (mais ou menos) absoluto de alguns direitos humanos das pessoas removidas do espaço jurisdicional de protecção da CEDH, ver, por todos, Theo Vogler com “The Scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights”, em *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 1990.

Com efeito, o artigo 3.º da CEDH impõe obrigações substantivas (positivas e negativas) e inderrogáveis às autoridades de um Estado, entre elas se destacando a obrigação dos prisioneiros serem detidos em condições que garantam o respeito pela dignidade humana e o dever de execução das penas não resultar em situações de violência, desespero, sofrimento grave, cruel e desnecessário, de forma a garantir o bem-estar do prisioneiro de modo adequado⁴⁰.

Com efeito, os Processos apensos C-404/15 e C-659/15 vêm ilustrar o afastamento do Tribunal relativamente à ortodoxia do princípio do reconhecimento mútuo, revelando uma intenção de acompanhamento da jurisprudência do TEDH circunstância que – em nossa opinião – vem determinar novas e complexas práticas à realidade judiciária dos Estados-Membros da União.

Vejamos, portanto, os factos em questão que deram causa à prolação do acórdão: *Aranyosi* (C-404/15) era um cidadão húngaro, que residia na Alemanha com a mãe, a companheira e um filho de tenra idade. Acusado de arrombamento e furto, viu-lhe ser dirigido um mandado de detenção europeu emitido pela Comarca de Miskolc, Hungria, para efeitos de procedimento penal. *Caldararu*, por sua vez, era romeno e tinha sido condenado a pena de prisão suspensa por condução sem carta. Detido na Alemanha, o mandado de detenção europeu que lhe era dirigido destinava-se a possibilitar o cumprimento da pena. Ora, devido à sobrelotação prisional generalizada e ao concomitante risco de trato desumano ou degradante, o TEDH já tinha declarado o funcionamento deficiente dos sistemas penitenciários romeno e húngaro, contrários aos artigos 2.º, 3.º e 5.º da CEDH.

Uma vez correspondendo a ambas as situações pena de prisão superior a um ano, e não tendo nenhum dos detidos autorizado o processo de entrega, as autoridades judiciárias de execução⁴¹ questionaram o Tribunal sobre se existindo indícios de sobrelotação generalizada dos estabelecimentos prisionais dos Estados-Membros de emissão - em violação dos direitos fundamentais (artigo 4.º da CDFUE) e dos princípios previstos no artigo 2.º do TUE e no artigo 3.º da CEDH - poderiam fazer depender a sua decisão de uma garantia de cumprimento de requisitos mínimos a prestar por parte do EM de emissão. Bem como questionaram se o Estado-Membro de execução poderia formular, em concreto, os requisitos mínimos e objectivos das condições a garantir pelo Estado-Membro de emissão, ainda que assumisse as medidas necessárias para evitar a fuga da pessoa referida ou, em alternativa, findasse ele próprio o processo de entrega.

Em resposta às questões prejudiciais colocadas pela autoridade judiciária de execução, o Tribunal, partindo do princípio que o carácter absoluto do direito garantido pelo artigo 4.º da Carta era confirmado pelo artigo 3.º da CEDH, e dado que resultava do artigo 15.º, n.º 2, da CEDH que nenhuma derrogação ao último era admissível, vem responder que *«perante elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que confirmem a existência de deficiências, quer sejam sistémicas ou generalizadas, quer afetem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção, no que respeita às condições de detenção no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve verificar, de maneira concreta e precisa, se existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa objeto de um mandado de detenção europeu, emitido para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições da sua detenção nesse Estado-Membro, um risco real de trato desumano ou degradante, na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado-Membro. (o sublinhado é nosso) Para o efeito, deve pedir o fornecimento de informações complementares (o sublinhado é nosso) à autoridade judiciária de emissão,*

⁴⁰ Veja-se acórdão do TEDH, *Torreggiani* e outros c. Itália, n.ºs 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, de 8 de janeiro de 2013, § 65.

⁴¹ Nos termos do considerando 28 das conclusões do advogado-geral em ambos os processos, o Ministério Público de Bremen pedira às autoridades judiciárias de emissão a indicação do nome dos estabelecimentos em que os arguidos seriam detidos, por referência às condições de detenção que não cumpriam as normas mínimas europeias. Nenhuma das autoridades se comprometeu quanto aquele aspeto. Na verdade, na Roménia, chegam a estar confinados dez detidos em 9 m², dispondo, por conseguinte, de um espaço de vida inferior a 2 m², e estão pendentes no TEDH várias centenas de recursos individuais a este respeito.

(...) e deve comunicar essas informações no prazo fixado nesse pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão quanto à entrega da pessoa em causa (o sublinhado é nosso) até obter as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, esta autoridade deve decidir se há que pôr termo ao processo de entrega.»

Nestes termos, apesar de toda a complexidade, dificuldade e perplexidade que o cumprimento da determinação do Tribunal possa vir a causar nas práticas judiciais dos nossos magistrados parece ser certo poder afirmar-se que a execução dos mandados de detenção europeus - não obstante a simplicidade, confiança e automatismo que lhe são inerentes - não pode conduzir a um trato desumano ou degradante da pessoa em causa, não devendo a mesma ser entregue.

Confirmando tal complexidade e dificuldade operativa, em 15 de Dezembro de 2017⁴², o tribunal alemão de Bremen volta a questionar a interpretação do artigo 4.º da Carta a propósito de dois mandados de detenção emitidos por o juiz de instrução do Tribunal de Miskolc, Hungria, sobre se as condições degradantes de detenção e violadoras dos artigos citados (ponto 12 e 16) deveriam ser analisadas apenas em relação ao estabelecimento prisional para onde o detido seria enviado para cumprimento do mandado de detenção europeu ou se também deveria analisar as condições da prisão para onde efectivamente iria em virtude da condenação final e ainda da prisão para onde poderia vir a ser posteriormente transferido. Porém, como no entretanto a Hungria anulou os dois mandados de detenção europeus (ponto 20) em questão, o reenvio não procedeu em virtude do carácter hipotético das questões. Fica-nos, por isso, um receio de que as razões de humanidade façam incumbir sobre os juízes uma espécie de “poder de fiscalização” dos sistemas penitenciários de Estados de que não são nacionais, quando relativamente ao seu próprio Estado não exercem nenhum exercício análogo.

Juízos Conclusivos

É um dado incontroverso que os tribunais nacionais estão vinculados aos direitos fundamentais da UE sempre que lhes tenha sido submetida uma situação abrangida pelo âmbito de aplicação deste ordenamento. Todavia, é também um dado incontroverso que o objectivo da União se transformar num espaço de liberdade, de segurança e de justiça implica o funcionamento de um sistema simplificado e célere de entrega de pessoas entre autoridades judiciais.

Nesta medida, após a nossa exposição encontramos um conjunto de argumentos segundo os quais, as autoridades judiciais de execução não deveriam optar pela não entrega das pessoas objecto de mandado de detenção europeu. Senão vejamos:

A - O considerando 10 da Decisão-Quadro em questão, refere a possibilidade de suspender o mecanismo do mandado de detenção europeu relativamente aos Estados-Membros que violem de modo grave e persistente, os princípios enunciados no artigo 2.º do TUE. Todavia, atento o carácter sensível desta situação apenas o Conselho Europeu pode iniciar o procedimento sancionatório previsto no artigo 7.º do TUE. Neste quadro, convém ressaltar que o legislador não previu tal motivo no elenco de situações (obrigatórias ou facultativas) que podem dar causa à não-execução do mandado de detenção europeu, por parte de um juiz;

B - O mandado de detenção europeu assenta no princípio do reconhecimento mútuo. Por sua vez, o princípio baseia-se na confiança que os Estados-Membros devem ter entre si quanto ao respeito pelos valores comuns da União e pelos direitos fundamentais, e opõe-se a que um Estado-Membro verifique se outro efectivamente os respeitou. Não fosse assim os Critérios de Copenhaga seriam verificáveis pelos juízes e não pelas instituições competentes para o efeito;

C - O mandado de detenção europeu tem como objectivo garantir a repressão das actividades criminais na União, permitindo a acusação, o julgamento e a condenação dos autores de infrações penais. Trata-se de um instrumento de garantia da ordem e da segurança pública, no caso concreto, viabilizando o procedimento penal (*Aranyosi*) e o

⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2017 com *Pál Aranyosi* em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Processo C-496/16. Em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=496/16&td=ALL>, consulta em 16/04/2018.

cumprimento de uma pena privativa de liberdade (*Căldăraru*). A não ser assim, a abertura das fronteiras poderia dar lugar ao abrigo de criminosos em Estados-refúgio, e a protecção dos direitos fundamentais, em concreto, o deficiente funcionamento dos sistemas penitenciários, conduziria à impunidade de alguns e à insegurança de outros;

D - Assim, o equilíbrio e a efectividade do instituto; os objectivos do ELSJ; e a criação de um espaço sem fronteiras internas implicam um certo automatismo no funcionamento do mecanismo de entrega.

Pelo que, estas considerações levar-nos-iam a concluir que, quando uma autoridade judiciária pede a entrega de uma pessoa, deveria a autoridade judiciária de execução dar-lhe seguimento, sem outro motivo de não-execução que não os previstos na Decisão-Quadro, ainda que o direito nacional confira à pessoa em causa um nível de protecção mais elevado. Por outro lado, não deixamos de encontrar fortes argumentos segundo os quais, o Estado-Membro de execução deve optar pela não entrega das pessoas objecto de mandado de detenção europeu. Senão continuemos:

E - Quando se verifica uma deficiência sistémica das condições de detenção no Estado-Membro de emissão, constatada pelo TEDH e confirmada pelo Comité para a Prevenção da Tortura, a autoridade judiciária de execução deve ponderar entre os direitos fundamentais da pessoa entregue, os objectivos da pena a aplicar e as necessidades da segurança e ordem pública. O que é dizer que incumbe sobre o aplicador de direito o controlo da proporcionalidade, relativamente a cada caso concreto que lhe seja submetido.

F - Assim, deve assistir à autoridade judiciária de execução a possibilidade de solicitar à autoridade judiciária de emissão todas as informações que considere úteis, para decidir em consciência e à luz de tal proporcionalidade. Acresce que o princípio da proporcionalidade igualmente exige que a autoridade judiciária de emissão deva fornecer as necessárias garantias, sob pena da autoridade judiciária de execução indeferir o seu pedido.

G - Razão pela qual, sempre que a autoridade judiciária de execução disponha de elementos comprovativos que a detenção no Estado-Membro de emissão do mandado comporte um risco real e concreto de trato desumano ou degradante, ou de condições de prisão intolerável à luz dos direitos protegidos pelo artigo 4.º da CDFUE e do artigo 3.º da CEDH, deve adiar a decisão de executar o mandado até lhe ser possível afastar a possibilidade de qualquer risco. Se tal não acontecer deve fazer cessar o processo de entrega. Caberá, assim, à prática judiciária - em especial, à administração da justiça penal - cumprir o direito e garantir os valores fundamentais que subjazem à construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Nestes termos, muito embora sendo certo que o padrão de jusfundamentalidade aplicável nos casos em apreço implicou o respeito pelos direitos fundamentais tais como os garante a CEDH, permitimo-nos questionar se esta jurisprudência não inverteu a habitual deferência do TEDH para com o TJUE, compensando assim o amargo sabor que um certo e surpreendente segundo parecer negativo sobre a não adesão da União Europeia ao TEDH, veio causar.

Referências bibliográficas

ALVES, A. L. S. *Revista do Ministério Público*, Ano 103, pág. 68.

BESSELINK, L. "Entrapped by the *maximum* standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union", *Common Market Law Review*, n.º 35, 1998, pp. 629-680.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª edição. Coimbra Editora, 2007. Obra completa ISBN 978-972-32-1464-4.

CANOTILHO, M. G. "O Princípio do nível mais elevado de protecção e garantia dos direitos fundamentais na União Europeia", in *50 anos do Tratado de Roma*, Coordenação de SILVEIRA, A., Lisboa: Quid Iuris, 2007.

CARTABIA, M. "Article 53.º - level of protection", en *Human Rights in Europe – Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2010, p. 339.

- DUARTE, M. L. "A União Europeia e os Direitos Fundamentais – Métodos de Protecção", in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Vol II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GRAÇA, A. P. H. *Mandado de detenção europeu*. Chiado Editora, 2014. ISBN 978-9723222562.
- FERREIRA, J. G. *Manual de Procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*. Procuradoria-Geral da República, revisto e actualizado em 2007.07.16.
- IGLESIAS SANCHEZ, S. "The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ'S approach to fundamental rights", *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp.1565-1611.
- LIISBERG, J. B. "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?", en *Jean Monnet Working Papers*, n.º 4/01, 2001, pp. 18 e 50.
- MATOS, R. J. B., "O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.º 3, Julho-Setembro, 2004, pág. 327-328.
- PAIS, A. I. R. "A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007", en COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J. e AIRES DE SOUSA, S. (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- SALGADO, M. R. M. "Mandado de Detenção Europeu (Motivos de recusa de execução)", *Maia Jurídica Revista de Direito*, Ano VI, n.º 1, 2008, pp. 37 a 47.
- SILVEIRA, A. e CANOTILHO, M. (coordenação), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.
- TORRES, A. S. "As alterações à Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto (Lei do Mandado de Detenção Europeu), introduzidas pela Lei n.º 35/2015, de 4 de maio". *Revista Julgar*, n.º 28, Jan-Abr 2016, em <http://julgar.pt/as-alteracoes-a-lei-n-o-652003-de-23-de-agosto-lei-do-mandado-de-detencao-europeu-introduzidas-pela-lei-n-o-352015-de-4-de-maio/>, consulta em 13/07/2016.
- VOGLER, T. "The Scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights", en MATSCHER, F. e PETZOLD, H. (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990.