

O Mandado de Detenção Europeu: Enquadramento e Ponderação Atual

PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO *

A Constituição da República Portuguesa anuncia-a como soberana (artigo 3.º número 2) e assente na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º). Igualmente, prevê no seu artigo 16.º, número 1, que os direitos fundamentais nela consagrados *não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional* e que as *normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos* e ainda que as *disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis da ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático* (artigo 8.º, números 3 e 4). Igualmente, aceita Portugal a jurisdição do Tribunal Penal Internacional em condições de complementaridade e com vista à realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana (artigo 7.º, número 7), admitindo ainda a extradição de cidadãos nacionais em casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, em condições de reciprocidade e desde que a ordem jurídica do estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo (artigo 33.º, número 3).

Desta receção direta e do constante do artigo 7.º da Constituição da República Portuguesa impõem-se princípios no âmbito da proteção dos direitos humanos, do res-

JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 103-119. ISSN: 2182-6900.

* Doutor em Direito – Diretor e Investigador Integrado do Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas Ratio Legis.

peito pelos direitos dos povos, da integração europeia, da independência nacional, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais e da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados.

Entre os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição da República Portuguesa, enquanto direitos, liberdades e garantias poderíamos destacar o direito à vida e à integridade física e moral dos indivíduos (artigos 24.º e 25.º), o seu direito à liberdade (artigo 27.º), para além daqueles comumente designados como integrantes de um “Direito Constitucional Penal”, como os relativos à apreciação judicial por juiz nacional da medida de coação adequada até à entrega ou extradição, do carácter excepcional da prisão preventiva (artigo 28.º), do *ne bis in idem* (artigo 29.º, número 5), do *habeas corpus* (artigo 31.º), ou das garantias de defesa, do direito de escolher defensor, com direito de intervenção e audição (artigo 32.º).

Na mesma linha, outras disposições constitucionais consagram a inadmissibilidade de extradição ou entrega para Estados que o requeiram e que prevejam pena de morte ou lesão à integridade física (artigo 33.º, número 6) ou, no caso de pena de prisão ou medida de segurança de carácter perpétuo ou de duração ilimitada, se esses Estados não estiverem vinculados por convenção internacional com Portugal que ofereçam garantias de que tais penas não sejam efetivamente aplicadas (número 4 do mesmo artigo), de motivação política, aqui incluindo a expressão do pensamento e a perseguição étnica, de consciência ou religião e de criação cultural (artigos 33.º, número 6 e 41.º e 42.º), de segurança jurídica e respetivas garantias (artigo 27.º, número 1 e 32.º), de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20.º, número 1), de judicialização das decisões e de recurso para instâncias superiores (artigos 27.º, número 2 e 3, alínea *c*); 28.º; 31.º; 32.º e 33.º), sem prejuízo da garantia de “asilo em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”. Recordar-se que beneficiam nos termos constitucionais tais direitos, liberdades e garantias de um regime comum a todos os direitos fundamentais (igualdade, universalidade, entre outros) e de um regime específico constante em especial do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, sendo assim direta e imediatamente aplicáveis, vinculando quer entidades públicas, quer entidades privadas.

Impõe-se assim o respeito pelo princípio da igualdade, bem como a aplicação da lei portuguesa a cidadãos nacionais ou estrangeiros nos termos e limites constitucionais (artigos 13.º e 15.º número 1 da Constituição da República Portuguesa).

Como acima expresso, as normas e os princípios de direito internacional comum vigoram diretamente no ordenamento jurídico-constitucional português, por receção automática, fazendo parte integrante deste (artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa), o mesmo se verificando com as convenções internacionais que vigorem

na ordem interna e com as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte.

Tal desde 1976, não se olvidando a especial relevância nesta matéria da revisão constitucional de 1982 e da Lei Constitucional número 1/2001 de 12 de dezembro, que permitiu a Portugal¹ dar cumprimento às obrigações preconizadas no mandado de detenção europeu. O art.º 33.º da Constituição da República Portuguesa (sob a epígrafe *expulsão, extradição e direito de asilo*) contém no n.º 5 uma exceção aos limites à cooperação decorrentes da prisão perpétua e da nacionalidade, previstos respetivamente nos números 3 e 4, a favor da cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia. O número 6 acolhe o novo conceito de “entrega” que subjaz à cooperação realizada na União Europeia com base no mandado. Com a revisão constitucional de 2005, como o Tribunal Constitucional fez notar em Douto Acórdão de julho desse ano em sede de fiscalização sucessiva concreta:² “a nossa Lei Fundamental, na redação ainda vigente (Note-se que durante o último processo de revisão constitucional, cujo texto ainda não foi publicado, foi aprovada uma nova redação do n.º 4 do artigo 33.º da Constituição, em que a expressão «em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde que o Estado requisitante» é substituída pela expressão «se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado»), apenas permite «a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada» (Artigo 33.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa). Uma nota, também, relativamente a um dos traços característicos do regime do mandado de detenção europeu: a permissão de entrega de nacionais a outro Estado-Membro da União Europeia. Porém, em alguns Estados-Membros a execução do mandado de detenção europeu para entrega de nacionais deparou-se com alguns impedimentos legais. O 2.º relatório da Comissão Europeia sobre a implantação, pelos Estados-Membros, da decisão quadro relativa ao mandado de detenção europeu, nota que o Supremo Tribunal de Chipre através de acórdão 7 de novembro de 2005 impôs às autoridades cipriotas o respeito pelas regras decorrentes da revisão constitucional de 28 de julho de 2006, só podendo executar mandados para entrega de nacionais em relação a factos praticados após 1 de maio

¹ No que se refere à Alemanha, por decisão de 18 de julho de 2005, o Tribunal Constitucional anulou a lei de transposição, declarando-a nula e sem nenhum efeito. A nova lei alemã de transposição da Decisão-Quadro do mandado de detenção europeu, de 2006, com vista a garantir a proteção dos direitos fundamentais de cidadãos nacionais alemães condiciona a sua entrega, a par de outros requisitos, à verificação de dupla incriminação.

² “Caso Abul Salem” Acórdão 384/2005 de 13 julho de 2005, Processo 245/05.

de 2004. Igualmente o Tribunal Constitucional Polaco por decisão de 27 de abril de 2005 declarou a inconstitucionalidade da norma polaca de transposição da decisão quadro, pois esta permitia a entrega de nacionais, o que não era permitido pelo artigo 55.º, número 1 da Constituição Polaca, adiando a eficácia da norma até 4 de novembro de 2006. A Polónia, permite desde esta data e em resultado da revisão constitucional de 2006 a entrega de nacionais sujeita à dupla condição de que a infração que fundamenta o mandado de detenção europeu ter sido praticada fora do território polaco e de que a mesma constitua também um ilícito criminal nos termos do Direito polaco.

A Constituição portuguesa impunha então dois requisitos para a admissibilidade da extradição: Condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional; Garantias prestadas pelo Estado requerente de que a pena ou a medida de segurança não serão, em concreto, aplicadas ou executadas.

Relativamente à existência de uma convenção internacional em que se assegurasse o respeito pelo princípio da reciprocidade, nota-se que uma tal convenção, por incidir sobre matérias relativas a direitos, liberdades e garantias e ao processo criminal (alíneas *b*) e *c*) do número 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa) teria que ser aprovada pela Assembleia da República (alínea *i*) do artigo 161.º da Constituição da República Portuguesa) e ratificada pelo Presidente da República (alínea *b*) do artigo 135.º da mesma Lei fundamental), órgãos de cuja vontade depende, assim, a vinculação do Estado Português.

A soberania assumida por cada Povo ao longo da história e a “mobilidade” dos criminosos impôs-lhes a definição de modelos de cooperação judiciária em matéria penal. A extradição será a mais antiga e comum forma de cooperação internacional neste domínio, já constando uma cláusula de extradição do Tratado de Paz celebrado em 1280 A.C. entre o faraó Ramsés II, do Egito e Hatussilli, rei dos hititas. Neste Acordo definiu-se a par de outras matérias, um dever de cooperação recíproca na entrega de fugitivos e desertores, com intuito de evitar a sua impunidade. Na relação entre as suas cidades-estado, na Grécia antiga, definiram-se formas de extradição, como quando os aqueus pediram aos espartanos a entrega dos indivíduos que haviam provocado devastações no seu território. Manteve-se igualmente no Império Romano o instituto da extradição (*vide* o Digesto – na Lei XVII, Livro I, Título VII) prevendo-se normas relativas à entrega de indivíduos que agredissem um embaixador ao Estado deste.

No Direito Português, a extradição surge pela primeira vez num tratado celebrado com Espanha. Entre D. Pedro I de Portugal e D. Pedro I de Castela, em 1360, prevendo a entrega recíproca de cavaleiros refugiados nos dois reinos perseguidos por crimes de motivação política. Tal tinha por óbvia intenção, do lado português, a extradição dos assassinos de D. Inês, refugiados no Reino de Castela. Em 1499 é

assinado um segundo tratado, entre D. Manuel e os reis Católicos, que já prevê a entrega de criminosos de delito comum. O terceiro tratado será assinado em 1569, entre D. Sebastião e D. Filipe II de Espanha, com uma particular atenção à entrega de desertores, destacando-se uma cláusula que hoje designaríamos como humanitária: a exigência de comutação da pena de morte antes da extradição.

Já no século XIX, em 1867, é assinado entre Portugal e Espanha um Tratado de Extradição, respeitante à entrega recíproca de criminosos e desertores. Neste tratado encontrávamos o reflexo à adesão a um novo quadro de princípios internacionalmente conformado: proibição de entrega de nacionais; cláusula de comutação de pena de morte prévia à extradição; fixação de um prazo para a detenção preventiva do reclamado; proibição de extradição de delinquentes políticos.

No século XIX, os reinos de Portugal e Espanha firmaram o Tratado de Extradição (1867) para a entrega recíproca de desertores e criminosos, o qual se manteve até 25 de abril de 1990, data de entrada em vigor da Convenção Europeia de Extradição do Conselho da Europa de 1957, por revogação operada pelo n.º 1 do art.º 28.º da Convenção.

No plano do direito nacional,³ a primeira lei interna de extradição só aparecerá com o Decreto Lei n.º 437/75 de 16 de agosto, sucedido pelo Decreto-Lei n.º 43/91 de 22 de janeiro, depois substituído por uma nova Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal-Lei 144/99 de 31 de agosto. Esta Lei n.º 144/99 consagrou formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal, abrangendo a extradição, de acordo com a proteção dos interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e de outros interesses constitucionais, decorrentes de tratados, convenções e acordos internacionais bilaterais ou multilaterais vinculativos, e aplicando o princípio da reciprocidade, conforme os artigos 1.º a 4.º desse diploma. Estabelece, no entanto, o legislador, no n.º 3 do artigo 4.º, algo de semelhante a uma válvula de segurança no que diz respeito a este princípio ao prever que a falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação desde que se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade; possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou para a sua reinserção social e sirva para esclarecer factos imputados a um cidadão português, concluindo-se, assim, que em matéria de auxílio judiciário mútuo em matéria penal o Estado Português assumiu internacionalmente a responsabilidade de cooperar, mesmo que não se verifique plenamente uma situação de reciprocidade absoluta. Destaca-se igualmente o princípio da especialidade, de acordo com o qual um ato de cooperação interestadual obriga à inclusão no pedido da totalidade dos casos em que se pretende ver exercida a ação penal senão, de outra forma, não pode-

³ Acordo entre Portugal e Espanha em Matéria de Perseguição Transfronteiriça – Decreto n.º 48/99, de 9 de novembro

rá o individuo ser perseguido, julgado, detido ou sujeito a outra medida, por factos diferentes do pedido.

Este regime legal, no necessário respeito pelas regras constitucionais *supra* mencionadas consagra requisitos negativos decorrentes do pedido (artigo 6.º), como os relativos à aplicação da lei no tempo e no espaço, de recusa, de extinção do procedimento e do respeito pela garantia do *ne bis in idem*, a preferência dada a processo pendente em território nacional se Portugal for o Estado requerido (artigos 7.º a 19.º da mesma Lei). Para além destes princípios e regras observar-se-ão ainda os seguintes: os Estados não extraditam cidadãos nacionais (com as exceções previstas na Constituição e reafirmadas no número 2 do artigo 32.º); prevalência do processo no Estado requerido em caso de pedido de extradição (situações de extradição passiva); dupla incriminação e crimes puníveis com pena de prisão ou medida privativa da liberdade superiores a um ano, quer para procedimento quer para cumprimento de pena (artigo 31.º/2); exclusão de infrações de natureza política ou conexas, bem como as de natureza militar não abrangidas pela lei penal comum (artigo 7.º).

O pedido de extradição das autoridades do Estado requerente será do conhecimento das autoridades portuguesas, para extradição passiva, através de duas vias: A primeira, por via diplomática, recebida pela Procuradoria-Geral da República, que se constitui como Autoridade Central Nacional, cabendo-lhe verificar a regularidade formal do pedido, após o que o remeterá ao Ministro da Justiça, com parecer não vinculativo, para decisão sobre a admissibilidade do pedido, constituindo a fase administrativa do procedimento (artigos 46.º e 48.º da Lei n.º 144/99 de 31 de agosto); A segunda, por inserção de pedido de detenção, de carácter provisório, na base de dados da Interpol, que, através dos Gabinetes Nacionais, poderá acionar o seu cumprimento, por lhes ser reconhecida a licitude da sua intervenção relativamente a indivíduos procurados, desenvolvendo-se, então, o processo formal, conforme imposto pelos artigos 38.º e 39.º da mesma Lei.

De seguida, será competente para decidir sobre o pedido de extradição (passiva) o juiz da Secção Criminal do Tribunal da Relação da área de residência do detido ou do local onde este se encontrar (artigo 49.º da Lei n.º 144/99 de 31 de agosto), havendo possibilidade de recurso da decisão final para a Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça.

Tudo sem prejuízo da providência de *Habeas Corpus*, aqui uma vez mais recordando-se a inexistência da garantia de recurso constitucional de amparo no ordenamento jurídico português.

Mercê da aplicação dos princípios da universalidade e da igualdade e da garantia ínsita no artigo 28.º da Constituição da República Portuguesa, o detido no âmbito do processo de extradição (passiva) será presente no prazo de quarenta e oito horas a

um magistrado judicial, para apreciação da medida de coação adequada, tendo o magistrado judicial dez dias para apreciar a suficiência dos elementos constantes no pedido e sessenta e cinco dias de prazo máximo para decisão final.

A par, nos termos constitucionais e legais (Lei n.º 144/99 de 31 de agosto) asseguram-se à pessoa visada todos os direitos necessários à sua defesa, de ser ouvida, de se opor à extradição e de produzir a prova que sustente a sua posição, bem como de recurso da decisão, conforme disposto nos artigos 54.º, 55.º, 56.º e 58.º da Lei n.º 144/99 de 31 de agosto.

Caso seja uma autoridade nacional, portuguesa, a desejar a extradição (ativa), adotará um procedimento similar, isto é, a autoridade judiciária portuguesa requererá uma extradição remetendo-o para a Autoridade Central/Procuradoria-Geral da República, a qual assegurará o seu envio formal por via diplomática, uma vez que se encontra deferida essa competência por parte do Ministro da Justiça, nos termos dos artigos 69.º e 165.º da Lei n.º 144/99 de 31 de agosto. Acresce a possibilidade de difusão internacional do pedido através de mandado de detenção provisório, motivando-se a ação do Gabinete Nacional da Interpol, nos termos do artigo 71.º da mesma Lei.

Tais, sumariamente, as regras de extradição que vigoraram na ordem jurídica interna, reflexo também da Convenção Europeia de Extradição de 1957, ora cerceadas. A construção da União Europeia ditou regras diferentes para a cooperação policial e judiciária a partir do Tratado de Maastricht. Efetivamente, o caminho para dar cumprimento ao objetivo inscrito no artigo 31.º, alínea *b*), do Tratado da União Europeia foi definido no Conselho Europeu de Tampere. Neste, unicamente dedicado às matérias relativas à justiça e aos assuntos internos, reiterou-se o empenho no desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, de forma a responder aos desafios lançados ao Tratado de Amesterdão. Assegurar-se-ia assim a liberdade (vital para o direito de livre circulação em toda a União) em condições de segurança e de justiça acessíveis a todos uma vez, quando estabelecido o mercado único e a União Económica e Monetária.

Impunha-se, para tal fim, de concretização de um tal espaço de liberdade, de segurança e de justiça, que as sentenças e decisões judiciais fossem respeitadas e aplicadas em toda a União. Ora, assim primeiramente impunha-se (e impõe-se) um elevado grau de compatibilidade e convergência entre os diversos sistemas jurídicos. Como referem Anabela Rodrigues e Lopes da Mota, foram reconsideradas «(...) as formas tradicionais de cooperação judiciária, marcadas pela desconfiança mútua sobre os direitos penais e processuais penais dos diferentes Estados-Membros. O elemento aglutinador das conclusões de Tampere reside na verificação de que os Estados-Membros atingiram o tal grau de integração económica e de solidariedade política que não é insensato partir do postulado de que devem confiar uns nos outros no domínio judiciário».

Assim, impôs-se o princípio do reconhecimento mútuo como elemento fundamental para viabilização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, pois só assim se poderia falar em cooperação judiciária no âmbito da União Europeia. Em particular, diríamos, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.

No que diz respeito à extradição definiu logo o Conselho Europeu de Tampere que tal procedimento formal tinha que ser abolido entre os Estados-Membros no que diz respeito às pessoas julgadas à revelia cuja sentença já tenha transitado em julgado, e substituído por uma simples transferência de pessoas.

Como recorda José Lopes da Mota, o Conselho Europeu de Tampere foi o primeiro e, até o único a dedicar-se à matéria de justiça e de assuntos internos, definindo as orientações para a realização do espaço de liberdade, segurança e justiça e os três grandes eixos para a sua concretização “o reconhecimento mútuo das decisões judiciais, a aproximação e harmonização de legislações e a criação de uma estrutura para promover e assegurar a coordenação das autoridades judiciárias, a nível europeu no domínio das investigações e do exercício da ação penal – a EUROJUST.

No entanto, com os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, verificou-se uma aceleração na construção de um espaço penal europeu, com uma perspetiva claramente securitária e não tanto garantística.

Surge em sequência do Conselho Europeu de Tampere a Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, de 13 de junho de 2002, tendo entrado em vigor a 1 de janeiro de 2004, prevendo o Mandado de Detenção Europeu o qual constitui hoje um dos instrumentos mais marcantes de cooperação judiciária em matéria penal no âmbito dos Estados-Membros da União Europeia. A Decisão-Quadro que o implementou é um dos instrumentos jurídicos vinculativos da União Europeia, impondo aos Estados-Membros a harmonização dos seus sistemas jurídicos quanto aos resultados, deixando a cada um a escolha dos meios e da forma mais adequados. Esta Decisão-Quadro adequa-se à pretensão dos Tratados de Maastricht e de Amesterdão que criaram e desenvolveram a cooperação judiciária e policial com carácter intergovernamental, tendente à ação concertada dos Estados-Membros. Com o Tratado de Lisboa terminou a política de pilares e acentuou-se o pendor da União de Estados também na cooperação policial e judiciária, tendendo-se para o reforço da harmonização e equacionando-se desde aí um maior pendor de assimilação.

Logo nos considerandos da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia recorda-se “o objetivo que a União fixou de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça conduz à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à substituição desta por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. Acresce que a instauração de um novo regime simplificado de entrega de pessoas condenadas

ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças ou de procedimento penal permite suprir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos atuais procedimentos de extradição.”

O Mandado de Detenção Europeu consiste na decisão de uma autoridade judiciária de um Estado-Membro, com vista à detenção e entrega de uma pessoa para efeitos de execução de sentença de pessoa condenada, ou execução de medida de segurança privativa da liberdade, ou de procedimento penal, desde que a condenação ou decisão nos dois primeiros casos tenha a pena mínima de quatro meses e que, no último caso, ao crime corresponda pena superior a um ano, no estado de emissão – artigo 1.º, número 1 da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de julho. Esta foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 65/2003 de 23 de agosto.

Um mandado é uma ordem, não um pedido como a extradição e os demais instrumentos de cooperação interestadual (*vide* título III da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen). O Mandado de Detenção Europeu vincula todas as autoridades nacionais, pelo que é de execução obrigatória.

Assim, na execução de um Mandado de Detenção Europeu impõe-se o princípio de reconhecimento mútuo das sentenças e decisões penais de detenção e entrega. Este pressupõe um extraordinário grau de confiança e de respeito recíprocos entre os Estados-Membros, tanto ao nível dos ordenamentos jurídicos, como dos procedimentos e processos e seu respeito. São assim a lei e os procedimentos de cada Estado-Membro o garante dos próprios princípios e direitos fundamentais e de que as decisões proferidas num Estado-Membro serão efetivamente respeitadas e cumpridas pelos restantes Estados-Membros, ou seja, executadas nos mesmos termos em que foram proferidas, o que simultaneamente garante a reserva de soberania do Estado executor e a reserva do Estado emissor pela aceitação e respeito pela decisão.

Tal confiança e reconhecimento mútuo impuseram a eliminação da fase política acima referida e característica do processo de extradição, deixando o cidadão de estar sujeito a critérios alheios à justiça. Aliás, aqueles poderiam constituir um instrumento privilegiado para interesses políticos, nomeadamente de oportunidade, de conveniência e de prevalência da ordem e tranquilidade públicas nacionais. Há uma clara valorização dos instrumentos judiciais no âmbito dos instrumentos de cooperação entre Estados-Membros.

Com o mandado de detenção europeu, imbuído do espírito do Conselho Europeu de Tampere, cessa o controlo da dupla incriminação, simplificando-se todo o procedimento, por referência a uma relação na decisão quadro de trinta e dois crimes considerados graves, relativamente aos quais os Estados-Membros se obrigam a proceder à execução do mandado, aos quais será aplicável pena superior a três anos de prisão

pelo estado de emissão. Outro princípio é o da especialidade, o qual constitui para o Estado Membro emissor um ónus, pois deve obedecer ao fim por si próprio definido para a detenção, sendo este um compromisso assumido para com o Estado-Membro de execução pelo qual não poderá processar, deter, prender ou submeter a outra restrição da liberdade individual do cidadão, por factos anteriores à entrega e diferentes dos que fundamentaram a execução e sem consentimento prévio deste último Estado-Membro, ao mesmo tempo que constitui uma importante garantia individual de limite da ação penal ao fundamento e à sanção constante do Mandado de Detenção Europeu, salvaguardando princípios fundamentais de segurança jurídica e de humanidade.

Portugal recebe os Mandados de Detenção Europeus emitidos por autoridade judiciária em qualquer Estado-Membro por: Receção direta na autoridade judiciária competente, em função do local onde a pessoa se encontra, se este for conhecido; Inserção de *indicação* no Sistema de Informação Schengen – (SIS);⁴ Difusão Interpol, através do Gabinete Nacional; ou receção pela Rede Judiciária Europeia.

No caso de remessa direta, o Tribunal de emissão envia o Mandado de Detenção Europeu, em língua portuguesa, diretamente ao Tribunal da Relação português competente em função do conhecimento do local onde a pessoa se encontra, após o que o Ministério Público promove a sua execução ao juiz, no prazo de 48 horas, devendo este, no prazo de 5 dias proferir despacho sobre a suficiência dos elementos transmitidos, conforme imposto pelos números 1 e 2 do artigo 16.º da Lei 65/2003. De seguida, e de acordo com o n.º 3 da mesma disposição, o Ministério Público envia o mandado para a autoridade policial competente que procederá ao cumprimento da decisão em causa.

É mais comum a circunstância de não ser conhecido o local onde se encontra a pessoa procurada, situação em que a autoridade judiciária de emissão recorre aos órgãos de transmissão do mandado (o SIS) relativamente a 25 Estados-Membros e ainda à Noruega e Islândia e à Interpol, relativamente ao Reino Unido e à Irlanda.

Executada a detenção é imediatamente comunicada ao Ministério Público competente e ao órgão de transmissão onde esteja a comunicação (Sirene ou Interpol) para efeitos de comunicar ao Tribunal o mandado ou a *indicação* por forma a que, imediatamente, ou no mais curto prazo de tempo (número 2 do artigo 18º) o individuo

⁴ O Sistema de Informação Schengen (SIS) é um sistema de meios de informação comum a todos os Estados-Membros aderentes, previsto no Título IV da “Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen”, que permite às autoridades competentes de cada Estado cooperar entre si, trocando informações, nomeadamente no que diz respeito ao controlo de pessoas e de objetos procurados, servindo-se de uma base de dados comum a todos e cujo funcionamento e gestão da informação é mantida em Portugal pelo gabinete SIRENE (*cf.* Decreto-Lei número 292/94 de 16 de novembro).

seja presente ao Tribunal da Relação da área de domicílio ou do local onde foi encontrada (artigo 15.º da Lei n.º 65/2003) ou, se este tribunal estiver impedido de a receber, para efeitos de validação e manutenção, o Tribunal de primeira instância onde se encontra instalada a sede do tribunal competente (artigo 19.º, número 2). Estas disposições não excluem a aplicação subsidiária das normas do artigo 142.º, número 1 do Código de Processo Penal, por insegurança no prazo ou fundado receio de que não possa ser presente no prazo legal, sendo então presente ao juiz de instrução da área onde ocorreu a detenção.

Com esta apresentação procede-se à aceitação da validade da decisão da autoridade judiciária de outro Estado-Membro e o controlo judicial, quer genérico (o fator motivador do Mandado de Detenção Europeu constar na listagem do artigo 2.º da Lei n.º 65/2003), quer jurídico (a apreciação abstrata sobre se os factos constantes no mandado de detenção europeu consignam o crime motivador face ao Estado-Membro emissor) e não tanto um primeiro interrogatório judicial formal “com indicação circunstanciada dos motivos da detenção e das provas que a fundamentam” conforme o previsto no artigo 141.º, número 1 do Código de Processo Penal. Está em causa uma garantia específica do Mandado de Detenção Europeu. Tal, sem prejuízo da observância das disposições do Código de Processo Penal, sendo obrigatoriamente nomeado defensor ao detido (artigo 18.º, número 4 da Lei n.º 65/2003 e artigos 64.º, número 1 e 144.º, número 3 do Código de Processo Penal) caso este não tenha exercido o direito de o escolher (artigo 32.º, número 3 da Constituição da República Portuguesa e 62.º, número 1 do Código de Processo Penal), tendo no caso de não conhecer a língua portuguesa direito a um intérprete (artigo 92.º, número 2 do Código de Processo Penal). A audição do detido, feita pelo Juiz relator, visa neste momento, essencialmente a confirmação da identidade do detido, a elucidação da existência e conteúdo do Mandado de Detenção Europeu, apurar sobre o consentimento ou oposição à entrega e as formas de o fazer, tomada de declarações sobre a eventual renúncia ao princípio da especialidade, verificação de causas que possam levar ao pedido de informações complementares por insuficiência das prestadas (artigo 22.º, número 2; 18.º, números 5 e 6; 16.º, número 3; 20.º e 21.º da Lei n.º 65/2003; *ex vi* artigo 6.º, número 3, alínea *a*) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aplicada por força do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa), aplicação do princípio *ne bis in idem* (artigo 29.º, número 5 da Constituição da República Portuguesa e artigo 11.º, alínea *b*) e 12.º, número 1, alínea *f*) da Lei n.º 65/2003), avaliação de verificação de eventuais causas de recusa obrigatória ou facultativa da execução (artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 65/2003), avaliação do respeito pelos direitos fundamentais e da cláusula de não discriminação, bem como da proporcionalidade, validação do que eventualmente for apreendido na posse do detido no momento da detenção (artigo 32.º da Lei n.º 65/2003), apreciação judicial da medida de coação adequada a que fica sujeito o detido no caso de não haver causas imediatas de recusa de execução (artigo 28.º, número 1 da Constituição da República Portuguesa e 18.º, número 3 da Lei n.º 65/2003) e ainda a verificação referida de

inclusão no âmbito das situações de aplicação constantes no artigo 2.º da Lei n.º 65/2003. Nesta previsão inclui-se uma lista de 32 crimes que, não fazendo parte dos de dupla incriminação, é concedida a entrega, sem controlo da dupla incriminação do facto, desde que no Estado-Membro emissor constituam infrações puníveis com pena ou medida de segurança de duração máxima não inferior a 3 anos. Tal é uma garantia de reserva de soberania do Estado executor e uma garantia de reserva do Estado emissor pela aceitação e respeito pela decisão.

No que diz respeito à emissão de Mandado de Detenção Europeu por autoridade portuguesa e como se depreende do que acima foi expresso, é à autoridade judiciária competente para a investigação/inquérito ou para a instrução, bem como do julgamento e execução de penas, que cabe emitir um mandado de detenção europeu para os fins inicialmente indicados, difundindo-o diretamente à autoridade judiciária do lugar onde se encontrar a pessoa a deter, para execução (artigo 4.º, número 1 da Lei n.º 65/2003), através dos órgãos de transmissão (artigos 4.º e 5.º da mesma Lei do Mandado de Detenção Europeu), como SIS/Sirene (para inserção de *indicação* da pessoa procurada na base de dados, relativamente aos 27 países abrangidos), ou inserção nas bases de dados de *nominais* da base de dados I-24/7 da Interpol para a Inglaterra e Irlanda, ou do sistema de telecomunicações de segurança da rede judiciária europeia. Detida a pessoa procurada e recebida a informação de tal ter ocorrido, é imediatamente comunicado à autoridade portuguesa emissora se não decorrer da transmissão direta, bem como à Autoridade Central/Procuradoria-Geral da República, para os procedimentos que culminarão na receção do detido e entrega ao Ministério Público correspondente, para promoção das diligências subsequentes. Perante o exposto, como se crê óbvio, o projeto da União Europeia no domínio da justiça penal desenvolveu um carácter “prioritariamente repressivo”, que faz “primar o objetivo da segurança sobre o da liberdade”. “Faltam” Direitos Fundamentais para o devido enquadramento da realização do princípio do reconhecimento mútuo e na perspetiva da harmonização.

A análise do mandado de detenção europeu permite verificar como certas opções são, acima de tudo, securitárias e repressivas de uma via de construção do espaço penal europeu. Há um manifesto desequilíbrio entre a necessidade de eficácia na luta contra o crime na União Europeia e as exigências de proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

A confiança mútua, na base da qual se constrói o regime do mandado de detenção europeu, “facilita” as condições de entrega. Ora, é simultaneamente seguro que as garantias não são idênticas em todos os Estados-Membros, ou o serão as vontades políticas ou legislativas. A confiança mútua que ora se impõe aos Estados-Membros revela-se assim problemática por se impor, a despeito das divergências – tantas vezes profundas – entre os sistemas jurídico-penais dos diferentes Estados-Membros.

Neste caso, associada à abolição da dupla incriminação, pode traduzir-se o mandado de detenção europeu como elemento integrante numa tendência para privilegiar um direito penal securitário.

A própria supressão da cláusula de não discriminação, relativamente ao direito clássico da extradição, mercê da confiança mútua, constitui um perigo para a liberdade das pessoas.

A imposição da exigência de dupla incriminação como garantia fundamental foi substituída pela opção pelo método da lista de “infrações” relativamente às quais, “caso sejam puníveis no Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos”, não há controlo da dupla incriminação (artigo 2.º, número 2). Tal representa uma solução de compromisso entre aquelas duas soluções. Com o abandono da dupla incriminação manifesta-se uma intenção de confiança e de reconhecimento mútuo. Mas mantiveram-se diferenças relevantes nas diversas opções de política criminal e do sistema de valores de cada um dos Estados-Membros que ultrapassam o critério de confiança mútua. A ausência de controlo da dupla incriminação para as “infrações” da lista e a manutenção, para as “outras” infrações, de uma condição de dupla incriminação facultativa, implica que se considere o princípio da dupla incriminação como de toda a relevância, na medida em que o espaço penal de justiça pretendido ainda assenta em ordenamentos jurídicos que traduzem em si sistemas de valores distintos os quais, volvidos mais de dez anos sobre a decisão quadro ainda se mantêm diversos: veja-se o tratamento penal de atos como a interrupção voluntária da gravidez, a eutanásia ou o consumo de estupefacientes.

A lista de infrações relativamente às quais a exigência de dupla incriminação foi abolida, traduz apenas um consenso no âmbito da União sobre o próprio “princípio da incriminação” dos trinta e dois comportamentos enumerados. Aliás, não é original a referência a que o número 2 do artigo 2.º não estabelece a abolição da dupla incriminação, mas tão só a ausência de controlo de dupla incriminação.

Assim o princípio da abolição da dupla incriminação, pressuposto do reconhecimento do mandado de detenção europeu, constitui uma prova concludente da promoção de um “espaço penal europeu” mais vocacionado para a repressão do que tanto para a definição de garantias, pois com a diversidade de previsões legais dos Estados impõe-se a solução pela aceitação dos crimes enunciados e não pelo seu conteúdo, pela sua essência: A referência é a de que é crime, não necessariamente que crime está em causa.

Impõe-se assim ponderar se, decorridos mais de dez anos sobre a decisão quadro houve a prometida harmonização. Esta não existiu, conforme facilmente se alcança pelos exemplos dados.

Para mais perante a ausência de uma Constituição (material e formal) Europeia, a harmonização torna-se fundamental. Aliás, a própria Declaração adotada pelo Conselho no momento da aprovação da decisão-quadro manifestou a intenção, a preocupação de se acautelarem os trabalhos de harmonização das infrações enumeradas no n.º 2 do art.º 2.º, de acordo com o art.º 31.º, alínea *e*), do Tratado da União Europeia. Volvidos mais de dez anos tal não se encontra sequer próximo de ser concluído. E tão relevante o é, não só para que a diversidade de soluções legislativas torne alguns Estados-Membros como preferenciais ou potenciais recetores de agentes de algumas formas de criminalidade porque mais permissivos, mas sobretudo para que se ofereça aos europeus um verdadeiro sentimento de pertença e de cidadania europeia.

Para tal, para a plena aceitação, eficácia e construção de um direito penal europeu com garantias, urge afirmar os direitos fundamentais na União Europeia. O art.º 6.º do Tratado da União Europeia, subjacente à própria confiança recíproca entre os Estados-Membros, o teor e a própria “fundamentalização” da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia são manifestamente insuficientes. Veja-se o que ora ocorre na Hungria, onde e desde que chegou ao poder, em 2010, o primeiro-ministro Viktor Orbán protagonizou uma profunda reforma nas bases constitucionais do país. A nova Constituição, que já foi submetida a três emendas, entrou em vigor em 2012, tendo em março de 2013 sido votada uma nova emenda tendente à consolidação do poder no órgão executivo, à restrição dos direitos e liberdades individuais e ao enfraquecimento da ordem democrática. Mas, já em abril de 2012 o Parlamento húngaro aprovava na nova Constituição regras para limitação dos direitos humanos, nomeadamente no tocante à possibilidade de prisão perpétua sem liberdade condicional.⁵ Tal é um exemplo, entre outros a que a Europa vai assistindo, inoperante e incapaz de impor um efetivo respeito pelos direitos humanos, como aliás resulta da expressão desagradada mas absolutamente ineficaz da Comissão Europeia e do Conselho da Europa.

Ora, as regras relativas ao mandado de detenção europeu, não preveem a não execução de um mandado por não respeito dos direitos fundamentais. Apenas e tão só, no (juridicamente “mero”) considerando n.º 10 é estabelecida a possibilidade de a execução do mecanismo do mandado de detenção poder ser suspenso no caso de violação grave e persistente, por parte do Estado-Membro, dos direitos fundamentais, verificada pelo Conselho nos termos do art.º 7.º do Tratado da União Europeia. Pondere-se igualmente os considerandos n.º 12 (primeiro e último períodos) anunciando que a decisão-quadro respeita os direitos fundamentais tal como resultam dos ins-

⁵ Vide a propósito o Relatório Anual (2012) da Amnistia Internacional, disponível em www.amnistia-internacional.pt

trumentos internacionais e das normas constitucionais internas dos Estados-Membros, e o n.º 13, de acordo com o qual “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 desumanas ou degradantes”. Ora a despeito da escassa relevância jurídica de um “considerando” e o próprio alcance do número 3 do artigo 1.º, que estabelece que a decisão-quadro “não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo art.º 6.º do Tratado da União Europeia” impõe-se a conclusão de que as leis internas de transposição deverão consagrar como motivo de recusa de entrega a verificação no não-respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo art.º 6.º do Tratado da União Europeia. No entanto, o legislador português não incluiu na Lei n.º 65/2003 (*cf.* artigo 11.º), como motivo de não execução obrigatória a ofensa grave aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Assim, não se impôs efetivamente, entre outros, o necessário respeito pelas exigências da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a qual, recorde-se entrou em vigor em 1953, tendo sido aprovada para ratificação em Portugal pela Lei n.º 65/1978 de 13 de outubro.

Na Lei n.º 65/2003 consagra-se no seu artigo 11.º a defesa do direito à vida, independentemente da natureza da infração motivadora do pedido (*vide* artigos 24.º e 33.º, número 6, da Constituição da República Portuguesa), a proteção do direito à integridade física (*vide* artigo 25.º da mesma Lei fundamental) e ainda a liberdade como direito natural, todos inerentes à dignidade da pessoa humana, cuja violação é uma ofensa intolerável aos pressupostos mínimos da vida humana.

Perante os ventos que se sentem e que se vão intensificando impõe-se a ponderação do quadro legal nacional, da efetiva salvaguarda dos direitos fundamentais, perante um quadro europeu crescentemente securitário.

Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOTA PIZARRO DE, “A Cooperação Judiciária em Matéria Penal”, in Jornadas de Direito Processual penal e Direitos Fundamentais, (Coord. de FERNANDA PALMA), Almedina, 2004.
- ALVES, António Luís dos Santos, “Mandado de Detenção Europeu: julgamento na ausência e garantia de um novo julgamento”, in RMP, n.º 103, JUL/SET 2005.
- CAEIRO, Pedro, “O Procedimento de Entrega Previsto no Estatuto de Roma e a sua Incorporação no Direito Português”, in O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa, Coimbra Editora, 2004.
- COSTA, Jorge: “O mandado de Detenção Europeu: emissão e execução segundo a lei nacional”, *Polícia e Justiça*, Loures, n. 4 (Jul. - Dez.), 2004.
- COSTA, Jorge: “O mandado de detenção europeu e a protecção dos direitos fundamentais” - Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes Almeida, Coimbra Editora, 2007, p. 461-477.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, “De que Direito Penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Ano 14, n.º 3, Julho-Setembro 2004.
- GODINHO, INES FERNANDES, O Mandado de Detenção Europeu e a «Nova Criminalidade»: A definição da Definição ou o Pleonismo do Sentido, Trabalho de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Criminais -, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, apresentado na cadeira de Processo Penal, no ano lectivo de 2003/04, sob a regência da Professora Doutora ANABELA MIRANDA RODRIGUES.
- GRAÇA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA, “O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu”, in Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, consultado em www.asjp.pt/boletim.
- LEITE, Inês Ferreira: “O mandado de detenção europeu”: a novíssima extradição europeia numa perspectiva constitucional” – relatório de mestrado. FDL- Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.
- MATOS, Ricardo Jorge: “O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de detenção europeu”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 3, (Jul. - Set. 2004), p. 325-367.
- PAIS, Ana Isabel Rosa: “A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão : quadro relativa ao mandato de detenção europeu : breve anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007”, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2009-2010.
- PEREIRA, Luís Silva: “Alguns aspectos da implementação do regime relativo ao Mandado Detenção Europeu”, *Revista do Ministério Público*, ano 24, n. 96 (Out. - Dez. 2003), p. 39-65.
- PEREIRA, Luís Silva: “Contributo para uma interpretação dos artigos 12º, nº1. al. g) e 13º, al. c) da Lei nº 65/2003, de 23 de Agosto”, *Revista do CEJ*, 2º semestre 2007, n. 7, p.265-284.

- PIÇARRA, Nuno: “A proibição constitucional de extraditar nacionais em face da União Europeia”, *Revista do CEJ*, 2º semestre 2007, n. 7, p.243-263.
- RAMOS, Vânia Costa – “Ne bis in idem e União Europeia”, Coimbra Editora, 2009.
- RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes – “Para uma Política Criminal Europeia”. Coimbra Editora - 2002.
- SERRANO, Mário Mendes – “Extradição”, *in* Cooperação Internacional Penal, CEJ, 2000, Vol.I
- SILVA, Ivan Luiz da - *in* “Internacionalização do Direito Penal: A tutela penal na ordem jurídica internacional”, RPCC, 19, 2009
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – “Do Mandado de Detenção Europeu”. Editora Almedina - 2006.