CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 12 de Setembro de 2006 [1]

I — Introdução

1. Les connaissances sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde [2].

2. O Arbitragehof ou Cour d'Arbitrage da Bélgica (órgão jurisdicional competente para a fiscalização da constitucionalidade das leis), ao abrigo do artigo 35.º UE [3], pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a validade 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 [4].

3. Questiona a compatibilidade entre essa decisão-quadro e o Tratado da União Europeia a dois níveis, um formal e outro substantivo. No primeiro, que tem como pano de fundo o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do Tratado da União Europeia, discute a base jurídica a que recorreu o Conselho, questionando a idoneidade do instrumento escolhido.

4. Esta suspeita obriga o Tribunal de Justiça a encarar o sistema de fontes do terceiro pilar da União Europeia, analisando a natureza das decisões-quadro, arremedo das directivas do pilar comunitário. Nesta questão, o acórdão Pupino [5] representa um adequado ponto de partida.

5. No segundo nível, o substantivo, põe em causa uma das novidades, talvez a mais relevante, deste método de auxílio entre os Estados-Membros para a detenção e entrega de pessoas: a interdição, em determinados casos, de condicionar o cumprimento do mandado de detenção europeu a que os factos que o motivam também constituam

1 — Língua original: espanhol.

2 — Montesquieu, «L'esprit des lois», livro décimo segundo, Capítulo II, Ed. Gallimard, la Pléiade, Oeuvres complètes, Paris, 1951, Tomo II, p. 432.

3 — O Reino da Bélgica aceitou esta atribuição prejudicial do Tribunal de Justiça, outorgando a todos os juízes e tribunais a possibilidade de lhe submeterem questões (JO 1999, C 120, p. 24).

4 — JO L 190, p. 1.

5 — Acórdão de 16 de Junho de 2005 (C-105/03, Colect., p. I-5285).

crime no Estado de execução. O Arbitragehof quer saber se esta inovação está em conformidade com os princípios da igualdade e da legalidade em matéria penal e se, consequentemente, respeita o artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia.

6. A resposta a esta questão exige que se enfrente, sem vacilar, o papel dos direitos fundamentais num sector tão sensível como o da cooperação policial e judiciária em matéria penal, depois de proclamada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [6].

7. O repto não parece fútil, pois, em alguns Estados-Membros, a transposição da decisão-quadro não foi efectuada por afectar garantias dos cidadãos. Na Polónia, o Trybunal Constytucyjny (tribunal constitucional), competente para examinar as leis à luz da lei suprema, declarou, no acórdão de 27 de Abril de 2005 [7], que o artigo 607.ºt, n.º 1, do Código de Processo Penal colide com o artigo 55.º, n.º 1, da Constituição [8], por permitir, com base no mandado europeu de detenção, a entrega de um nacional às autoridades de outro Estado-Membro. Apenas três meses mais tarde, por razões similares [9], o Bundesverfassungsgericht alemão (tribunal constitucional federal) expressou-se em termos semelhantes [10] sobre a lei de execução da decisão-quadro [11]. O Supremo Tribunal de Chipre seguiu um caminho idêntico [12], por a detenção para a execução de um mandado de detenção europeu não estar prevista no artigo 11.º da Constituição. Em contrapartida, o Ústavní soud (tribunal constitucional) checo, por acórdão de 8 de Março de 2006 [13], negou provimento ao recurso de inconstitucionalidade interposto por um grupo de senadores e de deputados contra a lei de transposição da decisão-quadro, à qual imputavam a violação da Constituição por permitir a entrega de

6 — JO 2000, C 364, p. 1.

7 — P 1/05. Sobre este acórdão, pode consultar-se Komárek, J., «Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación — Un análisis de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal Constitucional polaco —», Revista Española de Derecho Europeo, n.º 16, 2005, pp. 627 a 657.

8 — Esta norma dispõe: «Os cidadãos polacos não poderão ser extraditados».

9 — O artigo 16.º, n.º 2, da Grundgesetz für die Bundesrepublik (lei fundamental de Bona), proibia que um alemão pudesse ser entregue ao estrangeiro. Este preceito foi modificado em 29 de Dezembro de 2000 para restringir o direito em certos casos determinados pela lei.

10 — Acórdão de 18 de Julho de 2005 (2 BvR 2236/04), que considera [...] O conteúdo essencial do direito fundamental proclamado no artigo 16.º, n.º 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

11 — Europäisches Haftbefehlgesetz — EuHbG. O Tribunal Constitucional polaco, invocando o artigo 190.º da Constituição, diferiu em dezoito meses as consequências da declaração de inconstitucionalidade, porque «o mandado europeu de detenção tem uma importância crucial para o funcionamento da administração da justiça, essencialmente — enquanto forma de cooperação entre os Estados-Membros no fomento da luta contra o crime — para aperfeiçoar a segurança». Em contrapartida, a decisão do Tribunal constitucional Federal alemão teve efeitos imediatos; assim, a Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, autoridade judicial espanhola competente na matéria [artigo 6.º, n.º 3, da decisão-quadro, conjugada com a Lei orgânica 2/2003, de 14 de Março, complementar da Lei sobre a ordem europeia de detenção e entrega — Boletín Oficial del Estado (a seguir «BOE») n.º 65, de 17 de Março de 2003, p. 10244], considera nulos os processos de entrega iniciados mediante ordens emitidas pela República Federal da Alemanha, transformando-os em processos de extradição (acordo de 20 de Setembro de 2005); nota-se uma reacção semelhante no acórdão do Areios Pagos (tribunal de recurso grego) de 20 de Dezembro de 2005 (processo 2483/2005).

12 — Acórdão de 7 de Novembro de 2005 (processo 294/2005).

13 — Processo 66/04.

nacionais e suprimir o controlo inerente ao critério da dupla incriminação.

8. Trata-se, pois, de um debate de grande envergadura sobre as possíveis colisões entre as constituições e o direito da União, em que o Tribunal de Justiça tem de participar, assumindo o protagonismo que lhe cabe, para situar a interpretação dos valores e dos princípios informadores do seu ordenamento em parâmetros equiparáveis aos que presidem às estruturas nacionais [14].

II — Quadro jurídico

A — *O Tratado da União Europeia*

9. A União, que assume uma nova etapa no processo de integração para estreitar os laços entre os povos da Europa, funda-se nas Comunidades, às quais acrescenta as políticas e formas de cooperação instituídas pelo próprio Tratado (artigo 1.º UE). Assenta em valores partilhados pelos europeus, como a liberdade, a democracia, o Estado de Direito e o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais (artigo 6.º, n.º 1, UE).

10. Precisamente, segundo a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 (a seguir «Convenção de Roma»), tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, esses direitos assumem-se como princípios gerais do ordenamento jurídico comunitário, cuja tutela, no âmbito dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e do Tratado UE, incumbe ao Tribunal de Justiça [artigo 6.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 46.º, alínea d), UE].

11. Entre os objectivos da União figura o da manutenção e desenvolvimento de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, adoptando medidas de prevenção e combate à criminalidade (artigo 2.º, n.º 1, quarto travessão, UE), no chamado terceiro pilar, que corresponde à cooperação policial e judiciária em matéria penal (título VI UE).

12. Este terceiro pilar tem por objectivo proporcionar aos cidadãos um elevado grau de segurança, elaborando políticas de prevenção e luta contra a criminalidade, mediante uma maior cooperação entre as autoridades judiciárias e de aproximação, quando seja necessário, das normas penais nacionais (artigos 31.º UE e 32.º UE).

14 — Alonso Garcia, R., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005. p. 41, faz eco desta necessidade.

13. A acção nesse sector judicial inclui, por exemplo, a) acelerar a cooperação no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões, b) facilitar a extradição, c) assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, d) prevenir os conflitos de jurisdição e e) adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga (artigo 31.°, n.° 1, UE).

14. Para esse efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode adoptar [artigo 34.°, n.° 2, alíneas a) a c), UE]:

1) Posições comuns que definam a abordagem da União em relação a uma questão específica;

2) Decisões-quadro para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Tal como as directivas no primeiro pilar, vinculam quanto ao resultado, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios, mas, em contrapartida, não produzem efeito directo;

3) Decisões para quaisquer outros efeitos compatíveis com os objectivos do terceiro pilar, com exclusão da aproximação de legislações, que têm carácter vinculativo e não produzem efeito directo.

15. Também pode elaborar convenções internacionais e recomendar a sua adopção pelos Estados-Membros, entrando estas em vigor depois de adoptadas por metade deles [artigo 34.°, n.° 2, alínea d), UE].

B — *A Decisão-quadro 2002/584*

16. Ao abrigo dos artigos 31.°, alíneas a) e c), e 34.°, n.° 2, alínea d), UE, esta decisão-quadro responde ao desejo de suprimir na União o processo formal de extradição [15], substituindo-o por um sistema simplificado de entrega judicial de pessoas condenadas ou suspeitas, para efeitos de execução de sentenças ou de procedimento penal (primeiro e quinto considerandos). Em conformidade com este plano, substitui, nas relações entre os Estados-Membros, os

15 — Assim o recomendara o Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999 (n.° 35 das conclusões da Presidência).

instrumentos internacionais (artigo 31.º, n.º 1) [16], anteriores ou posteriores, que, não obstante, continuam a aplicar-se quando superem os objectivos da decisão-quadro ou contribuam para simplificar ou facilitar o cumprimento de um mandado de detenção europeu (artigo 31.º, n.º 2).

17. Por conseguinte, abandona-se o auxílio entre Estados, instaurando um regime de livre circulação de decisões judiciais, que assenta na confiança recíproca e no reconhecimento mútuo (quinto, sexto e décimo considerandos e artigo 1.º, n.º 2).

18. O Conselho da União Europeia aprovou a decisão-quadro apoiando-se nos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, com a vontade de respeitar os direitos fundamentais e o artigo 6.º UE (sétimo e décimo segundo considerandos; artigo 1.º, n.º 3), até ao ponto de se recusar a entrega de um indivíduo [17] quando razões objectivas permitam supor que o mandado de detenção é emitido para acusá-lo, castigá-lo ou prejudicá-lo em virtude do sexo, da raça, da religião, da ascendência étnica, da nacionalidade, da língua, da opinião política ou da orientação sexual, bem como quando corra risco sério de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes. Além disso, incentiva os Estados-Membros a aplicarem as suas normas constitucionais respeitantes ao direito a um processo equitativo [18] e às liberdades de associação, de imprensa e de expressão (décimo segundo e décimo terceiro considerandos). Também assume o compromisso de proteger os dados de carácter pessoal tratados no contexto da execução da decisão-quadro (décimo quarto considerando).

16 — São os seguintes: a) a Convenção Europeia de extradição, de 13 de Dezembro de 1957 e os seus protocolos adicionais de 15 de Outubro de 1975 e de 17 de Março de 1978, bem como a Convenção Europeia para a repressão do terrorismo, de 27 de Janeiro de 1977; b) o capítulo IV do Título III da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, de 19 de Junho de 1990 (JO 2000, L 239, p. 19); c) O acordo entre os doze Estados-Membros das Comunidade Europeias relativo à simplificação e à modernização das formas de transmissão dos pedidos de extradição, de 26 de Maio de 1989; d) a Convenção relativa ao processo simplificado de extradição entre os Estados-Membros da União Europeia, de 10 de Março de 1995; e e) a Convenção relativa à extradição entre os Estados-Membros da União Europeia, de 27 de Setembro de 1996. Os dois últimos foram celebrados ao abrigo do artigo K.3, n.º 2, alínea c), do Tratado da União Europeia, precedente imediato do artigo 34.º, n.º 2, alínea d), UE.

17 — A versão espanhola dispõe que «Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas [...]»), mas a vontade do legislador era, precisamente, a oposta, como decorre, designadamente, das versões francesa («Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs [...]»), inglesa («Nothing in this Framework Decision may be interpreted as prohibiting refusal to surrender a person for whom a European arrest warrant has been issued when there are reasons to believe, on the basis of objective elements [...]»), alemã («Keine Bestimmung des vorliegenden Rahmenbeschlusses darf in dem Sinne ausgelegt werden, dass sie es untersagt, die Übergabe einer Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl besteht, abzulehnen, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen [...]») ou neerlandesa («Niets in dit kaderbesluit staat eraan in de weg dat de overlevering kan worden geweigerd van een persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd, indien er objectieve redenen bestaan om aan te nemen...»).

18 — N.º 24 das presentes conclusões.

19. O mandado de detenção europeu é uma decisão de um juiz de um Estado-Membro, dirigida às autoridades de outro Estado-Membro, com vista à detenção e entrega de uma pessoa, para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade (artigo 1.º, n.º 1).

20. Tem natureza estritamente judicial. É um mecanismo de cooperação entre autoridades judiciárias (artigos 1.º e 3.º a 6.º), sem prejuízo do auxílio, meramente prático e administrativo, que o poder executivo seja chamado a prestar (nono considerando e artigo 7.º).

21. Pode ser emitido por factos puníveis pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a doze meses ou, quando tiver sido decretada uma pena ou aplicada uma medida de segurança, por sanções de duração não inferior a quatro meses (artigo 2.º, n.º 1). O Estado demandado pode sujeitar a entrega à condição de os factos constituírem uma infracção também no seu ordenamento jurídico (artigo 2.º, n.º 4).

22. Esta regra, denominada «dupla incriminação», cede, segundo o artigo 2.º, n.º 2, para trinta e duas categorias de condutas, sempre estas sejam puníveis no Estado de emissão com pena de prisão de duração máxima não inferior a três anos. A lista inclui as seguintes categorias:

— participação numa organização criminosa,

— terrorismo,

— tráfico de seres humanos,

— exploração sexual de crianças e pedopornografia,

— tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas,

— tráfico ilícito de armas, munições e explosivos,

— corrupção,

— fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias na acepção da Convenção de 26 de Julho de 1995, relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias,

— branqueamento dos produtos do crime,

— falsificação de moeda, incluindo a contrafacção do euro,

— cibercriminalidade,

— crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas,

— auxílio à entrada e à permanência irregulares,

— homicídio voluntário, ofensas corporais graves,

— tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos,

— rapto, sequestro e tomada de reféns,

— racismo e xenofobia,

— roubo organizado ou à mão armada,

— tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte,

— burla,

— extorsão de protecção e extorsão,

— contrafacção e piratagem de produtos,

— falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico,

— falsificação de meios de pagamento,

— tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento,

— tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos,

— tráfico de veículos roubados,

— violação,

— fogo-posto,

— crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional,

— desvio de avião ou navio,

— sabotagem».

23. O artigo 3.º inclui três fundamentos de não execução obrigatória do mandado e o artigo 4.º, outros sete facultativos. A este grupo correspondem os casos em que o Estado requerido, de que o condenado seja nacional ou residente, se comprometa a executar a pena ou medida de segurança nos termos do seu direito interno (artigo 4.º, n.º 6). Na mesma linha, o artigo 5.º, n.º 3, admite, nessas condições, que, quando se pretenda intentar uma acção penal, a entrega fique sujeita à condição de o interessado, depois de ouvido, regressar ao seu Estado-Membro para nele cumprir a pena ou medida de segurança proferida.

24. No processo, que é tratado com urgência e em prazos preclusivos (artigos 17.º e 23.º), a pessoa procurada tem o direito de ser ouvida (artigos 14.º e 19.º), de ser assistida por um defensor e por um intérprete (artigo 11.º, n.º 1), bem como de gozar das garantias próprias do detido e, se for o caso, da liberdade provisória, em conformidade com o direito do Estado-Membro de execução (artigo 12.º).

25. O mandado contém as informações necessárias à sua execução, em particular as relativas à identidade da pessoa procurada, à natureza e à qualificação da infracção (artigo 8.º, n.º 1). As dificuldades ocorridas na transmissão devem ser resolvidas através de contactos directos entre as autoridades

judiciárias interessadas ou, se for caso disso, através das autoridades administrativas de apoio (artigo 10.º, n.º 5).

26. O prazo para dar cumprimento à decisão-quadro expirou em 31 de Dezembro de 2003.

III — O processo principal e as questões prejudiciais

27. A Advocaten voor de Wereld, associação sem fins lucrativos, interpôs no Arbitragehof recurso da Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel (lei relativa ao mandado de detenção europeu), de 19 de Dezembro de 2003 [19], que transpõe para o direito interno a decisão-quadro, por considerar que viola os artigos 10.º e 11.º, em conjugação com os artigos 36.º, 167.º, § 2, e 168.º, todos da Grondwet (Constituição belga). Alega que o mandado de detenção devia ser regulado num acordo internacional e que o artigo 5.º, n.º 5, da lei, reflexo no direito interno do artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro, infringe o princípio da igualdade, bem como a exigência de *lex certa* no domínio criminal.

19 — *Moniteur belge* de 22 de Dezembro de 2003, segunda edição, p. 60075.

28. Dados os termos do litígio, o referido tribunal constitucional deliberou [20], antes de decidir a causa, submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A Decisão-quadro 2002/584 [...] está em conformidade com o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), UE, nos termos do qual as decisões-quadro só podem ser adoptadas para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros?

2) O artigo 2.º, n.º 2, da Decisão-quadro 2002/584 [...], na medida em que elimina o controlo da condição da dupla incriminação relativamente às infracções aí mencionadas, está em conformidade com o artigo 6.º, n.º 2, UE, mais especificamente com o princípio da legalidade em matéria penal consagrado nessa disposição e com o princípio da igualdade e da não-discriminação?

20 — Tenho a esperança de que o exemplo se propague e de que outros tribunais constitucionais, nada inclinados a assumir as suas tarefas de juízes comunitários, iniciem um diálogo irrenunciável com o Tribunal de Justiça para construírem uma Europa unida. Em «Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional español como juez comunitario», intervenção na mesa redonda «Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario» durante o colóquio organizado em Múrcia, em Novembro de 2005, pelo Consejo General del Poder Judicial espanhol, sob o tema La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción, critiquei as reservas do Tribunal Constitucional espanhol, que se situa à margem do debate comunitário.

IV — O processo no Tribunal de Justiça

29. A questão prejudicial enviada pelo Arbitragehof deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 2 de Agosto de 2005. A Advocaten voor de Wereld, a Comissão, o Conselho da União Europeia, bem como os Governos belga, checo, espanhol, finlandês, francês, do Reino Unido, letão, lituano, neerlandês e polaco apresentaram observações escritas, tendo estado presentes na audiência para apresentar alegações orais os representantes da Advocaten voor de Wereld, dos Governos belga, checo, espanhol, francês, neerlandês e do Reino Unido, bem como do Conselho da União Europeia e da Comissão das Comunidades Europeias.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Base jurídica (primeira questão)*

30. Não se discute que a decisão-quadro aborde um conteúdo próprio do terceiro pilar da União Europeia nem, consequentemente, a competência do Conselho para o regulamentar [21]. A polémica centra-se na fonte de direito utilizada, pois, no processo inicial, duvida-se que uma decisão-quadro seja o instrumento adequado, por duas razões. Por um lado, porque não se trata de aproximar legislações nacionais preexistentes, tendo em conta que o mandado europeu de detenção implica uma figura nova; por outro lado, porque, através de uma decisão-quadro, não podem derrogar-se as anteriores convenções internacionais sobre extradição.

31. Estabelecido o debate nestes termos, devemos, em primeiro lugar, introduzir-nos no interior do mandado de detenção europeu para questionar a sua natureza e averiguar se lhe são aplicáveis as previsões harmonizadoras de uma decisão-quadro. Em caso de resposta positiva, há que indagar se o terreno estava vedado a esta categoria de actos, por força do princípio *contrarius actus*, por, no passado, ter sido regulado por actos interestatais.

21 — O mandado de detenção europeu dá uma resposta à preocupação evidenciada nos artigos 2.º, n.º 1, quarto travessão, 29.º, parágrafo segundo, segundo travessão, e 31.º, n.º 1, alíneas a) e b), UE. Caracteriza-se por os órgãos judiciais de um Estado-Membro conferirem validade aos mandados emitidos pelos outros Estados-Membros, contribuindo para aprofundar e tornar efectiva a cooperação judiciária [artigo 31.º, n.º 1, alínea a), UE]. Se se considerar uma modalidade de extradição (opinião que não partilho, como exponho a seguir), encaixa na competência ex artigo 31.º, n.º 1, alínea b), UE. Em qualquer caso, a listagem do referido artigo 31.º não é exaustiva (emprega a expressão «nomeadamente»), pelo que um processo que facilita a detenção e entrega de pessoas para serem julgadas ou para que cumpram uma pena melhora o grau de segurança dos cidadãos da União, ajustando-se plenamente ao artigo 29.º UE.

32. No entanto, antes de entrar nestes assuntos, devo avançar uma resposta à pretensão do Governo checo de que não se admita esta questão inicial.

1. Quanto à admissibilidade

33. Alega o referido Governo que a análise da aptidão de uma decisão-quadro para regular o mandado de detenção europeu impõe que o Tribunal de Justiça examine uma questão de direito primário [o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), UE] «que escapa ao seu controlo», e que, por conseguinte, não tem competência para se pronunciar. Este destaque erra de raiz porque, precisamente, na exegese dos Tratados e na sua defesa face ao direito derivado, tarefas de marcado cariz constitucional, reside uma das competências nucleares desta instituição [22].

34. Todos os poderes da União estão vinculados e submetidos aos ditames emanados pelo «constituinte europeu», mas ao Tribunal de Justiça incumbe também preservar a sua integridade e assegurar a sua eficácia, protegendo-os dos desvios em que incorram os outros intervenientes comunitários. O Arbitragehof não lhe pede nada extravagante, mas apenas que, exercendo as suas atribuições, avalie se uma disposição legislativa é compatível com um preceito do Tratado [23], juízo para o qual, a título preliminar e frontalmente, há que interpretar e fixar o âmbito da norma contestada.

35. No entanto, o referido Estado-Membro insiste na inviabilidade desta primeira questão, alegando obscuridade no despacho de reenvio sobre os fundamentos de invalidade da decisão-quadro. Explica que, na medida em que a associação recorrente pede a declaração de inconstitucionalidade da lei belga de transposição com o argumento de que a referida decisão-quadro não é o instrumento idóneo para aproximar as regulamentações nacionais, devia apoiar a sua pretensão com os argumentos pertinentes e o órgão jurisdicional reproduzi-los na decisão de reenvio.

36. As informações prestadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais devem permitir que os intervenientes no processo prejudicial apresentem observações que proporcionem ao Tribunal de Justiça elementos para dar

22 — Rodríguez-Iglesias, G.C., destacou o papel do Tribunal de Justiça como tribunal constitucional, «El poder judicial en la Unión Europea», La Unión Europea tras la Reforma, Universidade de Cantábria, 1998, pp. 22 segs. Eu próprio reiterei esta ideia [Ruiz-Jarabo, D., «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)», Estudios de Derecho Judicial, n.º 34, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 287 a 291].

23 — A questão prejudicial sobre a validade proporciona uma via para controlar, de forma indirecta, a «constitucionalidade» do direito derivado aquando da sua aplicação.

uma resposta útil [24]. Este objectivo está cumprido no presente caso, pois deixa claro que a controvérsia gira em torno da capacidade de uma decisão-quadro para organizar o mandado de detenção europeu, aproximando os ordenamentos internos. Assim o entenderam os outros doze participantes neste incidente de cooperação judiciária e o próprio Governo checo, que, embora lamentando a opacidade do Arbitragehof, não encontrou nenhum inconveniente para entrar na matéria [25].

37. Liberto o caminho até à questão de fundo, cumpre, pois, analisar este novo instrumento de colaboração penal entre os Estados-Membros.

2. Mandado de detenção europeu e extradição

38. Defendeu-se que o mandado de detenção europeu supõe uma espécie do género extradição. A doutrina qualificou a decisão-quadro como uma intenção de «facilitar» a extradição entre os Estados-Membros [26], uma versão moderna [27], *sui generis* [28], com um nome diferente [29]. O legislador comunitário contribuiu para a confusão, ao invocar o artigo 31.°, n.° 1, alínea b), UE. Alguns altos órgãos jurisdicionais nacionais também contribuíram para o equívoco, como é o caso do Trybunal Konstytucyjny, qualificando de variante de extradição a entrega para cumprir um mandado de detenção europeu [30], ainda que o tenha feito para a submeter às mesmas condições quanto à protecção dos direitos fundamentais garantidos na lei suprema do referido Estado-Membro. Algo parecido fez o Bundesverfassungsgericht, que equipara tacitamente as duas figuras [31].

39. Não obstante, também foram salientadas as diferenças nos planos legislativo [32], dou-

24 — Acórdãos de 8 de Julho de 1998, Agostini (C-9/98, Colect., p. I-4261, n.° 5), e de 2 de Março de 1999, Colonia Versicherung e o. (C-422/98, Colect., p. I-1279, n.° 5).

25 — A resolução da questão sobre o medida em que a inadequação da decisão-quadro implica a inconstitucionalidade da Lei de transposição não incumbe ao Tribunal de Justiça, ainda que se possa arriscar que, defendendo a procedência de um tratado internacional, se violaria o artigo 36.°, conjugado com os artigos 167.° e 168.° da Grondwet.

26 — Tomuschat C., «Ungereimtes — Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», Europäische Zeitschrift für Grundrechte, 2005, p. 456.

27 — Flore, D., «L'accueil de la Décision cadre relative au mandat d'arrêt européen en Belgique»,, Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, Bruxelas, 2005, p. 137. Conway, G., «Judicial Interpretation and the Third Pillar», European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2005, p. 255, considera-as equivalentes.

28 — Keijzer, N., «The double criminality requirement», Handbook on the European arrest warrant, Tob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij (editores), Haia, 2005, p. 139.

29 — Plachta, M., «European Arrest Warrant: Revolution in Extradition», Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2003, p. 193.

30 — Fundamento jurídico n.° 3 do acórdão já referido no n.° 7.

31 — Acórdão referido na nota 10.

32 — A exposição de motivos da Lei espanhola 3/2003, de 14 de Março, relativa ao mandado europeu de detenção e entrega (BOE n.° 65, de 17 de Março de 2003, p. 10244), sublinhou que introduz «modificações tão substanciais no clássico processo de extradição que pode afirmar-se sem reservas que este desapareceu das relações de cooperação judicial entre os Estados-Membros da União Europeia» (último parágrafo).

trinal [33] e jurisprudencial [34].

40. Mas as posições não são tão discrepantes, pois dependem da perspectiva escolhida. Quando a atenção se dirige para o resultado, florescem as coincidências, destacando-se as disparidades se repararmos nos fundamentos deste modo de colaboração e na forma como decorre.

41. A passagem da extradição para o mandado de detenção europeu implica um giro copernicano. É obvio que ambos servem o mesmo fim de entregar um acusado ou um condenado às autoridades de outro Estado, para o julgarem ou executarem a condenação; mas acabam aí as similitudes.

42. Na extradição, entram em contacto dois Estados soberanos, o requerente e o requerido, que actuam em posições autónomas: um pede a colaboração do outro, que decide caso a caso se a presta, tendo em atenção razões que transcendem o universo estritamente jurídico e entram no âmbito das relações internacionais, assumindo, portanto, um papel relevante o princípio da oportunidade. Por esta razão, a intervenção última de responsáveis políticos e de critérios como o da reciprocidade ou o da dupla incriminação justificam-se por serem oriundos de esferas diferentes.

43. O cenário é outro quando o auxílio é pedido e prestado no seio de um sistema jurídico supranacional de integração, em que os Estados, renunciando parcialmente à sua soberania, transferem competências para instâncias alheias, com capacidade legislativa. Esta aproximação, própria do primeiro pilar da União [35], actua também no terceiro, intergovernamental mas com uma evidente

33 — O próprio Plachta, M., op. cit. na nota 29, p. 191, sublinha as divergências. Lagodny, O., «'Extradition' without a granting procedure: the concept of 'surrender'», Handbook on the European arrest warrant, Tob Blekxtoon, Wouter van Ballegooij (editores), Haia, 2005, pp. 41 e 42, destaca o carácter judicial do mandado de detenção europeu. Por sua vez, Jégouzo, I., «Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen», Gazette du Palais — Recueil, Julho-Agosto de 2004, p. 2311, aduz que a decisão-quadro é inovadora, substituindo a prerrogativa do poder político por um mecanismo estritamente processual.

34 — O Bundesverfassungsgericht, no acórdão referido, aponta, sem o indicar, as diferenças, ao afirmar que a decisão-quadro transformou uma declaração política, alheia a controlo jurídico, numa ponderação jurídica (fundamento 88, *in fine*).

35 — Desde os acórdãos de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Colect. 1962-1964, p. 205) e de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549), ninguém nega que o direito comunitário constitui um ordenamento jurídico singular que, nas matérias específicas que integram o seu acervo, prevalece sobre os direitos dos Estados-Membros.

vocação «comunitária», como demonstrou o acórdão Pupino [36], transferindo para as decisões-quadro categorias do primeiro pilar e alguns dos parâmetros característicos das directivas [37].

44. Não se estabelece um nexo entre espaços estanques, exigindo-se uma comprovação *ad casum*, para verificar que, com a ajuda, não se ignoram as bases da organização social. Pelo contrário, aspira-se a prestar apoio a alguém com quem se partilham princípios, valores e interesses [38], erigindo uma rede institucional, com as suas peculiares fontes de direito, de força diversa, mas, afinal, vinculativas, que pretendem prevenir e lutar contra a criminalidade, num espaço único de liberdade, segurança e justiça, facilitando a cooperação entre os Estados ou harmonizando os seus direitos penais.

45. Neste contexto, assente na confiança mútua, o apoio à cooperação não deriva de uma conjugação de vontades de origem diversa mas de uma norma comum — a decisão-quadro —, na qual se perfilam os comportamentos que incitam à colaboração. Assim, não são acolhidas as participações em virtude das quais se exige uma comprovação individual relativa à reciprocidade [39] ou se outorga à dupla incriminação um valor absoluto, pois, entre os eventuais participantes, a conduta que origina o pedido é igualmente reprovável e um encargo em sentido inverso também seria acolhido. Com este espírito, nenhuma consideração de oportunidade é pertinente, reduzindo-se o controlo ao estritamente jurídico; noutras palavras, as autoridades políticas devem deixar o protagonismo às judiciais e a apreciação específica de cada caso tem de ceder perante outra de índole geral, pois essa norma partilhada assume a jurisdição dos tribunais nacionais para perseguir os delitos que elenca. Em suma, já não há Estados

36 — O n.º 36 do acórdão Pupino refere que independentemente do grau de integração pretendido pelo Tratado de Amesterdão no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa na acepção do artigo 1.º, segundo parágrafo, UE, é perfeitamente lógico que os autores do Tratado da União Europeia tenham considerado útil prever, no âmbito do título VI deste Tratado, o recurso a instrumentos jurídicos com efeitos análogos aos previstos no Tratado CE, tendo em vista contribuir eficazmente para a prossecução dos objectivos da União. Sarmiento, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de la decisiones marco», Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n.º 10, 2005 (http://www.reei.org), sustenta que este acórdão do Tribunal de Justiça abre as portas a uma «comunitarização» gradual das áreas intergovernamentais do TUE. Alonso García, R., op. cit. na nota 14, pp. 36 a 38, demonstra que o terceiro pilar é um *tertium genus*, «de carácter fortemente intergovernamental, mas, ao mesmo tempo, com presença de traços supranacionais nos instrumentos de intervenção e nos mecanismos de controlo jurisdicional».

37 — Os princípios de interpretação conforme (n.os 34, 43 e 47) e de cooperação leal (n.º 42).

38 — Weigend, Th., «Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts», Juristische Schulung, 2000, p. 110, sustenta que a luta contra a criminalidade internacional suscita a dúvida acerca da conveniência de continuarmos presos a ideias herdadas, que partem de uma preferência incondicional pela soberania estatal, bem como de uma desconfiança face à justiça penal estrangeira, e acrescenta que muitos países renunciariam a essa concepção tradicional relativamente àqueles Estados com os quais sabem que estão irmanados por uma cultura jurídica comum e pelo respeito pelos direitos humanos.

39 — Já em 1880, o Instituto de Direito Internacional de Oxford entendeu que, ainda que a reciprocidade em matéria de extradição possa ser exigida através da política, não é uma exigência da justiça [artigo 5.º da Resolução de 9 de Setembro de 1880 (Anuário do Instituto, nova edição abreviada, vol. I, 1875-1883, p. 733)]. Ver Schultz, H., «Rapport général provisoire sur la question IV pour le Xe Congrès international de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome», Revue Internationale de Droit Pénal, 1968, n.os 3 e 4, p. 795.

soberanos que possam cooperar em casos individuais mas membros da União Europeia obrigados a auxiliar-se, sempre que tenham sido perpetrados crimes contra o interesse comum [40].

46. Creio, por isso, que a extradição e o mandado de detenção europeu e entrega respondem a esquemas axiológicos que só coincidem no seu objectivo. A decisão-quadro situa-se nesta linha, ao suprimir a extradição, substituindo-a por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias, baseado no reconhecimento mútuo [41] e na livre circulação das decisões, fruto de um elevado grau de confiança entre os Estados-Membros (primeiro, quinto, sexto e décimo considerandos). Pelo que precede, presumem-se a reciprocidade e a dupla incriminação para determinadas condutas, as mais condenáveis, regulando-se as causas de recusa do apoio, sem deixar qualquer espaço para a discricionariedade política (artigos 3.º e 4.º) [42].

47. Esta conclusão parece apoiar a tese dos que defendem que, tratando-se de um novo modo de actuação, não havia nada que harmonizar, pelo que não podia regular-se o mandado de detenção europeu através de uma decisão-quadro. Mas esta ilação, por simplista, desconhece a natureza dessa fonte do direito e a essência daquele mecanismo.

3. A decisão-quadro como fonte harmonizadora

48. Esta apresentação quebra pela premissa maior, pois a circunstância de o mandado de detenção europeu e entrega se distinguir, salvo quanto à finalidade, da extradição não

40 — Ninguém atribuiria categoria de extradição ao auxílio jurisdicional para a entrega de um acusado entre um órgão jurisdicional do *Land* da Baviera e outro da Baixa Saxónia, ou entre um da Comunidade Autónoma da Catalunha e outro da Andaluzia, pelo que também não há que atribuí-la se a colaboração tiver lugar no interior da União Europeia. Pode-se argumentar, em sentido contrário, que, tal como os órgãos jurisdicionais de um país (República Federal da Alemanha ou Reino de Espanha) aplicam o mesmo direito criminal, independentemente da sua sede, os dos diversos Estados-Membros estão submetidos a diferentes códigos penais, por mais que participem de princípios e valores idênticos. Mas esta afirmação não é inteiramente certa: por um lado, há sectores harmonizados na União, enquanto, por outro, existem preceitos penais em branco (por exemplo, os que tipificam delitos contra o meio ambiente, incluídos no artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro) que se integram com normas de carácter técnico, cuja promulgação cabe aos *Länder* ou às Comunidades Autónomas, provocando certas divergências na tipificação num mesmo Estado-Membro.

41 — O Conselho Europeu de Tampere elegeu o princípio de reconhecimento mútuo das decisões judiciais como pedra angular da cooperação judiciária na União (n.º 33 das conclusões da Presidência). O referido princípio é analisado por Sanz Morán, A.J., «La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material», Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 81 a 90, onde se reflectem os argumentos dos seus detractores.

42 — A decisão-quadro enquadra-se num processo evolutivo que parte da Convenção Europeia de Extradição, de 1957 (artigo 28.º, n.º 3) e continua com a de 1996 (artigo 1.º, n.º 2), deixando a porta aberta a disposições mais favoráveis à colaboração, acolhidas em legislações uniformes ou recíprocas, organizando a execução no território de um Estado dos mandados de detenção emitidos em outro Estado. Um exemplo deste tipo de instrumentos é facultado pelo Tratado entre o Reino de Espanha e a República Italiana para a perseguição de crimes graves mediante a supressão da extradição num espaço de justiça comum, celebrado em Roma, em 28 de Novembro de 2000, que nunca entrou em vigor, ao ter-se iniciado as diligências para a aprovação da decisão-quadro, que o Conselho da União Europeia qualificou de legislação uniforme na acepção do referido artigo 28.º, n.º 3, da Convenção de 1957 (Conclusões sobre a aplicação do mandado europeu de detenção e sua relação com os instrumentos jurídicos da União Europeia, Bruxelas, 11 de Setembro de 2003 — doc. 12413/03).

implica um nascimento do vazio, sem precedentes nos ordenamentos nacionais, que cumpra registar.

49. O mandado de detenção europeu, meio indispensável para a instauração de um espaço de liberdade, segurança e justiça (artigos 2.º UE e 29.º UE), é uma manifestação do auxílio jurisdicional. Consiste numa decisão de um órgão jurisdicional visando a detenção e entrega de uma pessoa por uma autoridade judicial estrangeira para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena (artigo 1.º, n.º 1, da decisão-quadro). É, pois, um acordo regulado pelo regime jurídico do Estado-Membro emissor, que, em conformidade com o princípio de reconhecimento mútuo, é equiparado nos outros Estados-Membros a decisões judiciais internas, pelo que a concertação normativa se mostra imprescindível. Os mandados de detenção destacam-se nas leis processuais penais nacionais e a decisão-quadro confere-lhes, em algumas circunstâncias e de acordo com certas condições, repercussão além fronteiras, exigindo-se, para isso, concordância entre os regimes estatais. O seu articulado serve este propósito, conciliando os modos e conteúdo da deliberação, as formas e prazos de remessa e de execução, os fundamentos de inexecução, bem como as garantias conferidas ao detido durante o processo e os efeitos da entrega.

50. Assim, não se inventa um instituto antes inexistente nem se aproximam as diversas legislações sobre extradição; harmonizam-se as figuras de detenção e entrega para o auxílio entre as autoridades judiciárias, vigentes em cada Estado-Membro [43].

51. No presente reenvio prejudicial, não se discutem as potencialidades harmonizadoras da decisão-quadro, a não ser a sua virtualidade criadora, mas também aqui está subjacente um equívoco porque, como acabo de indicar, o mandado de detenção europeu, embora se singularize da extradição, não é uma descoberta sem semelhança nos direitos nacionais [44]. De qualquer modo, ainda que se defendesse isso, nada impediria o recurso a

43 — Por exemplo, em Espanha ficam afectados os artigos 273.º a 278.º da Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julho, do Poder Judicial, e os artigos 183.º a 196.º da Ley de Enjuiciamiento criminal (lei processual penal), de 14 de Setembro de 1982.

44 — Como sugerem o Reino Unido e a França (respectivamente, n.os 28 a 32 e 10 a 13, das suas observações), de acordo com os artigos 94.º CE, 95.º CE e 308.º CE, qualquer inovação deve apoiar-se no último destes preceitos, enquanto a harmonização de estruturas já existentes ou a coordenação das regras básicas de direitos futuros recaem no âmbito dos outros dois. Assim, o parecer 1/94, de 15 de Novembro de 1994 (Colect., p. I-5267), dispôs que a Comunidade tem, em matéria de propriedade intelectual, uma competência de harmonização das legislações nacionais nos termos dos artigos 94.º CE e 95.º CE, e pode basear-se no artigo 308.º CE para criar títulos novos que venham a sobrepor-se aos títulos nacionais (n.º 59), como fez com o certificado complementar de protecção para os medicamentos [Regulamento (CEE) n.º 1768/92 do Conselho, de 18 de Junho de 1992 (JO L 182, p. 1)], segundo recordou o acórdão de 13 de Julho de 1995, Espanha/Conselho (C-350/92, Colect., p. I-1985, n.º 23). Por seu lado, o acórdão de 9 de Outubro de 2001, Países Baixos /Parlamento e Conselho (C-377/98, Colect., p. I-7079), sublinhou que a Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas (JO L 213, p. 13), se integra na primeira vertente, a harmonizadora, pois não cria um direito de raiz comunitária, apoiando-se antes em institutos nacionais, como as patentes, concedidas de acordo com os procedimentos internos, apesar de as invenções em causa não serem, até ao momento, patenteáveis em alguns Estados-Membros e serem previstas certas precisões e derrogações no que respeita ao alcance da protecção assegurada (n.º 25).

este tipo de norma, em caso de necessidade de aproximação legislativa, pois o Tratado da União Europeia não impede o seu uso em tais conjunturas.

4. O sistema de fontes no terceiro pilar: em particular, as relações entre as decisões-quadro e as convenções

52. O artigo 32.°, n.° 2, UE enumera quatro fontes de direito no terceiro pilar e, como matizam o Conselho, a Comissão, o Reino dos Países Baixos e o Reino da Bélgica, não as hierarquiza ou compartimenta, reservando cada classe de normas para uma determinada matéria. Qualquer delas vale, em princípio, para tudo, sem prejuízo dos limites impostos pela natureza do instrumento e pelo objectivo estabelecido, dentro de cujas margens o legislador goza de liberdade de escolha.

53. Esse reduto discricionário permanece imune à fiscalização jurisdicional, de modo que a decisão que não exceda esses contornos, seja qual for o seu conteúdo, é juridicamente correcta.

54. O Conselho optou, nesta ocasião, por uma decisão-quadro, pelo que conviria começar esta análise questionando se, à luz do fim prosseguido e do caminho traçado para alcançá-lo, teria podido recorrer a outra categoria de normas. Há que recusar a procedência de uma posição comum, útil no âmbito das relações internacionais da União e dos Estados-Membros para estabelecer a sua opinião sobre um assunto específico (artigo 37.° UE), chamada com toda a naturalidade a desenvolver as suas potencialidades também no segundo pilar, junto com a acção comum (artigo 12.° UE) [45].

55. As demais fontes — decisões-quadro, decisões e convenções — são adequadas para medidas que exijam uma transposição dos direitos internos [46], mas, nesta matéria, não há que considerar as decisões referidas no artigo 34.°, n.° 2, alínea c), pois excluem qualquer ideia harmonizadora, imprescindível para que funcione a ordem europeia.

45 — Simon, D., *Le système juridique communautaire*, Presses Universitaires de France, 2.ª ed., Novembro de 1998, p. 238, denomina-as «actos atípicos», como mostra, a Posição Comum do Conselho, de 31 de Janeiro de 2000, relativa à proposta de protocolo contra o fabrico e o tráfico ilícitos de armas de fogo, das suas partes e componentes e de munições, adicional à proposta de Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional (JO L 37, p. 1) ou a Acção Comum 96/443/JAI, de 15 de Julho de 1996, adoptada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à acção contra o racismo e a xenofobia (JO L 185, p. 5).

46 — Brechmann, W., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Calliess/Ruffert editores, 2.ª ed., 2002, artigo 34.°, n.° 6, p. 267.

56. Portanto, a única alternativa a uma decisão-quadro seria a convenção. A margem de apreciação adquire a maior amplitude na distinção entre as duas, havendo que descartar a tese de que, tendo-se regulado tradicionalmente a extradição entre os Estados-Membros em acordos internacionais, o seu «sucessor», o mandado de detenção europeu, tem de articular-se de igual modo, aduzindo sobre esse aspecto uma alegada «congelação de nível» da norma for força do princípio *contrarius actus*.

a) Inviabilidade da máxima *contrarius actus*

57. A regra de que uma matéria, uma vez regulada numa fonte, deve sempre regular-se por outras do mesmo nível, sem possibilidade de redução do mesmo, não tem carácter absoluto, pois reflecte uma garantia dos cidadãos no quadro das relações entre um poder soberano — o legislativo — e outro — o executivo — essencialmente subordinado, e as respectivas produções — lei e regulamento. Quando o Parlamento se ocupa de um sector, o Governo tem de manter-se à margem e intervir apenas na medida em que a Câmara representativa lho permita, para completar ou integrar as suas deliberações, sem que qualquer acto governativo possa imiscuir-se, substituindo a vontade do «titular do poder», excepto se, por «deslegalização», este último o habilite e não exista uma reserva constitucional de lei [47].

58. O debate sobre este assunto carece, pois, de sentido, já que as fontes têm origem idêntica e igual percurso, sendo, tanto as decisões-quadro como as convenções internacionais, aprovadas por unanimidade no Conselho, por proposta de um Estado-Membro ou da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu (artigo 34.º, n.º 2, UE, conjugado com o artigo 39.º, n.º 1, UE) [48].

59. A prática mostra um resultado igual ao da análise dogmática, pois os Estados-Membros substituíram frequentemente meios de nível convencional por outros próprios de estruturas integradoras. Um exemplo para-

47 — Os professores García de Enterría, E., e Fernández, T.R., em *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, ed. Civitas, 10.ª edição, Madrid, 2000, pp. 247 e 248, explicam este princípio.

48 — Vejo-me forçado a aludir ao alegado défice democrático do ordenamento através de decisão-quadro, que a associação demandante esgrime no processo principal, argumentando que, diversamente dos acordos internacionais, não exige, para o seu aperfeiçoamento, a intervenção das assembleias legislativas nacionais. Para começar, esse tipo de normas e o seu modo de elaboração constam de um tratado livremente assumido pelos Estados-Membros, com o protagonismo decisivo das respectivas representações populares; além disso, acabo de referir que, na tramitação atinente à sua aprovação, é ouvido o Parlamento Europeu, podendo os seus pares nacionais formular reservas, que dispõem de competência para aprovar as normas internas de aplicação e desenvolvimento, se o seu sistema constitucional exigir que tenham nível legislativo.

digmático é a Convenção de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial [49], conhecida como «Convenção de Bruxelas», substituída pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 (artigo 68.º) [50].

60. Em tais circunstâncias, há que questionar se a fórmula da convenção internacional facilita o respeito dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, impondo a sua utilização ao legislador comunitário.

b) Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade

61. Estes dois princípios, plasmados no artigo 5.º CE, regem o terceiro pilar: o da subsidiariedade por força do artigo 2.º UE, *in fine*; e o da proporcionalidade enquanto instrumento ao serviço da subsidiariedade [51].

62. A decisão-quadro proclama, no sétimo considerando, que respeita esses princípios e tem razão, já que, tratando-se de executar, no seu próprio território, os mandados de detenção estrangeiros, num espaço comum baseado na confiança mútua e no reconhecimento recíproco de decisões judiciais, a tarefa encara-se melhor com uma visão de conjunto, a partir das estruturas da União, do que separadamente, ainda que de forma coordenada, por cada Estado-Membro, Por isso, impunha-se a intervenção unitária, tendo-se acatado, pois, a subsidiariedade.

63. Teria igualmente existido esse acatamento se se tivesse recorrido a um acordo internacional, mas a discricionariedade do legislador da União permitia-lhe optar por uma decisão-quadro, sem que a irrenunciável proporcionalidade exigisse outra fórmula, já que, como a seguir exponho, a experiência assim o aconselhava, devido ao fracasso dos acordos celebrados no passado. Se a adequação entre os fins e os meios requer que a intervenção da União se limite a satisfazer as metas assinaladas, parece indispensável recorrer a um instrumento que obriga os Estados-Membros a cumprir os resultados num certo prazo.

64. Isto é, nem uma possível congelação do nível da norma que tradicionalmente regulou a entrega de um cidadão por um Estado a outro, para ser julgado ou cumprir uma

49 — JO L 299, de 31 de Dezembro de 1972, p. 6; texto consolidado em JO C 27, de 26 de Janeiro de 1998, p. 1.

50 — JO L 12, p. 1. Outros exemplos são dados pelo Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001 (JO L 174, p. 1), relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial; Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000 (JO L 160, p. 1), relativo aos processos de insolvência; e Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000 (JO L 160, p. 37), relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civis e comercial nos Estados-Membros (artigo 20.º).

51 — A estreita vinculação entre os dois princípios nota-se no referido artigo 5.º CE, nos termos do qual a Comunidade intervém apenas quando os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros (subsidiariedade), limitando a sua intervenção ao estritamente necessário (proporcionalidade).

pena, nem o princípio da subsidiariedade reduziam a margem de manobra do legislador europeu; porém, mesmo admitindo algum entrave a essa margem de manobra, a decisão-quadro seria o meio apropriado, devido ao mencionado princípio da proporcionalidade e do efeito útil do direito europeu, vigente também no terceiro pilar, como se deduz do acórdão Pupino, já referido.

c) A procura de uma maior eficácia

65. A decisão-quadro controvertida não é a primeira tentativa de melhorar a cooperação judiciária penal na União. As Convenções de 1995 e de 1996 constituem os seus imediatos, ainda que frustrados, precedentes. Ambas foram aprovadas com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, mas, actualmente, não se aplicam em todos os Estados-Membros, já que alguns ainda não os ratificaram [52].

66. Precisamente, as limitações inerentes aos tratados internacionais impulsionaram a incorporação de um novo tipo no catálogo de fontes do direito que evitasse as dificuldades resultantes do arbítrio estatal para a sua revalidação [53]. O Conselho de Tampere explicitou o propósito de converter a União num espaço de liberdade, segurança e justiça, «utilizando plenamente as possibilidades oferecidas pelo Tratado de Amesterdão» [54]; é muito reveladora a proposta da Comissão ao indicar que, por razões de eficácia, se optou por uma decisão-quadro, face aos parcos frutos das Convenções anteriores [55].

67. Os Estados-Membros e as instituições devem realizar os objectivos do artigo 2.º UE e, consequentemente, manter e desenvolver o referido espaço de liberdade, segurança e justiça, sendo obrigados, nesta vontade, a utilizar os meios mais adequados. Uns e outros estão comprometidos com a eficácia do direito comunitário em geral [56] e com a

52 — A Comissão recorda (n.º 2 das suas alegações) que as convenções celebradas em conformidade com o Tratado de Maastricht não entraram em vigor antes do Tratado de Amesterdão, por não ter recebido um número suficiente de ratificações. Na data em que foi aprovada a decisão-quadro, tinham-nas secundado doze dos quinze Estados-Membros então existentes.

53 — O Conselho apenas recomenda a sua adopção [artigo 34.º, n.º 2, alínea d), UE].

54 — Introdução das Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de Outubro de 1999.

55 — COM(2001) 522 final/2, p. 4, n.º 4.3.

56 — O princípio de eficácia influencia inclusivamente as competências processuais dos Estados-Membros, impondo-lhes regras que, na prática, não tornem excessivamente difícil ou impossível o exercício das acções derivadas do direito comunitário. O acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813), encabeça uma vasta cadeia de decisões nesta linha, de que os acórdãos de 24 de Setembro de 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Colect., p. I-8003), e de 17 de Junho de 2004, Recheio-Cash & Carry (C-30/02, Colect., p. I-6051), constituem os mais recentes elos.

da União em particular [57], pelo que o Conselho não só podia como devia instaurar o mecanismo do mandado europeu de detenção e entrega mediante uma decisão-quadro [58], não havendo, pois, que criticar o caminho escolhido [59].

68. Proponho, pois, ao Tribunal de Justiça que, em resposta à primeira questão prejudicial, declare que a Decisão-quadro 2002/584 não viola o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), UE.

B — *A Decisão-quadro 2002/584 e os direitos fundamentais (segunda questão)*

69. Esta decisão-quadro preocupa-se com as garantias do sujeito destinatário de um mandado de detenção, deixando expresso o propósito de salvaguardar os seus direitos fundamentais. Nos n.os 18 e 24 das presentes conclusões, reflecti essa intenção da norma, expoente de uma abordagem da cooperação penal que transcende a mera relação bipolar entre Estados, de tomar em consideração uma terceira dimensão, a dos direitos inerentes à pessoa afectada [60].

70. O n.º 3 do artigo 1.º contém uma declaração solene sobre o assunto que, se não tivesse sido incluída, estaria implícita, pois um dos esteios da União assenta no respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais (artigo 6.º, n.º 1, UE), enquanto princípios gerais do direito comunitário, com o âmbito que decorre da Convenção de Roma e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (artigo 6.º, n.º 2, UE) [61].

71. Esta reflexão traz à colação a protecção dos referidos direitos na União e o papel que cabe ao Tribunal de Justiça.

1. A tutela dos direitos fundamentais na União Europeia

72. A ausência de um catálogo de direitos fundamentais nos tratados

57 — Já referi nas presentes conclusões que o princípio de eficácia inspira o acórdão Pupino, concretizando-se nos seus n.os 38 e 42.

58 — O Governo britânico atribui à decisão-quadro a condição de «indispensável» (n.º 37, *in fine*, das suas observações).

59 — Esta preocupação pela utilidade inspira o artigo 31.º n.º 2, da decisão-quadro, que autoriza os Estados-Membros a aplicar acordos bilaterais ou multilaterais que transcendam os seus próprios objectivos e contribuam para facilitar ou simplificar os processos de entrega.

60 — Vennemann, N., «The European Arrest Warrant and its Human Rights Implications», Zeitschrifr für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2003, pp. 113 e 114.

61 — O acórdão Pupino, já referido, recordou que as decisões-quadro devem ser interpretadas de acordo com a referida Convenção (n.º 59).

originários não significou a sua exclusão do ordenamento. As Comunidades, fruto de um pacto entre Estados estruturados em torno do sistema democrático, nasceram com vocação para se assumirem como organizações presididas pelo direito. Tinha-se plantado a semente em terreno adequado e, com o tempo, os direitos subjectivos básicos afloraram, graças à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

73. Este labor pretoriano frutificou em direitos expressamente reconhecidos, como a proibição de discriminação salarial em razão do sexo, plasmada no actual artigo 141.º CE [62], mas também noutros sem referência directa no regime comunitário, como a inviolabilidade do domicílio [63], a liberdade de expressão [64] ou, mais próximo do objecto deste reenvio prejudicial, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* [65].

74. O Tribunal de Justiça valeu-se de um silogismo simples e lógico: as regras comuns aos direitos nacionais são princípios gerais da ordem jurídica da Comunidade e, enquanto tais, merecem ser respeitadas, pelo que os direitos fundamentais, garantias partilhadas por todos, fazem parte dos referidos princípios e devem ser protegidos [66]. A função integradora neste aspecto parece inquestionável, alimentando-se de fontes alheias ao direito comunitário [67]: esses princípios gerais partilhados pelos Estados-Membros [68], os elementos comuns às suas tradições constitucionais [69] e os instrumentos internacionais

62 — O caso da Sr.ª Defrenne é paradigmático. Os acórdãos de 25 de Maio de 1971, Defrenne I (80/70, Colect., p. 815); de 8 de Abril de 1976, Defrenne II (43/75, Colect., p. 193); e de 15 de Junho de 1978, Defrenne III (149/77, Colect., p. 463), evidenciam a evolução no interior do Tribunal de Justiça.

63 — Acórdãos de 14 de Abril de 1960, Acciaieria e Tubificio di Brescia/Alta Autoridade (31/59, Colect. 1964-1961, p. 383); de 26 de Junho de 1980, National Panasonic/Comissão (136/79, Recueil, p. 2033); de 21 de Setembro de 1989, Hoechst (46/87 e 227/88, Colect., p. 2859); e de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Colect., p. I-9011).

64 — Acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925); de 12 de Junho de 2003, Schmidberger (C-112/00, Colect., p. I-5659); e de 6 de Novembro de 2003, Lindqvist (C-101/01, Colect., p. I-12971). Sobre a liberdade de expressão dos funcionários comunitários, pode consultar-se o acórdão de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão (C-274/99 P, Colect., p. I-1611).

65 — Acórdãos de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò (14/86, Colect., p. 2545); de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Colect., p. 3969); de 26 de Setembro de 1996, Arcaro (C-168/95, Colect., p. I-4705); e de 12 de Dezembro de 1996, Processos penais contra X (C-74/95 e C-129/95, Colect., p. I-6609).

66 — Esta fórmula aparece pela primeira vez no acórdão de 14 de Maio de 1974, Nold KG/Comissão (4/73, Colect., p. 283, n.º 13).

67 — Rubio Llorente, F., analisou atentamente este processo em «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *La estructura constitucional de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 113 a 150.

68 — Pescatore P., «Los principios generales del derecho como fuentes del derecho comunitario», Noticias C.E.E., 1988, n.º 40, pp. 39 a 54.

69 — O acórdão Nold KG/Comissão, já referido, declarou que «ao garantir a protecção destes direitos [fundamentais], deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados» (n.º 13). O acórdão de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625), especificou que «a salvaguarda dos referidos directos, ainda que se inspire nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, deve ser assegurada no quadro da estrutura e dos objectivos da Comunidade» (n.º 4).

de protecção de direitos [70], especialmente a Convenção de Roma [71].

75. O constituinte comunitário recolheu o testemunho, incorporou essa jurisprudência no artigo 6.º UE, desde o Tratado de Amesterdão, e atribuiu a tutela dos direitos fundamentais ao Tribunal de Justiça [artigo 46.º, alínea d), UE].

76. Em 2000, ocorreu um facto difícil de contornar: a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este documento carece de força vinculativa, dada a inexistência de uma declaração eficaz assumindo o seu conteúdo [72]. A proclamação articula-se numa mera declaração política, desprovida de valor jurídico [73].

77. Porém, esta observação não leva a pensar que nada mudou, como se a Carta fosse letra morta. Em primeiro lugar, não surge do vazio, sem conexão com o contexto; pelo contrário, insere-se numa etapa do processo evolutivo que apresentei, codificando e reafirmando, segundo expressa o seu preâmbulo [74], os direitos que decorrem do acervo comum aos Estados-Membros, nos planos nacional e internacional [75], pelo que a União deve respeitá-los e o Tribunal de Justiça tutelá-los, segundo dispõem os artigos 6.º UE e 46.º, alínea d), UE, independentemente da natureza jurídica e da capa-

70 — No acórdão Nold KG/Comissão, os tratados internacionais para a protecção dos direitos humanos eram um eco longínquo, susceptível de dar apenas «indicações que convém ter em conta no quadro do direito comunitário» (n.º 13). Contudo, poucos anos depois, a invocação desses acordos tornou-se expressa [acórdão de 28 de Outubro de 1975, Rutili (C-36/75, Colect., p. 415, n.º 32)] e revelou-se decisiva [acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.ºs 18 segs.)].

71 — Acórdão Processos penais contra X, já referido, n.º 25. Podem consultar-se o acórdão ERT, também já referido, n.º 41, bem como todos os processos aí enumerados. No mesmo sentido, o parecer 2/94, de 28 de Março de 1996, emitido no âmbito do artigo 228.º do Tratado CE — actual artigo 300.º CE, após modificação (Colect., p. I-1759, n.º 33).

72 — A situação seria alterada com a ratificação e entrada em vigor do Tratado pelo qual se institui uma Constituição para a Europa, cuja Parte II incorpora a Carta.

73 — Díez-Picazo, J.M., «Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», Constitucionalismo de la Unión Europea, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 21 a 42, especialmente, p. 39.

74 — «A presente carta reafirma [...] os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem».

75 — Embora não suscitado no despacho de reenvio, está implícita a ausência de um direito universalmente reconhecido a não ser extraditado. Alguns Estados, como a Alemanha, Chipre, a Finlândia e a Polónia, atribuem-no aos seus nacionais, mas os ordenamentos de muitos outros não conferem a essa garantia carácter fundamental, ficando à margem das tradições constitucionais comuns. A Áustria, Portugal e a Eslovénia reviram os seus textos constitucionais para permitir a entrega dos seus nacionais.

cidade do texto aprovado em Dezembro de 2000 [76].

78. Em segundo lugar, a Carta figura na jurisprudência do Tribunal de Justiça, pois os advogados-gerais interpretaram-na transcendendo o seu cariz meramente programático e declarativo [77]; além disso, o Tribunal de Primeira Instância utilizou-a em algumas das suas decisões [78]. No entanto, nos acórdãos do Tribunal de Justiça, raramente aparece a Carta [79], nem mesmo para refutar a posição dos seus advogados-gerais, e só o fez muito recentemente, há apenas dois meses, quando o acórdão Parlamento/Conselho [80] anunciou uma viragem, ao declarar que, ainda que não sendo um instrumento jurídico vinculativo, há que assumir a sua importância (n.º 38).

79. Há, pois, que abandonar esse mutismo, e a Carta tem que se impor como instrumento interpretativo de primeira ordem na defesa das garantias dos cidadãos que pertencem ao património dos Estados-Membros. O repto deve ser encarado com prudência, mas com vigor, com a plena convicção de que, se a protecção dos direitos fundamentais assume carácter imprescindível no pilar comunitário, torna-se igualmente irrenunciável no ter-

76 — Alonso García, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 151, especifica que a falta de força vinculativa não implica negação de efeitos, como demonstra o papel desempenhado pela própria Convenção de Roma, que, embora não obrigando juridicamente a Comunidade, funcionou como uma fonte inspiradora na configuração dos direitos fundamentais para o Tribunal de Justiça. Carrillo Salcedo, J.A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», Revista de derecho comunitario, 2001, p. 7, defende que o referido documento facilita a fixação de critérios para avaliar a legitimidade da acção dos poderes públicos na União. Por sua vez, Rodríguez Bereijo, A., «El valor jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza», *Encrucijada*...., p. 220, parafraseando o antigo comissário António Vitorino, prevê que a Carta alcançará carácter normativo através da sua interpretação pelo Tribunal de Justiça, enquanto síntese e expressão dos princípios gerais do direito comunitário.

77 — O advogado-geral A. Tizzano, nas conclusões de 8 de Fevereiro de 2001, no processo BECTU (C-173/99, Colect., p. I-4881), expõe que, apesar da sua ausência de valor vinculativo, «não se podem ignorar, num processo relativo à natureza e ao alcance de um direito fundamental, as declarações relevantes desta Carta [...] [nem] a sua manifesta vocação para, quando as suas disposições o autorizem, desempenhar o papel de parâmetro de referência substancial para todos os actores [...] da cena comunitária» (n.º 28). Meses mais tarde, em 10 de Julho desse ano, o advogado-geral P. Léger sugere nas suas conclusões do processo Conselho/Hautala (acórdão de 6 de Dezembro de 2001, C-359/99 P, Colect., p. I-9565), que a Carta deveria constituir um instrumento privilegiado para a identificação dos direitos fundamentais (n.º 83), porque proclama valores que «têm em comum o facto de serem unanimemente reconhecidos pelos Estados-Membros [...] A Carta colocou incontestavelmente os direitos que são o seu objecto ao mais alto nível dos valores comuns aos Estados-Membros» (n.º 80). Eu próprio, nas conclusões de 4 de Dezembro de 2001 no processo Überseering (C-208/00, Colect. 2002, p. I-9919), assumo que la Carta, «sem constituir *ius cogens* propriamente dito [...], proporciona uma fonte preciosíssima do denominador comum dos valores jurídicos primordiais nos Estados-Membros, donde emanam, por sua vez, os princípios gerais do direito comunitário» (n.º 59). Outros advogados-gerais aderiram a esta posição.

78 — O acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Janeiro de 2002, max.mobil/Comissão (T-54/99, Colect., p. II-313), aplicou, por via indirecta, o artigo 47.º da Carta, explicando que a fiscalização jurisdicional da actividade da Comissão e, consequentemente, o direito à tutela jurisdicional efectiva, fazem parte «dos princípios gerais do Estado de Direito, comuns às tradições constitucionais dos Estados-Membros» (n.º 57). Do mesmo modo procederam os acórdãos de 3 de Maio de 2002, Jégo-Quéré/Comissão (T-177/01, Colect., p. II-2365, n.os 42 e 47); de 15 de Janeiro de 2003, Philip Morris e o./Comissão (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 e T-272/01, Colect., p. II-1, n.º 122); e de 5 de Agosto de 2003, P & O European Feries (Vizcaya) e o./Comissão (T-116/01 e T-118/01, Colect., p. II-2957).

79 — O acórdão de 23 de Outubro de 2003, RTL Televisión (C-245/01, Colect., p. I-12489), referiu-se de maneira retórica ao artigo 11.º, n.º 2, da Carta, ao consagrar a liberdade de opinião (n.º 38). O acórdão de 12 de Maio de 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e ERSA (C-347/03, Colect., p. I-3785) aludiu de modo similar ao artigo 17.º da Carta (n.º 118).

80 — Acórdão de 27 de Junho de 2006 (C-540/03, ainda não publicado na Colectânea).

ceiro pilar, capaz de incidir, pela própria natureza do seu conteúdo, no núcleo essencial da liberdade pessoal, pressuposto das demais.

80. Talvez se evite assim a reedição de desencontros passados com as instâncias nacionais, reticentes quanto à capacidade de as instituições da Comunidade tutelarem os direitos fundamentais [81].

81. Esta função tutelar cumpre-se em três planos [82] — o nacional, o do Conselho da Europa e o da União Europeia —, diferentes mas parcialmente coincidentes e, o mais relevante, imbuídos de idênticos valores. As encruzilhadas são múltiplas e as sobreposições possíveis, mas não há inconveniente insuperável no respeito das competências alheias, albergando a confiança em que todos as exerçam com plenas garantias para o sistema de convivência. O diálogo entre os intérpretes constitucionais supremos na Europa permite cimentar um discurso comum.

82. Assim, no caso em apreço, o Tribunal de Justiça deve responder no espírito dos artigos 20.º e 49.º da Carta, que proclamam, respectivamente, os princípios da igualdade perante a lei e da legalidade dos delitos, amplamente admitidos nos panoramas constitucionais dos Estados-Membros, recorrendo, se necessário, às jurisprudências nacionais e aos acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos relativos aos artigos 14.º e 7.º da Convenção de Roma.

81 — O Bundesverfassungsgericht, na decisão Solange I, de 29 de Maio de 1974 (2 BvL 52/71), não teve em conta a aptidão das Instituições da Comunidade para tutelar os direitos fundamentais e confirmou a sua competência na medida em que a protecção não fosse equivalente à nacional. O referido acórdão implicou uma autêntica revulsão, que teve rápido reflexo nas páginas da Colectânea de Jurisprudência comunitária, ao ponto de, no acórdão Solange II, de 22 de Outubro do mesmo ano (2 BvR 197/83), o mesmo Tribunal Constitucional ter referido que as Comunidades gozavam de um sistema de protecção equivalente ao da Lei Fundamental de Bona e anunciado que, no futuro, se absteria de controlar as medidas de direito comunitário derivado, ainda que invocasse a sua oposição aos direitos fundamentais [Rodríguez Iglesias, G.C., e Woelker, U., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad (La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986)», in Revista de Instituciones Europeas, 1987, volumen 14/1987, n.º 3, pp. 667 a 685]. Espírito idêntico ao acórdão Solange II têm o acórdão do Trybunał Konstytucyjny, sobre o Tratado de Adesão da Polónia, de 11 de Maio de 2005 (processo K 18/04), e o mais recente do Ústavní soud checo, de 8 de Março de 2006, já referido. No entanto, receio que o acórdão do Bundesverfassungsgericht sobre a lei alemã de transposição da decisão-quadro se alimente daquela velha desconfiança, reagindo face às limitações do controlo jurisdicional no terceiro pilar (carácter dispositivo do reenvio prejudicial, demarcação da legitimidade para interpor o recurso de anulação e inexistência de acção por incumprimento). Não deixa de ser paradoxal que, onde a incidência da União na esfera inviolável da pessoa assume mais intensidade, se aplique uma certa «restrição jurisdicional», conforme a expressão utilizada por Alonso García, R., e Sarmiento Ramírez-Escudero, D., «Los efectos colaterales de la Convención sobre el futuro de Europa en la arquitectura judicial de la Unión: ¿hacia una jurisdicción auténticamente constitucional europea?», in Revista de Estudios Políticos, n.º 119, Janeiro-Março 2003, p. 136.

82 — Capotosti, P.A., «Quelles perspectives pour les rapports entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Justice des Communautés européennes?», intervenção no Colóquio sobre a cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais, realizado no Luxemburgo, em 3 de Dezembro de 2002, por ocasião do 50.º aniversário do Tribunal de Justiça, adverte para um «constitucionalismo de múltiplos níveis» (p. 6).

2. O artigo 2.º, n.º 2, da Decisão-quadro 2002/584 e o princípio da igualdade

a) A igualdade perante a lei

83. O Arbitragehof quer saber se respeita este direito fundamental a previsão de que, na execução de um mandado de detenção europeu com base nas infracções mencionadas no artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro, diversamente do que ocorre com as outras infracções, não seja necessário comprovar a sua incriminação nos dois Estados-Membros afectados.

84. Para analisar este aspecto do reenvio, devemos deter-nos na estrutura do artigo 2.º da decisão-quadro, com o objectivo de esclarecer o equívoco que se adivinha tanto no próprio reenvio como em algumas das observações feitas neste processo prejudicial. Para que um mandado de detenção europeu funcione, basta que a conduta seja punível no Estado-Membro de emissão com uma sanção de determinada duração (n.º 1), embora a entrega possa ficar sujeita à sua consideração como infracção no país destinatário (n.º 4). Esta possibilidade desaparece, no entanto, para os trinta e dois tipos de condutas do n.º 2 [83].

85. Por conseguinte, considero incorrecto sustentar que o sistema do mandado de detenção europeu se baseia no princípio da dupla incriminação, com excepção dos comportamentos do artigo 2.º, n.º 2. Pelo contrário, a ilicitude no Estado requerente é a única premissa elegível, mesmo quando se consente que os Estados-Membros, ao transporem a decisão-quadro [84], ou os seus órgãos jurisdicionais, ao cumprirem um mandado de detenção específico [85], condicionem a execução do mandado à tipificação no seu ordenamento, opção que não funciona rela-

83 — O n.º 3 habilita o Conselho a ampliar, por unanimidade, a lista.

84 — Assim sucede no Reino da Bélgica, pois o artigo 5.º, n.º 1, da Lei de 19 de Dezembro de 2003, já referida, recusa a execução do mandado de detenção europeu se os factos não constituírem uma infracção penal conforme ao direito belga.

85 — A Lei espanhola 3/2003, de 14 de Março, referida na nota 32, prefere esta alternativa e deixa a decisão nas mãos do órgão jurisdicional [artigo 12.º, n.º 2, alínea a), conjugado com o artigo 9.º, n.º 2].

tivamente às infracções enunciadas no referido n.º 2 [86].

86. Nesta encruzilhada, a questão do Arbitragehof dirige-se a um oráculo errado, pois não deveria imputar o denunciado tratamento desigual ao legislador da União, mas sim ao direito interno ou à decisão judicial nacional, consoante os casos, cuja fiscalização não cabe ao Tribunal de Justiça.

87. Se se entendesse que, de qualquer modo, a causa remota do problema assenta na decisão-quadro, por instaurar um regime diferente em função da natureza dos factos, a questão careceria igualmente de consistência.

88. Colocada nos termos referidos, a dúvida circunscreve-se à abstracta igualdade perante a lei, ficando, de momento, fora de discussão a relativa à sua aplicação, bem como a proibição de discriminação em razão de circunstâncias pessoais ou sociais [87].

89. A lei deve tratar os cidadãos de um modo igualitário, estando-lhe vedado abordar situações comparáveis de maneira dife-

86 — Na realidade, não desaparece a dupla incriminação mas a prova da mesma, porque, dada a natureza das condutas enumeradas, punem-se em todos os Estados-Membros o homicídio voluntário, as lesões graves, o sequestro, a detenção ilegal, a tomada de reféns, os assaltos organizados ou à mão armada e a violação. Outro problema, que trato mais adiante, é do conteúdo que, em cada sistema nacional, é outorgado a estas figuras (n.os 96 segs.). De qualquer modo, a lista do artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro descreve comportamentos harmonizados como delitos ou em vias de o serem, e outros punidos, sem dúvida, universalmente. Assim, a Resolução do Conselho, de 21 de Dezembro de 1998, sobre a prevenção da criminalidade organizada, tendo em vista a definição de uma estratégia global para a combater (JO C 408, p. 1) e a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada, com os seus protocolos complementares. Sobre o terrorismo, pode consultar-se a Decisão-quadro 2002/475, de 13 de Junho de 2002 (JO L 164, p. 3), e, sobre a luta contra o tráfico de seres humanos, a Decisão-quadro 2002/629, de 19 de Julho de 2002 (JO L 203, p. 1). Sobre a luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, a Decisão-quadro 2004/68, de 2 de Dezembro de 2003 (JO 2004, L 13, p. 44). Sobre o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a Convenção das Nações Unidas de 20 de Dezembro de 1988. Sobre a delinquência económica, a Decisão-quadro 2000/383, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras (JO L 140, p. 1), modificada pela Decisão-quadro 2002/88, de 6 de Dezembro de 2001 (JO L 329, p. 3); a Decisão-quadro 2001/413, de 28 de Maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário (JO L 149, p. 1); e a Decisão-quadro 2001/500, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (JO L 182, p. 1). Sobre a corrupção, a Convenção estabelecida com base no n.º 2, alínea c), do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia (JO C 195, p. 2), e a Decisão-quadro 2003/568, de 22 de Junho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado (JO L 192, p. 54). Sobre a criminalidade informática, a Decisão-quadro 2005/222, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação (JO L 69, p. 67). Sobre a protecção do ambiente através do direito penal na União Europeia, a Decisão-quadro 2003/80, de 27 de Janeiro de 2003 (JO L 29, p. 55), anulada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 13 de Setembro de 2005, Comissão/Conselho (C-176/03, Colect., p. I-7879), por considerar que a matéria deve ser regulada no quadro comunitário através de uma directiva. Sobre a protecção das vítimas nos casos de emigração ilegal, a Decisão-quadro 2002/946, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (JO L 328, p. 1). Por último, sobre o racismo e a xenofobia, a Acção Comum de 15 de Julho de 1996, já referida na nota 45.

87 — Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o preceito pertinente seria o artigo 20.º, nos termos do qual «[t]odas as pessoas são iguais perante a lei». O artigo 14.º da Convenção de Roma assegura a liberdade no gozo dos direitos e liberdades que proclama, enquanto o protocolo n.º 12, de 4 de Novembro de 2000, que entrou em vigor em 1 de Abril de 2005, inclui uma proibição geral de discriminação.

rente ou submeter as diferentes a regimes idênticos. Não obstante, possui uma ampla margem de configuração para distinguir situações semelhantes, sempre que apresente uma explicação objectiva e prudente. Neste caso, a justificação reúne essas qualidades se a finalidade e os efeitos visados forem legítimos, existindo entre uns e outros uma adequada relação de proporcionalidade, que evite resultados especialmente gravosos ou excessivos [88].

90. Pois bem, considero que, no caso vertente, os termos em contraste não são comparáveis. Por um lado, confrontam-se factos; não se atende ao estatuto pessoal, mas à natureza da infracção, pelo que não se dá uma discriminação subjectiva. Por outro lado, não há semelhança, na perspectiva da acção penal, entre os indivíduos que praticam condutas variadas, sem igual relevância e diferentemente condenáveis; a diferente gravidade impede que se equiparem.

91. A minha opinião não muda se, avaliando as consequências de um mandado de detenção europeu (detenção, entrega, submissão a uma acção penal e cumprimento de uma sentença), se considerar que os afectados se encontram em situação semelhante, seja qual for a infracção na origem da detenção, pois a diferenciação mostra-se objectiva, razoável, equitativa e proporcionada.

92. É objectiva porque responde a critérios exógenos ao indivíduo, de carácter autónomo, mensuráveis com parâmetros abstractos e gerais, evitando qualquer voluntarismo selectivo: a natureza da infracção e a pena que lhe corresponde.

93. Também é razoável e justificada porque se orienta para um dos desígnios da União Europeia: a luta contra a criminalidade num espaço de segurança de justiça e de liberdade (artigo 2.º, quarto travessão, UE, conjugado com o artigo 29.º, UE). A lista do artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro abrange crimes que, como assinala o Governo espanhol nas suas notáveis observações escritas (n.º 121), afectam gravemente bens jurídicos que necessitam de especial protecção na Europa, exi-

88 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 1977, Ruckdeschel e o. (117/76 e 16/77, Colect., p. 619), n.º 7; de 13 de Junho de 1978, Denkavit (139/77, Colect., p. 441), n.º 15; e de 14 de Abril de 2005, Bélgica/Comissão (C-110/03, Colect., p. I-2801). Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de Fevereiro de 2002, Fretté contra França (Recueil des arrêts et décisions 2002-I, n.º 34), e de 13 de Julho de 2004, Pla e Puncernau contra Andorra (Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII, n.º 61). Acórdãos do Tribunal Constitucional espanhol 75/1983 (suplemento do BOE n.º 197, de 18 de Agosto de 1983), fundamento jurídico 3.º; 46/1999 (suplemento do BOE n.º 100, de 27 de Abril de 1999), fundamento jurídico 2.º; e 39/2002 (suplemento do BOE n.º 63, de 14 de Março de 2002), fundamento jurídico 4.º

gindo-se que, no Estado emissor do mandado de detenção, sejam punidos com penas de certa intensidade [89]. São comportamentos em que a comprovação da dupla incriminação se mostra supérflua, pois são repudiados na generalidade dos Estados-Membros [90].

94. Para terminar, a proporcionalidade da medida é indiscutível, uma vez que o regime distinto não tem maior relevo do que assegurar a entrega do perseguido ou condenado por um delito grave às autoridades de um sistema judicial semelhante ao próprio, que respeita os princípios do Estado de direito e garante ao interessado os seus direitos fundamentais, mesmo os que operam durante o processo penal.

dindo àqueles casos, verdadeiramente extravagantes [91], em que um Estado-Membro entrega um indivíduo, por força do artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro, por uma conduta impune no seu território [92]. Esta situação não respeita ao princípio da igualdade, pois não há discriminação quanto a uma mesma pessoa, cabendo reiterar que, para efeitos desse princípio, todo o mandado de detenção europeu para a detenção de uma pessoa suspeita ou condenada num país da União por uma das infracções previstas no referido artigo 2.º, n.º 2, e punida com uma sanção da gravidade indicada no próprio preceito, é executado abstraindo das suas circunstâncias pessoais e sociais.

b) A igualdade na aplicação da lei

95. Termino este capítulo das conclusões por onde a associação demandante na lide principal começa as suas observações, alu-

96. Na decisão de reenvio, denota-se outra dimensão desta queixa, anunciando um risco

89 — Incluem-se os crimes que o artigo 29.º UE refere expressamente, os atribuídos à competência da Europol no anexo do Acto do Conselho, de 26 de Julho de 1995, que estatui a Convenção elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol) (JO 1995, C 316, p. 2); bem como aqueles sobre que recai uma obrigação geral de punição no direito internacional.

90 — Alguns autores entendem que o artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro obtém o «consenso«» dos Estados-Membros em matéria penal (Von Bubnoff, E., «Institutionelle Kriminalitätsbekämpfung in der EU — Schritte auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungs- und Verfolgungsraum», Zeitschrift für europarechtliche Studien, 2002, p. 226; Combeaud, S., «Premier bilan du mandat d'arrêt européen», Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n.º 495, 2006, p. 116; e Hecker, B., Europäisches Strafrecht, Berlín, 2005, p. 433).

91 — São casos extraordinários porque o duplo critério utilizado (a natureza da infracção e a importância da sanção) impede normalmente que um Estado-Membro emita um mandado de detenção por um acto não punido no seu ordenamento. Custa-me imaginar um comportamento que, punido num país da União com uma pena ou medida de segurança de duração máxima não inferior a três anos, seja lícito noutro.

92 — O Governo finlandês recorda (n.º 49 das alegações) que, em matéria penal, rege o princípio da territorialidade, de modo que um cidadão estrangeiro culpado de um crime perpetrado na Finlândia não pode elidir a sua responsabilidade, aduzindo que a conduta de que é acusado não é punida no seu país de origem. Quanto ao exercício extraterritorial do *ius puniendi*, a decisão-quadro permite (artigo 4.º, n.º 7) que um Estado-Membro recuse a execução de um mandado de detenção europeu por factos cometidos, no todo ou em parte, no seu território ou mesmo fora dele, se não forem puníveis pela sua legislação.

de interpretação discordante do artigo 2.°, n.° 2, da decisão-quadro, pela imprecisão das definições que contém.

97. Suscitada a questão nestes termos, parece evidente que essa contingência não tem qualquer virtualidade para pôr em causa a correcção da norma, que não responde a futuras e hipotéticas discriminações aquando da sua aplicação. Subjaz aqui uma confusão entre a igualdade na lei e a igualdade na sua execução. A primeira, de carácter material e visando assegurar a identidade de tratamento dos iguais, é violada quando a norma, sem fundamento racional, os submete a regimes diferentes, enquanto a segunda, de carácter formal, é violada quando um órgão chamado a executá-la, a entende numa situação concreta de maneira distinta do que fez anteriormente em situações semelhantes. Não há, pois, desigualdade na aplicação da lei, quando as decisões discrepantes procedem de vários tribunais, que actuam no legítimo exercício do seu poder de julgar; a igualdade não exige que órgãos independentes mantenham uma hermenêutica coincidente. Seria um sarcasmo qualificar uma lei como discriminatória porque pode receber exegeses diferentes, susceptíveis de se unificarem através das pertinentes vias de recurso.

98. De qualquer modo, há que esperar para verificar se ocorrem esses desajustamentos apesar dos cuidados que o sistema estabelece para os evitar. A própria decisão-quadro faculta utensílios úteis para o efeito, arbitrando o intercâmbio exacto de informação e o contacto directo entre os tribunais envolvidos [93], além disso, se persistir alguma dúvida sobre o sentido dos conceitos utilizados no artigo 2.°, n.° 2, da decisão-quadro, a questão prejudicial do artigo 35.° UE faculta a via adequada para um entendimento uniforme no território da União.

99. O risco previsto, que acompanha a ausência de harmonização dos direitos penais nacionais, não se prende com o princípio da igualdade, sendo relativo à exigência de certeza nas relações jurídicas, particularmente nas estabelecidas de forma coerciva entre o poder público e os cidadãos. Esta observação leva-me ao outro aspecto da segunda questão prejudicial.

3. O artigo 2.°, n.° 2, da decisão-quadro e o princípio da legalidade penal

100. Este princípio [94], expresso no aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* e

93 — O artigo 8.° da decisão-quadro expõe detalhadamente as indicações que devem constar do mandado de detenção, destinando-se, no formulário previsto, uma alínea, a «e)», à descrição dos factos e da sua qualificação jurídica. Qualquer dado que interesse ao órgão jurisdicional de execução obtém-se por contacto directo com o emissor.

94 — Rolland, P., *La Convention européenne des droits de l'homme (commentaire article par article)*, Ed. Economica, 2.ª edição, París, 1999, p. 293, apelidou-o de fundamento da civilização jurídica europeia.

plasmado no artigo 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma, assim como no artigo 49.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, incorpora, segundo a formulação já clássica do Tribunal constitucional espanhol [95], uma dupla garantia: a primeira, de ordem material e alcance absoluto, traduz-se na imperiosa exigência de determinação prévia das condutas ilícitas e das sanções correspondentes; a segunda, de carácter formal, resulta do nível das normas que tipificam aquelas condutas e regulam as sanções, que, no sistema [96] espanhol, como no da maioria dos Estados-Membros, se identifica com a lei, aprovada pelo poder legislativo, depositário da soberania popular.

101. Respondendo à tese da associação demandante no processo principal, o Arbitragehof quer esclarecer se o elenco de condutas do artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro respeita a garantia de ordem material, tendo em conta o seu carácter vago e impreciso.

102. Esta garantia reflecte a segurança jurídica no âmbito penal [97] e adquire uma maior intensidade por afectar valores básicos, como a liberdade pessoal. O seu objectivo radica em os cidadãos saberem de antemão os comportamentos de que devem abster-se e as consequências de os cometerem (*lex previa*) [98], o que implica a definição estrita e sem ambiguidades dos tipos de crime (*lex certa*), de modo que os cidadãos, a partir da sua redacção e, sendo caso disso, com o auxílio dos tribunais [99], conheçam de forma

95 — Acórdãos 42/1987 (suplemento do BOE n.º 107, de 5 de Maio de 1987), fundamento jurídico 2.º; 22/1990 (suplemento do BOE n.º 53, de 2 de Março de 1990), fundamento jurídico 7.º; e 276/2000 (suplemento do BOE n.º 299, de 14 de Dezembro de 2000), fundamento jurídico 6.º

96 — O princípio da legalidade foi forjado nos âmbitos «penal» e «fiscal», durante a Baixa Idade Média, como limite às prerrogativas do soberano. Em Espanha, as comunidades, as vilas e as cidades condicionaram a votação de subsídios em favor da Coroa e a punição de certas condutas à aprovação por assembleias («cortes») representativas. A maturação de um «pactismo» entre monarquia e «sociedade política», que consolidou a organização política em Estados e bloqueou um maior desenvolvimento da autoridade régia, é uma constante, ainda que com importantes diferenças e matizes, na formação dos reinos da Espanha medieval. Em Aragão e Navarra, as Cortes conquistaram poderes de controlo legislativo e da terra entre finais do século XIII e meados do século XIV (Ladero Quesada. M.A., «España: reinos y señoríos medievales», España. Reflexiones sobre el ser de España, Real Academia de História, 2.ª edição, Madrid, 1998, pp. 95 a 129). Em Castela, esta instituição, que teve o seu apogeu nos séculos XIV e XV, sempre teve um perfil menor e, mesmo quando desempenhou um papel primordial na vida política, as suas competências foram mais reduzidas (Valdeón, J., «Los reinos cristianos a fines de la Edad Media», Historia de España, Ed. Historia 16, Madrid, 1986, pp. 391 a 455, em especial, pp. 414 a 423).

97 — A advogada-geral J. Kokkot exprime-se em termos similares no n.º 41, *in fine*, das conclusões no processo Pupino, já referido.

98 — Segundo o acórdão de 12 de Dezembro de 1996, Processos penais contra X, já referido, o princípio da legalidade «obsta a que se proceda criminalmente contra um comportamento cujo carácter condenável não resulte claramente da lei» (n.º 25). Nas conclusões deste processo, sustento que este princípio «confere a todos a segurança jurídica de que a sua conduta só será objecto de repressão penal se tiver violado uma norma nacional que, previamente, tipifica essa conduta como infracção» (n.º 53).

99 — Inclusive, de um aconselhamento jurídico adequado (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o., C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 219).

razoavelmente previsível as acções ou omissões que os comprometem penalmente, repudiando-se as exegeses analógicas e extensivas *in peius*, assim como as aplicações retroactivas [100].

103. Por isso, o princípio da legalidade intervém no direito penal substantivo como um mandato dirigido ao legislador, no momento de descrever os delitos e as penas, e ao órgão jurisdicional, quando os analisa e aplica num processo criminal [101]. Noutras palavras, projecta-se ao exercer o *ius puniendi* do Estado ou ao executar decisões com verdadeiro sentido sancionatório, pelo que dificilmente a decisão-quadro pode violá-lo, visto que não institui qualquer sanção [102], nem sequer pretende harmonizar os sistemas penais dos Estados-Membros, limitando-se a estruturar um mecanismo de auxílio entre juízes de países diferentes num processo, para determinar a quem se imputa a prática de um crime ou para o cumprimento de uma pena. Esse instrumento de cooperação está submetido a algumas condições, pois a pena ou as medidas aplicáveis devem revestir certa importância, podendo ainda exigir-se a sua tipificação no Estado do órgão jurisdicional que presta o seu contributo, salvo nos crimes indicados no n.º 2 do artigo 2.º, «tal como definidas pela legislação do Estado-Membro de emissão».

104. Assim, a certeza que este princípio requer é exigível ao direito penal substantivo desse Estado emissor e, consequentemente, ao seu legislador e ao seu órgão jurisdicional, para iniciar o processo penal e, se for caso disso, dirimi-lo com uma condenação. É evidente que um mandado europeu de detenção correctamente efectuado se baseia em factos legalmente considerados crime nesse Estado. O ordenamento penal do país de execução do mandado só deve prestar a

100 — Os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Maio de 1993, Kokkinakis contra Grécia (processo 14307/77, A 260-A, n.º 52); de 22 de Novembro de 1995, S. W. contra Reino Unido (processo 20166/92, A 335-B, n.º 35); e de 22 de Março de 2001 (processos 34044/96, 35532/97 e 44801/98, Recueil des arrêts et décisions 2001-II, n.º 50), acolhem esta dimensão do princípio da legalidade penal. Também o Tribunal Constitucional espanhol [por exemplo, nos acórdãos 75/1984 (suplemento do BOE n.º 181, de 30 de Julho de 1984), fundamento jurídico 5.º; e 95/1992 (suplemento do BOE 169, de 15 de Julho de 1992), fundamento jurídico 3.º].

101 — O Tribunal Constitucional espanhol entendeu que esta garantia dos cidadãos exclui a criação judicial do direito e as expressões imprevisíveis, incompatíveis com o teor das normas ou inadequadas aos valores que visam tutelar [acórdão 25/1999 (suplemento do BOE n.º 89, de 14 de Abril de 1989), fundamento jurídico 3.º], de modo que a glosa de um tipo penal tem de respeitar o teor da norma, as pautas axiológicas que conformam o ordenamento constitucional e os critérios mínimos impostos pela lógica jurídica, bem como os modelos de argumentação adoptados pela Comunidade [acórdão 42/1999 (suplemento do BOE n.º 100, de 27 de Abril de 1999), fundamento jurídico 4.º].

102 — A doutrina defende que o artigo 2.º, n.º 2, não contém tipos de delito pois, na sua lista, faltam os elementos caracterizadores da conduta punida (Flore, D., «Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la Justice pénale européenne», Journal des Tribunaux, 2002, p. 276; e Unger, E.M., Schutzlos ausgeliefert? — Der Europäische Haftbefehl, Frankfurt am Main, 2005, p. 100). Mesmo quando se sustente o contrário, deve ter-se presente que as decisões-quadro não produzem efeitos directos [artigo 32.º, n.º 2, alínea b), UE], sem prejuízo do princípio de interpretação do ordenamento interno conforme com a maior eficácia do direito da União, segundo indica o acórdão Pupino, já referido (n.ºs 43 a 47). Neste caso, é exigível a adequação ao princípio da legalidade das normas internas que transpõem a decisão-quadro.

colaboração interessada e, se a legislação de transposição da decisão-quadro assim o previr, condicionar a entrega a que os comportamentos também sejam criminalmente puníveis na sua própria legislação, com a excepção do referido artigo 2.º, n.º 2, caso em que também é respeitado o princípio da legalidade.

105. Independentemente do que acima referi, há que acrescentar que a detenção e a colocação à disposição em que se traduz a execução de um mandado de detenção europeu não têm natureza sancionatória. O órgão jurisdicional encarregado de o executar comprova que estão reunidos os elementos para transferir para o órgão jurisdicional emissor uma pessoa que se encontra sob a sua jurisdição, mas abstém-se de conhecer quanto ao fundo, excepto para os efeitos do processo de entrega, abstendo-se de analisar as provas e de proferir um juízo de culpabilidade. Assim o entendeu a Comissão Europeia de Direitos Humanos relativamente à extradição, ao exclui-la da noção de condenação do artigo 7.º da Convenção de Roma [103].

106. A questão submetida pelo Arbitragehof prende-se pouco com o princípio da legalidade e muito com o temor de que se atribua às noções do artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro um sentido distinto em cada Estado-Membro, com o risco de aplicações divergentes. A esta eventualidade, inerente à vocação de toda a proposta normativa, abstracta e geral, já aludi nos n.os 96 a 99 das presentes conclusões. Agora, só me resta acrescentar que, se, depois de recorrer aos meios previstos pela decisão-quadro para ultrapassar as dificuldades e obter uma interpretação uniforme pela via prejudicial, o tribunal que executa o mandado europeu de detenção tiver dúvidas sobre a qualificação jurídica dos factos que o fundamentam e sobre a sua subsunção em algumas das trinta e duas condutas do referido artigo 2.º, n.º 2, há que recorrer ao disposto nos n.os 1 e 4 do mesmo artigo 2.º

107. Considero, em suma, que o artigo 2.º, n.º 2, da decisão-quadro não viola o artigo 6.º, n.º 2, UE, pois se adequa aos princípios da igualdade e da legalidade penal.

103 — Decisões de 6 de Julho de 1976, X contra Países Baixos (processo 7512/76, D.R. 6, p. 184); de 6 de Março de 1991, Polley contra Bélgica (processo 12192/86); e de 18 de Janeiro de 1996, Bakhtiar contra Suíça (processo 27292/95). O Tribunal Constitucional espanhol segue o mesmo critério [acórdãos 102/1997 (suplemento do BOE n.º 137, de 9 de Junho de 1997), fundamento jurídico 6.º; e 32/2003 (suplemento do BOE n.º 55, de 5 de Março de 2003), fundamento jurídico 2.º].

VI — Conclusão

108. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao Arbitragehof declarando que:

«1) A 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, não viola o artigo 34.°, n.° 2, alínea b), UE.

2) O artigo 2.°, n.° 2, do referido diploma, ao eliminar o controlo da exigência da dupla incriminação relativamente às condutas ilícitas aí mencionadas, não viola os princípios da legalidade em matéria penal nem da igualdade e, por conseguinte, respeita o artigo 6.°, n.° 2, UE.»