

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



FDUC

Os Direitos Fundamentais nos procedimentos de entrega de
pessoas procuradas

Raquel Preciosa Tomás Cardoso

Dissertação realizada no âmbito do
Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

Orientador: Prof. Doutor Pedro Caeiro

(Junho, 2013)

Resumo

A relação entre os procedimentos de entrega e os direitos fundamentais sempre foi algo complicada, desde um primeiro momento em que tais considerações não entravam sequer na ponderação da questão, até ao momento actual, em que se procura um equilíbrio entre todos os interesses envolvidos. As tensões e problemas não são de resolução simples, quando o procedimento em causa envolve vários Estados, indivíduos, direitos e prerrogativas, pelo que uma visão de conjunto sobre o tema se mostra não só útil, mas também necessária.

É essa visão global que tentamos explicar na Parte I deste escrito, aproximando-nos da problemática e destringendo os vários procedimentos com que nos podemos deparar no cenário internacional.

Na Parte II, focando já um espaço geográfico menor, analisamos a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto à questão da aplicação dos direitos da Convenção à remoção de um indivíduo do território de um Estado signatário da mesma.

Por fim, na Parte III diminuámos um pouco mais a esfera em que nos concentramos, atentando na relação entre o Mandado de Detenção Europeu e os Direitos Fundamentais. Para tal começamos por estabelecer qual o nível de protecção desses direitos na União Europeia, para depois observar qual a evolução da cooperação judiciária nestes espaço e qual a interligação entre ambas as temáticas.

Abstract

The relationship between surrender procedures and fundamental rights has always been somewhat complicated, ever since one first moment when this question was not even considered, till the present moment, when a balance between all interests is sought. The tensions and problems are not easily solved when the procedure we are studying involves States, people, rights and prerogatives; and so one global vision is not only useful, but also necessary.

That global vision is what we intend to present in Part I of this writing. We make a comprehensive approach to the issue, and explain the typology of techniques which can be used to transfer one person from one jurisdiction to another.

In Part II we focus on a smaller geographic space, and analyze the European Court of Human Rights' judgments as it pertains to the subject of removal of one's jurisdiction, and the application of Convention rights to the matter.

Finally, on Part III we diminish the sphere of our focus a bit more, and explore the relationship between the European Arrest Warrant and Fundamental Rights. For that to be possible we begin by establishing the level of protection available for these rights in the European Union, and then we examine the evolution of the international judicial cooperation in this area, ending by exploring the connection between both topics.

Para a minha mãe, a minha eterna e permanente luz no horizonte;
ao meu pai, que me ensinou o valor de uma boa esgrima verbal;
à minha tia, por me perceber mesmo sem palavras.

Obrigada por todos e cada um dos sorrisos.

Agradecimentos

*A liberdade é a possibilidade do isolamento.
Se te é impossível viver só, nasceste escravo.*

Fernando Pessoa, *Livro do Desassossego*

Os meus singelos e incondicionais agradecimentos, desejo dirigi-los em primeiro ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por me ter acompanhado, qual bússola académica, pelos meandros do mestrado científico numa Faculdade que me era desconhecida. Um sentido “obrigada” pelas mais agradáveis conversas e conselhos.

A minha genuína gratidão à Dr.^a Inês Horta Pinto, pela partilha dos seus extensos conhecimentos e interessantes materiais na temática da pena de morte. E, naturalmente, também pela constante simpatia com que dispôs do seu tempo para o fazer.

À Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen e ao Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, pela amável hospitalidade com que me receberam e prontidão na resolução de qualquer questão, por menor que fosse. Ich danke Ihnen sehr.

Por último, os meus mais profundos e sinceros agradecimentos terão que ser endereçados ao meu orientador, Prof. Doutor Pedro Caeiro, por verdadeiramente me ter concedido a liberdade e a autonomia sem as quais não teria conseguido escrever esta tese; pelo voto de confiança implícito nesse gentil gesto; e pela disponibilidade demonstrada na minha introdução à pesquisa internacional. Creio, sem espaço para qualquer dúvida, que igual harmonia não poderia existir com algum outro orientador.

Índice

Lista de casos	ivv
Lista de abreviaturas.....	ixx
Parte I - Da aplicação dos Direitos Fundamentais à Extradicação	
Introdução	2
1. Contextualização	4
2. Evolução histórica e comparada	5
3. Duas obrigações conflituantes?.....	7
3.1. Possíveis soluções	7
3.1.1. Extradicação condicionada	8
3.1.2. <i>Aut dedere aut judicare</i>	8
3.1.3. <i>Jus cogens</i>	9
3.1.4. Julgamentos internacionais.....	10
4. Métodos alternativos de extradicação.....	10
4.1. Extradicação <i>de facto</i> activa	11
4.1.1. Rapto internacional.....	11
4.1.2. Conluio internacional	12
4.2. Extradicação <i>de facto</i> passiva	13
4.2.1. Perseguição	144
4.2.2. Exclusão	14
4.2.3. Deportação.....	15
4.2.4. Expulsão.....	16
4.3. Consequências e soluções.....	16
5. Os direitos individuais no processo de extradicação.....	17
Parte II- Da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - O espaço europeu	
1. Contextualização	20
2. Da responsabilidade do Estado extraditante – aproximação geral	23
2.1. <i>Soering</i> v. Reino Unido	24

3.	Considerações sobre a responsabilidade do Estado extraditante.....	28
3.1.	Aplicação da CEDH à extradição.....	28
3.2.	Imposição da CEDH a não signatários?	28
3.3.	A soberania dos Estados e a extradição	30
3.4.	O art. 3º CEDH como direito absoluto.....	30
3.5.	Tortura, tratamentos ou penas desumanas ou degradantes.....	33
3.5.1.	Soering v. Harkins.....	35
3.5.2.	D. v. N.....	38
3.6.	Teoria ou prática nas garantias prestadas?	39
3.7.	Avaliação da responsabilidade do Estado extraditante.....	41
3.7.1.	As razões substanciais (“ <i>substantial grounds</i> ”).....	41
3.7.2.	O risco real (“ <i>real risk</i> ”)	44
3.7.3.	Em que se traduz essa responsabilidade?.....	45
a)	Responsabilidade do Estado pela remoção indirecta	47
b)	Responsabilidade do Estado quando o destinatário é membro da CEDH	48
c)	Responsabilidade do Estado pela “entrega extraordinária”	49
4.	Os direitos humanos e a extradição – que direitos?.....	50
4.1.	O direito à vida – art. 2º e Protocolos.....	51
4.2.	O direito à liberdade e segurança – art. 5º	53
4.3.	O direito a um processo equitativo – art. 6º.....	54
4.4.	O direito ao respeito pela vida privada e familiar – art. 8º.....	56
5.	Consequências do julgamento de Soering.....	58
6.	A jurisprudência de Estrasburgo – considerações finais.....	62

Parte III - Do Mandado de Detenção Europeu e os Direitos Fundamentais - O espaço da União

1.	Contextualização	65
2.	A evolução da protecção dos Direitos Fundamentais na UE.....	66
2.1.	Evolução jurisprudencial	66
2.2.	Evolução nos Tratados	68
2.3.	A situação actual.....	69
2.3.1.	CDFUE.....	70
2.3.2.	A adesão à CEDH	71

a) Aspectos institucionais.....	75
b) Aspectos processuais	76
c) Aspectos substantivos.....	81
2.3.3. Os direitos fundamentais enquanto princípios gerais	82
2.4. Cômputo geral da situação dos direitos fundamentais na UE	82
3. A evolução da cooperação judiciária em matéria penal na UE	82
4. O Mandado de Detenção Europeu e os direitos fundamentais	85
4.1. O MDE – aspectos gerais do seu regime.....	85
4.2. Críticas ao Mandado de Detenção Europeu.....	87
4.3. O Mandado de Detenção Europeu e os direitos fundamentais.....	88
4.3.1. As possíveis soluções	90
a) Os Considerandos da Decisão-quadro.....	91
b) O art. 1º, nº 3 da Decisão-Quadro.....	91
c) A CEDH.....	92
d) As exceções gerais ao princípio do reconhecimento mútuo	93
4.3.2. Que direitos são aplicáveis?	94
4.3.3. Jurisprudência nacional e comunitária.....	94
4.3.4. Observações finais.....	98
Conclusões.....	99
Bibliografia	103

Lista de casos

TEDH

Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, nº 30471/08, de 22 de Setembro de 2009 (Final: 1 de Março de 2010)

Adel Abdul Bary and Khaled Al-Fawwaz v. The United Kingdom, nº 66911/09 e 67354/09 – Statement of Facts

Ahmed v. Austria, nº 25964/94, 17 de Dezembro de 1996

Ahorugeze v. Sweden, nº 37075/09, 27 de Outubro de 2011

Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom, nº 61498/08, de 2 de Março de 2010 (Final: 4 de Outubro de 2010)

Aoulmi c. France, nº 50278/99, de 17 de Janeiro de 2006 (Final: 17 de Abril de 2006)

Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom, nº 24027/07; 11949/08; 36742/08 e 67354/09, de 10 de Abril de 2012 (Final: 24 de Setembro de 2012)

Bader and Kanbor v. Sweden, nº 13284/04, de 8 de Novembro de 2005 (Final: 8 de Fevereiro de 2006)

Baysakov and Others v. Ukraine, nº 54131/08, 18 de Fevereiro de 2005 (Final: 18 de Maio de 2010)

Bensaid v. The United Kingdom, nº 44599/98, de 6 de Fevereiro de 2001 (Final: 6 de Maio de 2001)

Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, nº 45036/98, de 30 de Junho de 2005

Bozano v. France, nº 9990/82, de 2 de Dezembro de 1987

Cantoni v. France, nº 17862/91, de 15 de Novembro de 1996

Chahal v. The United Kingdom, nº 22414/93, 15 de Novembro de 1996

Charahili v. Turkey, nº 46605/07, de 13 de Abril de 2010 (Final : 13 de Julho de 2010)

Confédération Française Démocratique du Travail v. the European Communities, nº 8030/77 – Decision on admissibility, 10 de Julho de 1978

Cruz Varas and Others v. Sweden, nº 15576/89, 20 de Março de 1991

D. v. The United Kingdom, nº 30240/96, 2 de Maio de 1997

Drozd v. France and Spain, nº 12747/87, de 26 de Junho de 1992

El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, nº 39630/09, de 13 de Dezembro de 2012

G.H.H. and Others v. Turkey, nº 43258/98, de 11 de Julho de 2000 (Final: 11 de Outubro de 2000)

H. L. R. v. France, nº 24573/94, de 29 de Abril de 1997

Harkins and Edwards v. The United Kingdom, nº 32650/07, de 17 de Janeiro de 2012

Hilal v. The United Kingdom, nº 45276/99, de 6 de Março de 2001 (Final: 6 de Junho de 2001)

Hirsi Jamaa and Others v. Italy, nº 27765/09, de 23 de Fevereiro de 2012

Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, nº 48787/99, de 8 de Julho de 2004

Ireland v. The United Kingdom, nº 5310/71, 18 de Janeiro de 1978

Iskandarov v. Russia, nº 17185/05, 23 de Setembro de 2010 (Final: 21 de Fevereiro de 2011)

Jabari v. Turkey, nº 40035/98, de 11 de Julho de 2000 (Final: 11 de Outubro de 2000)

James, Wells and Lee v. The United Kingdom, nº 25119/09, 57715/09 e 57877/09, de 18 de Setembro de 2012 (Final: 11 de Fevereiro de 2013)

Kaboulov v. Ukraine, nº 41015/04, de 19 de Novembro de 2009

Khaydarov v. Russia, nº 21055/09, 20 de Maio de 2010 (Final: 4 de Outubro de 2010)

Khodzhayev v. Russia, nº 52466/08, 12 de Maio de 2010 (Final: 4 de Outubro de 2010)

Klein v. Russia, nº 24268/08, 1 de Abril de 2010 (Final: 4 de Outubro de 2010)

Liu v. Russia, nº 42086/05, de 6 de Dezembro de 2007 (Final: 2 de Junho de 2008)

M. and Others v. Bulgaria, nº 41416/08, de 26 de Julho de 2011 (Final: 26 de Outubro de 2011)

M.S.S. v. Belgium and Greece, nº 30696/09, de 21 de Janeiro de 2011

Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey, nº 46927/99 e 46951/99, de 6 de Fevereiro de 2003 (Final: 4 de Fevereiro de 2005)

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, nº 46827/99 and 46951/99, 4 de Fevereiro de 2005

Matthews v. The United Kingdom, nº 24833/94, de 18 de Fevereiro de 1999

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, nº 13178/03, de 12 de Outubro de 2006 (Final: 12 de Janeiro de 2007)

Müslim c. Turquie, nº 53566/99, 26 de Abril de 2005 (Final: 26 de Julho de 2005)

N. v. The United Kingdom, nº 26565/05, de 27 de Maio de 2008

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, nº 41615/07, de 6 de Julho de 2010

Nnyanzi v. The United Kingdom, nº 21878/06, de 08 de Abril de 2008

Öcalan v. Turkey, nº 46221/99, de 12 de Maio de 2005

Olaechea Cahuas v. Spain, nº 24668/03, 10 de Agosto de 2006 (Final: 11 de Dezembro de 2006)

Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom, nº 8139/09, de 17 de Janeiro de 2012
Paladi v. Moldova, nº 39806/05, de 10 de Março de 2009
Pianese c. Italie et Paysbas, nº 14929/08 – Décision sur la recevabilité
Saadi v. Italy, nº 37201/06, 28 de Fevereiro de 2008
Said v. The Netherlands, nº 2345/02, de 5 de Julho de 2005
Salah Sheekh v. The Netherlands, nº 1948/04, de 11 de Janeiro de 2007 (Final: 23 de Maio de 2007)
Sejdovic v. Italy, nº 56581/00, de 1 de Março de 2006
Shamayev and Others v. Georgia and Russia, nº 36378/02, 12 de Abril de 2005 (Final: 12 de Outubro de 2005)
Soering v. The United Kingdom, nº 14038/88, 7 de Julho de 1989
Soldatenko v. Ukraine, nº 2440/07, 23 de Outubro de 2008 (Final: 23 de Janeiro de 2009)
Sultani v. France, nº 45223/05, de 20 de Setembro de 2007 (Final: 20 de Dezembro de 2007)
T.I. v. The United Kingdom, nº 43844/98 – Decisão de Admissibilidade de 7 de Março de 2000
Tyrer v. The United Kingdom, nº 5856/72, de 25 de Abril de 1978
Vilvarajah and Others v. The United Kingdom, nº 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 de Outubro de 1991
Yefimova v. Russia, nº 39786/09, de 19 de Fevereiro de 2013
Zokhidov v. Russia, nº 67286/10, de 5 de Fevereiro de 2013

TJUE

Advocaten voor de Wereld VZW, processo C-303/05, de 3 de Maio de 2007 (e Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 12 de Setembro de 2006)
AM & S, processo 155/79 – Opinião do Advogado-Geral Warner, de 20 de Janeiro de 1981
ERT AE, processo C-260/89, de 18 de Junho de 1991
Hauer, processo T-119/95, de 14 de Julho de 1998
Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide, processo 11/70, de 17 de Dezembro de 1970

Kadi, processos T-315/01 de 21 de Setembro de 2005 e T-85/09 de 30 de Setembro de 2010 (e Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, processos C-584/10, C-593/10 e C-595/10, de 19 de Março de 2013)

Kozłowski, processo C-66/08, de 17 de Julho de 2008

Mangold, processo C-144/04, de 22 de Novembro de 2005

Mannesmannröhren-Werke AG, processo T-112/98, de 19 de Fevereiro de 2001

Mantello, processo C-261/09, de 16 de Novembro de 2010 (e Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, de 7 de Setembro de 2010)

Melloni, processo C-399/11, de 26 de Fevereiro de 2013 (e Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, de 2 de Outubro de 2012)

Nold Kohlen- und Bausstoffgroßhandlung, processo 4/73, de 14 de Maio de 1974

PKK, processo T-229/02, de 3 de Abril de 2008

Plaumann, processo C-25/62, de 15 de Julho de 1963

PPU, processo C-388/08, de 1 de Dezembro de 2008

Puid, processo C-4/11 – Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, de 18 de Abril de 2013)

Rutili, processo 36/75, de 28 de Outubro de 1975

Segi, processo C-355/04, de 27 de Fevereiro de 2007

Stauder, processo 29/69, de 12 de Novembro de 1969

Sgarlata, processo 40/64, de 1 de Abril de 1965

Staatsanwaltschaft, processo C-105/10 (decisão de cancelamento do processo em 3 de Abril de 2010)

Stork Amsterdam BV, processo T-241/97, de 17 de Fevereiro de 2000

Wachauf, processo 5/88, de 13 de Julho de 1989

Jurisprudência Nacional

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 134/09.6YREVR, de 10 de Setembro de 2009

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 176/10.9YREVR.S1, de 16 de Dezembro de 2010

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 763/11.8YRLSB.S1, de 10 de Novembro de 2011

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 96P464, de 15 de Maio de 1996

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 417/95, processo nº 374/94, de 4 de Julho de 1995

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 430/95, processo nº 448/94, de 6 de Julho de 1995

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 449/95, processo nº 82/95, de 6 de Julho de 1995

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 66/2008, processo nº 7/08, de 31 de Janeiro de 2008

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo 118/10.1YREVR, de 18 de Agosto de 2010

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo 48/12.2YREVR, de 5 de Junho de 2012

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo 90/11.OREVR, de 12 de Julho de 2011

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo 11/10.8YRGMR, de 21 de Dezembro de 2010

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 75/10.4YRLSB, de 25 de Fevereiro de 2010

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 0516310, de 18 de Janeiro de 2006

Outros

Cour de Cassation, acórdão nº 06-88142, de 29 de Novembro de 2006

District Court of Amsterdam, AT 8580, de 1 de Julho de 2005

Goatley v. HM Advocate, Appeal Court, High Court of Justiciary, [2006] HCJAC 55, nº XC232/06, de 12 de Julho de 2006

Kindler v. Canada (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R. 779

Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Stapleton, [2005] IEHC 386, de 23 de Novembro de 2005

OLG Stuttgart, 1246/09, de 25 de Fevereiro de 2010

Reference Re Ng Extradition (Can.), [1991] s S.C.R. 858

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

AG – Advogado Geral

Al. – alínea

Art. – artigo

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CDHNU – Convenção dos Direitos do Homem das Nações Unidas

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Económica Europeia

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DIP – Direito Internacional Público

EM – Estado(s)-Membro(s)

EUA – Estados Unidos da América

i. é – isto é

l. s. – *lato sensu*

MDE – Mandado de Detenção Europeu

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – Protocolo

p. ex. – por exemplo

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

s. s. – *stricto sensu*

ss - seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TR – Tribunal da Relação

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

v. – ver / *versus*

Parte I

Da aplicação dos Direitos Fundamentais à
Extradição

Introdução

Nesta primeira parte pretende-se fazer uma aproximação geral ao fenómeno da aplicação dos direitos fundamentais ao processo de extradição. A escolha do vocábulo “extradição” não foi fortuita, antes devendo-se a razões históricas – dado que esta questão surgiu primeiramente no âmbito da extradição, e não de qualquer outra forma de cooperação –, e também a razões práticas, uma vez que será este o processo mais intensamente tratado ao longo do trabalho. Não obstante, impõem-se agora alguns esclarecimentos linguísticos.

Extradição, entrega, expulsão, exclusão, deportação, transferência – todos estes processos, que interferem tanto com a soberania dos Estados como com os direitos dos envolvidos, embora algo similares entre si não são enquadráveis numa só categoria mais ampla, que os consiga assimilar e denominar de forma satisfatória. Todos eles têm, no fundo, o mesmo resultado físico¹ – a não-presença de um determinado indivíduo no território do Estado em causa, seja por retirada activa do mesmo (por exemplo, no caso da extradição, em que as autoridades do Estado têm que praticar actos concretos para remover o indivíduo do seu território), seja por simples impedimento à sua entrada (como se verifica, por exemplo, na exclusão). Todos estes conceitos serão objecto de mais detalhada explanação nos devidos pontos deste escrito; por ora, interessa apenas reflectir quanto à existência de um conceito único capaz de os aglomerar.

Apesar de todos estes conceitos se encontrarem, de uma forma mais ou menos intensa, ligados a um processo que envolve pelo menos dois Estados², a verdade é que não podemos afirmar que todos eles encontram um referente comum na chamada Cooperação Judiciária Internacional – basta pensar na expulsão, que depende apenas de um acto do Estado onde o indivíduo se encontra, sem para isso ser interpelado. Do mesmo modo, não podemos fazer equivaler, sem mais, a extradição à entrega, ainda que ambas sejam similares – a entrega exige menos formalidades, e tem na sua base um modelo de cooperação diferente daquele em que assenta a extradição, uma vez que a soberania do Estado requerido se encontra limitada. Vejamos de que modo se encontra esta limitada.

No típico caso de extradição, o que existe é um *modelo de cooperação horizontal*³, onde, como o próprio nome indica, encontramos dois Estados em situação de igualdade, podendo o Estado requerido decidir se aceita ou rejeita o pedido de extradição efectuado, de acordo com as suas leis internas e os Tratados que o

¹ Isso mesmo será corroborado pelo tratamento similar que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) confere a estas questões, atentando mais ao resultado do processo do que à sua denominação ou tramitação. Para mais desenvolvimentos, v. Parte II.

² Ou entidades, uma vez que a entrega pode ser efectuada a um Tribunal Internacional. No entanto, como no presente texto não faremos referência a essa forma de cooperação, teremos sempre como base de trabalho a existência de Estados em ambos os extremos do processo.

³ Modelos mencionados em referência aos conhecimentos adquiridos na disciplina de Direito Processual Penal do Curso de Mestrado Científico, leccionada pelo Prof. Doutor Pedro Caeiro na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, durante o ano lectivo de 2011/2012.

vinculam. Já a entrega baseia-se num *modelo de cooperação vertical* entre os Estados, modelo este em que um Estado (de emissão) emite um pedido de entrega que deverá em princípio ser cumprido pelo Estado ao qual se dirige (de execução), o qual se encontra previamente condicionado a cumpri-lo devido à sua vinculação a Tratados ou Decisões que o imponham e com as quais concordou⁴.

Feita esta delimitação entre ambos os conceitos, somos forçados a chegar à conclusão de que não existe um termo que possa ser utilizado para nos referirmos a todos estes processos unitariamente; mesmo à ideia de *remoção* do indivíduo de um certo território podem ser apontadas críticas⁵, apesar de descrever com alguma exactidão o objectivo que se espera alcançar. Não obstante esta sugestão, para efeitos deste trabalho optaremos por designar todos estes procedimentos através da expressão “entrega *lato sensu*” (*l.s.*), para assim se diferenciar da entrega acima descrita, a “entrega *stricto sensu*” (*s.s.*) – isto porque, como veremos mais adiante, também a expulsão, a exclusão ou a deportação podem ser utilizadas como formas alternativas de entregar a pessoa procurada ao Estado que a requer, e portanto acaba também por ser uma *entrega* (embora em sentido impróprio).

Em princípio, no entanto, serão sempre utilizados os vocábulos mais estritos que designam cada um destes fenómenos individualmente, para que estes não se confundam entre si; apenas quando surgir a necessidade de referência à realidade conjunta se utilizará especificamente a expressão de entrega *l.s.* .

Passemos então a uma análise breve das questões iniciais que se colocam quanto a esta temática. Iniciaremos por uma introdução histórica e comparada, passando pelas obrigações conflitantes que recaem sobre os Estados confrontados com um pedido de entrega *l.s.* que se considera poder ter consequências ao nível dos direitos⁶ do indivíduo procurado, e concluindo com os métodos alternativos muitas vezes utilizados para contornar o processo normal de extradição ou entrega *s.s.* do mesmo.

⁴ Esta situação é clara no caso do Mandado de Detenção Europeu (MDE), em que as causas de não cumprimento são escassas; esta questão será mais amplamente tratada na Parte III. Por agora importa apenas referir que os Estados concordaram com esta limitação à sua soberania através da adopção da Decisão-Quadro que implementou o MDE, encontrando-se a partir de então vinculados a ceder o indivíduo procurado quase de forma automática. É claro, a partir deste exemplo, que um modelo de cooperação vertical só poderá ser implementado entre Estados cuja relação de confiança mútua seja acrescida.

⁵ Com efeito, o verbo “remover” parece implicar uma certa obrigatoriedade de acção por parte do Estado em cujo território a pessoa se encontra, não bastando, por isso, uma atitude passiva do mesmo, como se poderia alegar que acontece no caso da exclusão ou da expulsão. É certo que existe sempre, pelo menos, o acto de proibir a entrada ou a permanência da pessoa nesse Estado, mas admitimos que é questionável o facto de se poderem reconduzir a um conceito de “remoção”.

⁶ Estes direitos têm alternativamente o referente dos Direitos Humanos ou dos Direitos Fundamentais. Não sendo este o local próprio para uma discussão sobre o significado e as diferenças das duas expressões, em sentido amplo será utilizada a expressão “Direitos Fundamentais”, por abranger mais realidades; os Direitos Humanos serão mais referenciados na Parte II, devido à Convenção aplicada pelo TEDH; e na Parte III voltaremos aos Direitos Fundamentais, uma vez que já existe um acervo dos mesmos na União Europeia (UE).

1. Contextualização

A extradição, tanto como objecto de estudo como na prática judiciária, ocupa uma área intermédia entre vários ramos do Direito – entre o Direito Internacional Público (DIP) e o Direito Nacional; entre o Direito Penal substantivo e processual⁷. Este difícil enquadramento torna o seu estudo igualmente complexo, sobretudo quando à equação se adicionam os direitos dos indivíduos, cujas fontes podem também ser internacionais ou nacionais. Mas quando um Estado recebe um pedido de extradição, a relação primeira que se estabelece é entre os dois soberanos, sendo o indivíduo o objecto da mesma – então porquê ter em consideração os seus direitos? Para que se perceba a razão por que estes dois universos se intercalam devemos ter presentes os fundamentos da extradição; isto é, perguntar porque é que os Estados extraditam.

A extradição serve três funções distintas:

- É uma forma de assegurar que os criminosos não escapam à justiça apenas por atravessarem fronteiras, garantindo desse modo a eficácia do Direito Internacional Penal⁸;
- Na maioria das vezes essas pessoas são procuradas devido a crimes internos, ou seja, cometidos num Estado, e punidos pela lei penal desse Estado – aqui vemos a função mais proeminente da extradição, a cooperação internacional na punição de criminosos⁹;
- Desde a evolução verificada a partir da II Guerra Mundial, tem ainda a função de protecção dos direitos dos indivíduos, sendo este o processo adequado para garantir que estes não são ignorados pelo Estado requerente¹⁰.

Apesar do acima dito, podemos observar, através de variadas definições de extradição analisadas, que a tónica continua a ser invariavelmente colocada na cooperação entre Estados, e não tanto na defesa do fugitivo. Nas palavras de Roger Errera, a “extradição é o processo jurídico pelo qual um Estado, o Estado requerente, pede a um outro Estado, o Estado requerido, no território do qual se encontra uma pessoa procurada, que a remeta para ou a julgar, ou fazer executar uma pena já pronunciada”¹¹.

⁷ Como esclarece GILBERT, Geoff, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pág. 1: “[Extradition] allows sovereign states to transfer alleged fugitive criminals between themselves by way of bilateral or multilateral arrangements (...). However, the process of extradition is implemented through domestic legislation...”.

⁸ GILBERT, Geoff, *Aspects of Extradition Law...*, pág. 3.

⁹ Assim, PÉREZ, Marta del Pozo, “La extradición: la más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos”, in DIAZ-SANTOS, M^a Rosario Diego e LOPEZ, Virginia Sanchez (coords.), *Hacia un Derecho Penal sin Fronteras*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pág. 112, citando jurisprudência espanhola.

¹⁰ GILBERT, Geoff, *Aspects of Extradition Law...*, pág. 4.

¹¹ Tradução livre de Errera, Roger, “Extradition et droits de l’homme”, in *Collected Courses of the Academy of European Law, The Protection of Human Rights in Europe*, Vol. VI, Book 2, 1995, pág. 257.

Esta visão não mudou, mas foi sendo permeada, ao longo do tempo, com considerações atinentes aos direitos humanos, algo que será mais visível quando traçarmos a evolução histórica deste processo. No entanto, apesar de correcta, esta relação entre uma função de cooperação e de protecção é muitas vezes descrita como sendo tensa, já que uma parece excluir a outra. Não nos parece ser esse o caso¹².

Esta dualidade pode ser vista de três perspectivas diferentes¹³ – ou consideramos que se baseia numa ideia de “regra-excepção”, sendo a excepção a recusa de extradição fundada numa prospectiva violação dos direitos do indivíduo; ou a vemos como finalisticamente unilateral, dado que um dos aspectos cederia sempre perante o outro (caso em que teríamos depois que nos questionar qual o valor a ceder, se a cooperação internacional ou a protecção do fugitivo); ou, opinião que nos parece mais correcta, tentamos alcançar um equilíbrio real entre ambos os objectivos, não descurando ou exacerbando um em favor do outro, e analisando em cada caso qual a necessidade que se faz sentir de modo mais premente.

2. Evolução histórica e comparada

A extradição, embora não nos moldes actuais, data já de 1280 a. C., onde constava de um Tratado entre egípcios e hititas prevendo a entrega por crimes políticos. Desde essa data até ao século XVII pode-se considerar o primeiro período da história da extradição, que se caracterizava pela troca de pessoas procuradas por crimes políticos ou religiosos entre alguns países vizinhos¹⁴.

No segundo período, do séc. XVIII até metade do séc. XIX, começa-se a desenvolver o sistema que encontramos hoje, através da celebração de Tratados de extradição ainda entre países contíguos, para o que contribuíram dois factores importantes – o surgimento do conceito de soberania e o desenvolvimento dos direitos humanos (servindo este processo de entrega *l.s.* também para acautelar os direitos individuais). No terceiro período, que se estende até à II Guerra Mundial, denota-se uma preocupação crescente com a cooperação no suprimento da criminalidade; e por fim, no quarto período, a tónica é colocada nos direitos dos extraditados, ao mesmo tempo em que se adoptam processos cada vez mais simplificados de entrega *l.s.*

Ao longo desta linha temporal, como se pode perceber, a posição do extraditado nem sempre foi a mesma. A concepção positivista do DIP era, pré-II

¹² Até pela existência do princípio *aut dedere aut judicare*, cujo papel na resolução satisfatória dos problemas de conjugação entre estas funções será explorado adiante. Por agora interessa reter que é possível atingir um equilíbrio entre as pretensões punitivas dos Estados e a defesa dos direitos do indivíduo, não sendo absolutamente necessário que a satisfação das primeiras culmine sempre com a entrega *l.s.* ao Estado requerente.

¹³ PLACHTA, Michael, *Contemporary problems of extradition: Human Rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*, disponível em http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-07.pdf [23.01.2013], pág. 64/65

¹⁴ Para uma visão mais aprofundada, v. como referência geral neste tema GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive offenders in International Law. Extradition and other Mechanisms*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pág. 17 ss., e BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition and world public order*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1974, pág. 1 ss.

Guerra Mundial, dominante – apenas os Estados podiam ser vistos como sujeitos, e por isso apenas estes poderiam alegar violações de Tratados – *a contrario* resulta que, se os direitos de um indivíduo reconhecidos em algum Tratado fossem violados, este não os poderia alegar em Tribunal por não ter a legitimidade para os invocar¹⁵. Após esse período, a crescente importância da concepção naturalista começou a conceder também ao indivíduo o estatuto de sujeito em DIP, reconhecendo que os seus direitos são "permanentes e universais"¹⁶ – assim se pode admitir, por exemplo, que qualquer pessoa recorra ao TEDH para alegar uma violação dos direitos reconhecidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Numa análise comparada, são várias as diferenças entre os sistemas continental e de *common law*, desde logo o facto do primeiro demonstrar uma maior propensão para conceder a extradição da pessoa procurada apenas com base na reciprocidade, mesmo na ausência de um Tratado formal. No que à nossa temática concerne, focar-nos-emos brevemente no aspecto de maior relevância – a regra de não-ingerência (*rule of non-inquiry*) no processo de extradição de *common law*. Esta regra impede o Estado requerido de avaliar o sistema judicial do Estado requerente, constituindo por isso um verdadeiro entrave à alegação, por parte do possível extraditando, de que nesse Estado será sujeito a um tratamento contrário aos seus direitos fundamentais¹⁷. Na tradição continental os Estados mostram-se mais predispostos a conceder uma protecção alargada ao indivíduo, recusando o pedido de extradição quando se demonstra que uma violação dos direitos protegidos pelo Estado requerido terá, provavelmente, lugar¹⁸. Aqui chegados levanta-se a questão de quais os direitos fundamentais que poderão ser vistos como obstáculo à cooperação entre Estados – uma demonstração mais aturada do tema será feita na Parte II e III, uma vez que nos queremos cingir aos parâmetros estabelecidos no espaço europeu.

Ora, a partir do momento em que se admite esta avaliação do sistema judicial do Estado requerente, e por isso também a possibilidade de recusa de um pedido de extradição baseada nos *standards* de protecção conferidos pelo Estado requerido, podem-se colocar em linha de colisão duas obrigações internacionais que nem sempre são concordantes – o respeito pela obrigação de extraditar, ou aquela de protecção dos Direitos Fundamentais.

¹⁵ Esta é a típica "denial of standing" do sistema de *common law*.

¹⁶ REBANE, Kai I., "Extradition and Individual Rights: The Need for an International Criminal Court to Safeguard Individual Rights", in *Fordham International Law Journal*, Vol. 11, Issue 4, 1995, pág. 1641.

¹⁷ Esta é uma regra já sedimentada, p. ex., nos EUA, existindo vários precedentes que a confirmam. Em DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, "Reconciling extradition with Human Rights", in *American Journal of International Law*, Vol. 92, nº 2, Abril 1998, pág. 189 ss. e BLAKESLEY, Christopher L., "Ruminations on Extradition & Human Rights", in DONATSCH, Andreas; FORSTER, Marc e SCHWARZENEGGER, Christian (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrecht. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 2002, pág. 209 ss. são citados alguns casos que o demonstram.

¹⁸ A explicação dos fundamentos desta visão encontra-se em RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pág. 30 ss. Aqui pode ler-se, muito esclarecedoramente, e em citação a Flávia Piovesan: "... os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva".

3. Duas obrigações conflitantes?

Para que se possa perceber por inteiro o conflito potencialmente existente entre estas duas obrigações, devemos primeiro analisar as fontes das mesmas. Iniciando pelos Direitos Fundamentais, estes podem ser de fonte convencional (como p. ex. a CEDH) ou interna (como as nossas restrições constitucionais à extradição). Esta distinção, na verdade, só importará quanto à responsabilidade internacional do Estado extraditante – ambos são um obstáculo à cooperação, mas apenas os primeiros poderão ser arguidos perante um Tribunal Internacional, cujos julgamentos vincularão o Estado em questão.

Do lado da extradição, podemos ter variados acordos na base da mesma – desde logo os Tratados bilaterais e multilaterais, que são os mais comuns¹⁹; existem ainda obrigações assumidas pelos Estados que não resultam directamente de Tratados, mas ainda assim geram um compromisso no sentido do seu cumprimento, como é o caso do MDE; por fim, pode ainda acontecer que não exista qualquer acordo entre os Estados envolvidos no processo de extradição, surgindo aqui a questão de saber se existe ou não um dever internacional de extraditar. Cremos que apenas as duas primeiras fontes referidas geram um verdadeiro dever para o Estado requerido²⁰, sendo que esta última colocará a cooperação na esfera de disponibilidade do mesmo, aí exercendo verdadeiramente a sua soberania de forma irrestrita.

Resumindo:

- Existe um dever de extraditar quando o mesmo é assumido pelo Estado através de Tratado ou outro instrumento internacionalmente vinculante;
- Existe um dever de salvaguarda dos direitos do indivíduo, seja este de fonte interna ou internacional.

3.1. Possíveis soluções

Ora, pode acontecer que conceder a extradição resulte na violação de um direito do extraditando (a ser violado no Estado requerente), o que levará muitas vezes a uma recusa desse pedido²¹ – como conciliar, nesse caso, ambas as obrigações do Estado, tendo ainda em vista a nossa opção por tentar alcançar um equilíbrio entre ambas? (Supra, ponto 1.)

¹⁹ Mesmo que estes preconizem uma forma simplificada de extradição, como é o caso da maioria dos acordos na Europa – p.ex., a Convenção de Extradição de 1957.

²⁰ Hugo Grotius cria na existência de um dever internacional alternativo – ou entregar o fugitivo ou julgá-lo no país onde se encontra (*aut dedere aut judicare*). Enquanto que este princípio pode ser visto como uma solução para os casos em que não é possível cooperar, a verdade é que não parece haver um verdadeiro dever de optar por uma das vias. Outros autores optavam por defender a existência de uma obrigação de cooperação quando os crimes pelos quais os indivíduos eram pedidos fossem graves; outros, pela visão de que não existia esse dever – opiniões em BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 6 ss. e GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 32 ss.

²¹ Para uma extensa enumeração dos motivos que podem levar a esta recusa, v. PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 67 ss e BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 368 ss. Já as consequências dessa recusa serão mais oportunamente referidas no final da Parte II, para assim se enunciarem de forma completa.

3.1.1. Extradição condicionada

Apesar de uma solução óbvia ser a redução dos motivos de recusa de extradição²², não nos parece ser esta muito viável até que se demonstrem iguais parâmetros de defesa dos direitos individuais nos vários países com os quais se coopera. Sendo essa uma possibilidade hoje ainda muito remota, começaremos por analisar aquilo que é uma opção já muito utilizada na prática da extradição.

A introdução de condições a serem cumpridas pelo Estado requerente não é algo novo – pense-se, por exemplo, no princípio da especialidade, ou na condição de não aplicação da pena de morte ou prisão perpétua; também alguns aspectos do direito a um processo equitativo podem ser sujeitos a este procedimento (p. ex. a garantia de que existirá um novo processo penal ou um recurso, quando em causa está um julgamento *in absentia*).

Estas condições aparecem intimamente ligadas com as garantias, prestadas pelo Estado requerente, de que as mesmas serão cumpridas; para isso devem possuir determinadas características, a explorar posteriormente a partir da jurisprudência do TEDH. Estas garantias prestadas criam um laço de confiança entre ambos os Estados que, se quebrado, levará a uma relação internacional difícil e provavelmente precluirá a cooperação entre ambos até que a confiança se restaure.

Admite-se, no entanto, que esta não será uma solução viável para todos os países que requerem uma entrega *l.s.*²³, pelo que terão que existir alternativas.

3.1.2. *Aut dedere aut judicare*

Este princípio formulado por Grotius estabelece dois deveres alternativos para o Estado requerido – ou entregar a pessoa, ou julgá-la no seu território²⁴. Mas qual é o verdadeiro valor que adquire em DIP? Não o podemos considerar parte do acervo de *jus cogens*, uma vez que não é uma norma peremptória superior até aos Tratados (se fosse, aliás, as consequências seriam dramáticas, com todos os Estados obrigados a julgar todos os crimes caso negassem a extradição); não pode ser também uma norma derivada do costume internacional, pois não reúne ambos os requisitos necessários – nem uma prática generalizada, nem uma consciência da sua obrigatoriedade. Portanto, será apenas um princípio geral de DIP²⁵.

Por outro lado, existem dois deveres enunciados neste princípio, o que levanta a questão de saber se são equivalentes (significando que o Estado requerido pode optar livremente por um deles), ou se existe uma hierarquia a ser respeitada. À

²² PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 69.

²³ V. p.ex. o caso de cooperação com a China citado por DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, “Reconciling extradition...”, pág. 208, em que se verificou um total desrespeito pelos compromissos assumidos, tendo este país executado o extraditado (pela Tailândia) um ano após a sua extradição, quando haviam prestado garantias no sentido de uma pena não excedendo os 15 anos, e excluindo a pena de morte.

²⁴ Inicialmente este princípio era enunciado como *aut dedere aut punire*; estabeleceu-se a mudança de vocábulo porque não existe dever de punir, mas apenas de julgar o fugitivo, uma vez que este pode ser absolvido – PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 73.

²⁵ PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 73.

primeira vista dir-se-ia que o julgamento pelo Estado requerido estaria dependente da recusa de extradição, por vários motivos – desde logo porque a pretensão punitiva se faria sentir com maior acuidade no Estado onde foi cometido o crime, bem como a necessidade de reafirmação da norma penal desrespeitada; aqui é também onde se reúnem as provas necessárias à condução de um julgamento, pelo que seria o local mais conveniente para o fazer; e por último, poder-se-á arguir que as autoridades do Estado extraditante não farão um julgamento justo ou eficaz (com maior pertinência no caso de serem nacionais desse Estado)²⁶.

Apesar disso, não se pode dizer que internacionalmente será obrigatório verificar-se primeiro uma recusa de cooperação, só após a qual seria legítimo iniciar um processo penal nesse Estado (apesar de, na prática, ser normal e mais lógico que assim aconteça).

Admitindo então que o Estado requerido pode optar por julgar no seu território a pessoa procurada, temos que considerar ainda as dificuldades que aí surgiriam – para além da crença generalizada de que as sentenças poderiam ser deflacionadas, também a actividade probatória seria complicada ou por não cooperação total das autoridades do Estado requerente²⁷, ou mesmo por impossibilidade de as deslocar para o outro Estado. Podem ainda colocar-se no caso obstáculos quanto à base de atribuição de jurisdição ao Estado requerido, quando o fugitivo não é um nacional, o crime não é um crime internacional, e o Estado não possui um princípio da universalidade no seu catálogo²⁸, pelo que se percebem os motivos de não ser uma prática muito popular; continua a ser, no entanto, uma solução viável para os casos em que não se deve extraditar, sem desconsiderar a punição do agente (e tendo em conta que a impunidade de criminosos é uma das críticas tecidas à recusa de cooperação).

3.1.3. *Jus cogens*

Uma outra solução para o conciliar dos deveres do Estado (entre cooperar ou proteger os direitos do indivíduo) é considerar os direitos humanos (não fundamentais, pois seriam demasiados) parte do *jus cogens*, apesar de quais os direitos humanos que integram esse acervo ser discutível, alternando os jus-internacionalistas entre as teses maximalistas e minimalistas. Muito liminarmente, podemos definir as regras de *jus cogens* como sendo aquelas de Direito Internacional que consubstanciam uma “aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional

²⁶ PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 75 ss.

²⁷ Esta renitência em cooperar pode dever-se a dois factores – desde logo, há investigações morosas cujos resultados só muito dificilmente foram obtidos, sendo compreensível que os seus responsáveis não queiram entregar todas as provas assim reunidas a autoridades que desconhecem – veja-se o caso descrito por PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 76, da relutância dos EUA e Reino Unido de entregarem os resultados de uma investigação de 3 anos à Líbia. Por outro lado, um caso julgado teria efeitos quanto ao *ne bis in idem*, mesmo que a sentença fosse tida como injusta ou demasiado branda pelo Estado requerente, não podendo este proceder depois a um novo julgamento por esses factos – DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, “Reconciling extradition...”, pág. 209.

²⁸ Com maior desenvolvimento, PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 80 ss.

assenta em ‘valores fundamentais’ ou ‘regras básicas’, que compõem a (...) ‘*ordem pública internacional*’, e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional”²⁹. Assim sendo, e sobrepondo-se a qualquer acordo de cooperação entre os Estados, estariam vinculados a não extraditar por provável violação de uma regra de *jus cogens* (i. é, um direito humano). O problema aqui é, mais uma vez, o facto de não existir acordo sobre quais os direitos que têm esse estatuto³⁰.

3.1.4. Julgamentos internacionais

A última solução por nós avançada será a hipótese de existir no caso concreto um julgamento por parte de um Tribunal Internacional, que considere ou não a extradição violadora de um direito do indivíduo, por consequência do desrespeito do mesmo no território do Estado requerente. Aqui, estando o Estado requerido sujeito à jurisdição desse Tribunal, haveria mais um elemento para que a cooperação pudesse ser recusada sem com isso se ferirem as relações internacionais mais do que o absolutamente necessário. Dado o escopo do nosso tema, trataremos individualmente desta questão, relativamente à obrigatoriedade das decisões do TEDH e do TJUE, nas Partes II e III.

4. Métodos alternativos de extradição

Independentemente da lei em causa, a extradição é sempre um processo moroso que, por um motivo ou outro, pode não chegar ao resultado pretendido (a aceitação desse pedido e consequente entrega do indivíduo). Prevendo-se o complicado processo que se seguiria, ou a negação do pedido, será normal que exista alguma frustração por parte das autoridades que desejam ver o indivíduo dentro da sua jurisdição, o que leva à utilização de meios ilegais ou incorrectos para atingir esse resultado. Algumas das causas dessa frustração podem ser encontradas, p. ex., na existência da excepção do crime político e a sua relação difícil com o terrorismo actual e a luta contra o mesmo; nos Tratados cuja linguagem não se adequa já à realidade actual, impedindo a cooperação apenas por não se prever uma determinada infracção como extraditável; ou ainda na prática comum nos países de tradição jurídica continental, que tendem a excluir a extradição quanto aos seus nacionais³¹.

²⁹ QUADROS, Fausto de, e PEREIRA, André Gonçalves, “Manual de Direito Internacional Público”, Almedina, 2007, pág. 278.

³⁰ Apesar da afirmação feita em termos gerais por OREJA, Marcelo, “Souveraineté des Etats et respect des droits de l’homme”, in MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, pág. 12: “Dans le droit international contemporain, les droits fondamentaux de la personne humaine font partie (...) d’un ensemble de règles obligatoires ou, si l’on préfère, d’un *jus cogens*...”. Tentaremos fazer uma aproximação a um possível catálogo, tendo por base a CEDH e os julgamentos de Estrasburgo, na Parte II.

³¹ REBANE, Kai I., “Extradition and Individual Rights...”, pág. 1666 ss.

Pretendemos aqui analisar brevemente os métodos (i)legítimos de entrega *l.s.* do indivíduo à jurisdição que o solicita. Para isso referiremos em primeiro as categorias de extradição mais comuns, que não se devem confundir com os processos a explicar de seguida.

A extradição de um indivíduo pode ser classificada³² como sendo *activa*, o que engloba a actividade a desenvolver pelo Estado requerente para conseguir a entrega do mesmo; ou *passiva*, que se refere à actividade a desenvolver pelo Estado requerido para concluir essa entrega. Pode ainda ser uma *reextradição*, caso em que o indivíduo será entregue a um Estado terceiro pelo Estado inicialmente requerente, com autorização do Estado inicialmente requerido; ou, por último, uma *extradição em trânsito*, isto é, a autorização que um Estado concede para que um extraditando passe pelo seu território.

4.1. Extradição *de facto* activa

Aqui englobar-se-ão, como se pode depreender, aquelas acções por parte do Estado supostamente requerente (porque, como não se trata verdadeiramente de uma extradição, pode não haver sequer pedido nesse sentido, ou se houver a sua negação é desrespeitada) que visam a obtenção do indivíduo por meios ilegais – o *rapto internacional* e o *conluio internacional*³³.

4.1.1. Rapto internacional

Temos uma situação de rapto internacional quando “agentes de um Estado, actuando em nome da lei, detêm ilegalmente uma pessoa dentro da jurisdição de outro Estado, sem o consentimento deste e em violação da sua soberania e integridade territorial”³⁴ – tem, portanto, consequências ao nível da ordem pública internacional, dos direitos do Estado cuja territorialidade foi violada, e dos direitos do indivíduo indevidamente detido.

O caso mais citado e pioneiro neste tema será aquele de Eichmann, um criminoso nazi raptado da Argentina por Israel para nesse país ser julgado pelos seus crimes³⁵. O caso foi levado ao Conselho de Segurança da ONU, que não recomendou o retorno de Eichmann à Argentina, mas expressou a opinião de que “uma adequada reparação” por parte de Israel deveria ter lugar. Israel alegou sempre que o rapto não foi efectuado pelas suas autoridades, mas por pessoas privadas, assim evitando a sua responsabilidade internacional de acordo com a doutrina defendida nos EUA. Durante o seu julgamento, a questão da jurisdição do Tribunal israelita foi levantada,

³² PÉREZ, Marta del Pozo, “La extradición...”, pág. 113.

³³ Esta figura resulta da tradução do inglês “collusion”, que pretende designar exactamente o acordo existente, apesar de informal e ilegal, entre ambos os Estados envolvidos num processo deste género. Esta conivência pode assumir um carácter mais activo ou mais passivo por parte do Estado supostamente requerido, mas acaba sempre por ser como que um rapto conjunto (ou facilitado).

³⁴ BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 124.

³⁵ Para uma análise mais exaustiva dos acontecimentos, v. “The Eichmann Case”, *in* American Jewish Year Book, disponível em http://www.ajcarchives.org/ajc_data/files/1961_7_international.pdf [27.02.2013]

uma vez que a detenção não tinha sido legal – mais uma vez de acordo com o que era defendido pelos EUA, o Tribunal declarou que Eichmann não poderia levantar questões pertinentes apenas aos Estados, e fez ainda apelo ao princípio *male captus bene detentus*, de acordo com o qual um Tribunal continuará a ter jurisdição apesar da forma como a custódia do indivíduo foi obtida.

A autoridade jurisdicional nestes casos é sem dúvida os EUA, cuja visão tradicional se encontra na “regra *Ker-Frisbie*”, a qual dispõe que, “se o fugitivo se encontra perante um Tribunal que tem jurisdição sobre os seus alegados crimes, então a maneira como chegou lá é irrelevante”³⁶. A única excepção a esta regra parece ter lugar quando o fugitivo consegue provar envolvimento governamental no rapto, e com o mesmo se desrespeitam deveres impostos por Tratado – nomeadamente de extradição do indivíduo³⁷. Para além disso, parece ser necessária uma reclamação por parte do Estado cujo território foi violado³⁸.

Quanto ao Reino Unido, devido ao seu sistema anglo-saxónico, este começou também por defender a doutrina emanada pelos Tribunais dos EUA. A partir de 1993, no entanto, com o caso *Bennett v Horseferry Road Magistrates’ Court*, passaram a defender que o Tribunal poderia inquirir acerca do modo como o indivíduo chegou à sua jurisdição, por três motivos – em primeiro porque o desrespeito por acordos de extradição é visto como um abuso de processo; depois, porque o rapto (ou conluio) fere não só o DIP como também os direitos humanos do fugitivo³⁹.

Também na tradição continental podemos ver o recurso a métodos questionáveis de cooperação; no entanto, e geralmente, admite-se que uma objecção à jurisdição pode ser levantada quando o método utilizado não pode ser visto como legal⁴⁰. Contudo, no espaço europeu devemos ter em conta vários instrumentos que claramente referem a legalidade da detenção da pessoa – p. ex. a Convenção de Extradição, ou a CEDH, cujo art. 5º torna ilegal o rapto ou o conluio internacional, uma vez que tem por objectivo contornar o processo legal adequado de extradição (o que se pode retirar do seu nº 1).

4.1.2. Conluio internacional

Temos uma situação de conluio internacional quando “oficiais do Estado de refúgio actuam fora dos quadros de um processo formal ou sem autoridade para facilitar o rapto ou causar a entrega de um fugitivo por outros meios, produzindo o

³⁶ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 340.

³⁷ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 342, falando já do caso *Jaffe v. Smith*. Uma aturada revisão e evolução da doutrina dos EUA neste assunto, apesar de interessante, não será aqui possível, pelo que se remete para a obra citada para mais pormenores.

³⁸ Como foi defendido, a título de exemplo, no caso *United States v. Noriega* – GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 351. A alternativa seria o Tratado violado ter um “efeito-directo” (“self-executing treaty”) na lei dos EUA, o que não acontecia.

³⁹ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 357.

⁴⁰ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 360, e Errera, Roger, “Extradition et droits...”, pág. 293 ss.

mesmo resultado”⁴¹. Esta questão de cooperação entre ambos será particularmente importante para a responsabilidade desse Estado – se não cooperou terá direito a uma compensação por parte do Estado infractor (e à devolução do indivíduo, se o pedir); se agiu ilegalmente em conivência com o outro Estado, é também infractor, e por isso sujeito a responsabilidade internacional nos termos em que esta for ditada.

Existem três tipos de responsabilidade que podem ser levantados⁴²:

- A violação da soberania e integridade do território de um Estado – obviamente, em caso de conluio não será possível afirmar esta violação por parte do Estado raptor; de todo o modo, não afecta os direitos do indivíduo, pelo que seria uma questão de DIP pura, e de relações internacionais;
- Violação do processo internacional legal;
- Violação dos direitos do indivíduo – aqui sim, pertinente já ao nosso tema, e questão onde se deve referir de onde provêm esses direitos, se o seu cumprimento pode ser legalmente exigido, e como. Deixaremos essa análise para a Parte II e III deste trabalho.

De resto, não existem especificidades nesta figura, remetendo nós neste capítulo para o que foi dito acerca do rapto.

4.2. Extradição *de facto* passiva

Também denominada “extradição disfarçada”, por se utilizarem mecanismos legais, mas não os apropriados, a extradição *de facto* passiva pode ser definida como o “processo em virtude do qual uma pessoa é colocada numa condição tal que irá ficar, ou será provável que fique, sob o controlo de autoridades de um Estado que tem um interesse em sujeitar essa pessoa ao seu controlo jurisdicional”⁴³. Tirando uma das figuras, a perseguição, todas as outras se baseiam no uso das leis de imigração para negar a permanência do indivíduo no território desse Estado, o que fará com que o Estado interessado obtenha a pessoa (portanto, existe uma igualdade no resultado), apesar de não ser através do processo de extradição. Estes meios não podem ser considerados, como os anteriores, ilegais, uma vez que se baseiam na lei interna de um Estado; são, contudo, claramente inadequados, e até ilegítimos, poderíamos dizer, quando se destinam a ser manipulados de forma utilitária para se ultrapassar um processo não tão conveniente, mas mais adequado, ao resultado que se pretende atingir.

O fugitivo pode, nestes casos:

- Ser removido do território do Estado onde se queria refugiar – deportação;
- Ser forçado a retirar-se desse território – expulsão;
- Ou ser impedido, desde logo, de entrar nesse território – exclusão.

⁴¹ BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 129.

⁴² BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 145. O autor questiona, posteriormente, qual o vínculo necessário para estabelecer esta responsabilidade, fazendo alusão à questão de saber se só actos das autoridades de um Estado, ou também actos de pessoas privadas desse Estado podem conduzir à responsabilidade do mesmo – pág. 149 ss. A questão será apreciada no contexto da responsabilidade afirmada pelo TEDH, na Parte II.

⁴³ BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 133.

4.2.1. Perseguição

A perseguição assume particular importância na Europa, devido à liberdade de circulação de que dispõem as pessoas dentro deste território (na área Schengen, pelo menos) – trata-se de uma figura que permite que as autoridades de um Estado atravessem as fronteiras de um outro Estado em perseguição física de um indivíduo⁴⁴. Sendo bem sucedidos na sua captura, existem duas opções – ou essas autoridades podem levar o indivíduo consigo de volta para a sua jurisdição, ou o devem entregar às autoridades do Estado onde foi capturado, para depois ser sujeito a um processo de extradição. No caso de se optar pela primeira hipótese – o que parece fazer mais sentido dentro da estrutura da perseguição, pois seria inútil permitir atravessar fronteiras para depois se sujeitar o caso a uma cooperação comum – o que existe é praticamente uma extensão da jurisdição do primeiro Estado para o território do segundo, para efeitos de perseguição e detenção daquele indivíduo, pelo que se poderia questionar se este é verdadeiramente um caso de extradição *de facto* passiva. Apesar de tudo consideramos que sim, uma vez que esta possibilidade depende da permissão/concordância do Estado onde se termina a perseguição⁴⁵.

4.2.2. Exclusão

Um fugitivo pode ser impedido de entrar no território de um Estado, impossibilitando-o assim de “se beneficiar das protecções e atrasos processuais que a extradição concede”⁴⁶, e isso pode ser feito apenas para que se force a pessoa, por falta de opções, a retornar ao país de onde fugiu. Este é um caso típico em que podemos encontrar, nas razões que motivam a exclusão, algum acordo entre os Estados envolvidos, para que se contorne o processo de extradição e se chegue a uma devolução rápida da pessoa procurada⁴⁷.

O caso mais frequentemente citado a este propósito (e também na deportação) é aquele de Soblen, um cidadão americano acusado de espionagem e transmissão de informações à União Soviética; tendo este fugido para Israel, país que não possuía acordo de extradição com os EUA, foi pedido o seu retorno a esse país. Israel não concedeu asilo nem cidadania a Soblen (que a pedia ao abrigo de uma lei israelita referente a judeus retornados), e este foi colocado a bordo de um avião fretado com destino a Nova York cujos outros passageiros eram forças de segurança dos EUA. Perto do Reino Unido, onde o avião pararia brevemente para reabastecer, Soblen infligiu a si próprio ferimentos graves, com o intuito de ser transferido para um hospital nesse Estado; tendo sido avisadas da chegada iminente de Soblen, as

⁴⁴ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 363.

⁴⁵ Independentemente de onde se encontra essa permissão – pode ser feita, p. ex., através de um Tratado, ou ser dada explicitamente para cada caso.

⁴⁶ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 364.

⁴⁷ Mais preocupante é o facto de estes actos terem lugar, algumas vezes, apenas ao nível das autoridades que controlam as fronteiras, por não existir o mencionado acordo entre Estados – GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 365.

autoridades inglesas prepararam de imediato uma recusa de aterragem, que seria entregue ao indivíduo (portanto, uma exclusão do mesmo)⁴⁸. Pararemos por enquanto a análise deste caso aqui, que serviu para ilustrar os mecanismos utilizados para contornar o processo normal de extradição de uma pessoa (uma vez que as autoridades americanas não teriam jurisdição nesse território, e teriam que pedir a colaboração do Reino Unido a partir do momento da “fuga” de Soblen).

4.2.3. Deportação

A deportação, na sua configuração normal, é um mecanismo que serve os interesses apenas do Estado que dita essa mesma medida – normalmente com o sentido de devolver ao país de origem uma pessoa que esteja ilegal no seu território. Utilizar a deportação como forma de cooperação judiciária não é legítimo, mas as opiniões flutuam entre atentar ao *motivo* que suscitou essa medida, ou apenas à *legalidade formal* da mesma⁴⁹.

Continuando com o caso de Soblen, pouco depois da sua entrada no hospital, e recusado o seu primeiro pedido de *habeas corpus*, Israel recusou interferir mais no caso (i. é, recusou a sua colaboração na remoção do Reino Unido para os EUA, alegando que isso não era possível ao abrigo da lei israelita), e a cooperação que até então estava em curso foi alterada, sendo dada a Soblen uma ordem de deportação (por não ter entrado legalmente no país), que este contestou num novo pedido de *habeas corpus*, alegando que esta não era válida por apresentar um objecto *ultra vires*, de servir como extradição. O Tribunal inglês adoptou a visão já antes defendida de que não contestariam a validade de uma ordem de deportação se esta parecesse legal, a menos que se provasse que existia de facto um motivo ulterior para a mesma (algo que decidiram não ser o caso)⁵⁰.

Assim, ordenaram o seu retorno no primeiro voo disponível do dia designado, supostamente com destino a Israel; no entanto, o único voo nesse dia era destinado aos EUA. Soblen cometeu suicídio no dia de execução da sua deportação, o que mostra claramente as desvantagens da utilização de mecanismos alternativos à extradição, que não se destinam a proteger os direitos dos indivíduos envolvidos.

Numa visão mais centrada na área geográfica do nosso tema, podemos citar o julgamento do TEDH no caso *Bozano v. France*, no qual julgou existir uma violação da al. f) do nº 1 do art. 5º CEDH. Bozano era procurado pela Itália, para aí cumprir uma sentença prolatada no âmbito de um julgamento *in absentia*; tendo recusado o pedido de extradição devido a este facto, a França concordou em deportar o sujeito para a Suíça, onde existia já um acordo com a Itália para que a extradição fosse

⁴⁸ Factos do caso de Soblen retirados de O'HIGGINS, Paul, “Disguised Extradition: The Soblen Case”, in *The Modern Law Review*, Vol. 27, nº 5, Setembro 1964, pág. 530 ss, e BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 142.

⁴⁹ Como veremos posteriormente, o TEDH concede à deportação, extradição e expulsão um tratamento equivalente, atendendo ao resultado, mais do que à classificação legal dos procedimentos.

⁵⁰ Para extensa evolução quanto a esta posição, v. O'HIGGINS, Paul, “Disguised Extradition...”, pág. 522 ss, e GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 368 ss.

concedida. O Tribunal de Estrasburgo decidiu que uma detenção com a intenção de proceder a uma “extradição disfarçada” não seria legítima de acordo com os parâmetros de protecção estabelecidos na CEDH⁵¹, pelo que desde 1986 temos já uma base jurisdicional para condenar práticas deste teor.

4.2.4. Expulsão

A expulsão é motivada pela transgressão das leis internas de imigração de um país, e na sua base podem estar os seguintes fundamentos⁵² – a entrada ou permanência ilegal no território desse Estado; a rejeição ou expiração de um pedido de asilo; motivos de segurança ou ordem pública; ou porque essa medida foi ditada no âmbito de um processo judicial. A ordem de expulsão pode ser administrativa ou judicial.

No que ao nosso tema diz respeito, assume particular importância a ligação existente entre a expulsão e o asilo, uma vez que a Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados (de 1951) proíbe que este seja “expulso ou repellido”⁵³, excepto em caso de perigo para a segurança ou ordem pública do país onde se encontra. O asilo e o direito de *non-refoulement* (art. 33º) não devem ser confundidos – o primeiro concede ao refugiado direitos quase equivalentes a um nacional, tendo este um *direito de permanência* no Estado de asilo, enquanto que o segundo apenas lhe garante que não poderá ser expulso, excluído, deportado ou extraditado para o *país que o persegue* (podendo, por isso, ser levado para um outro país onde não se encontrem em perigo os seus direitos)⁵⁴.

Não podemos deixar de traçar um paralelo com o que acontece na deportação – devemos considerar que há uma violação deste dever do Estado de asilo de *non-refoulement* quando, apesar de não entregar *l.s.* o indivíduo ao Estado que o persegue, adopta qualquer medida que o coloque numa posição em que o resultado venha a ser o mesmo – p.ex. colocando-o num outro país que depois o entregará a esse Estado.

4.3. Consequências e soluções

As consequências da utilização destes métodos substitutivos da extradição para os direitos dos indivíduos são óbvias – o processo de extradição tem intrínsecos mecanismos desenhados para proteger esses direitos, todos eles ultrapassados quando se opta por entregar o fúgitivo ao outro país a qualquer custo. Para além das tensões nas relações internacionais que isso pode causar, devemos também considerar o impacto interno pernicioso que poderão ter estas decisões – quando o próprio Estado não obedece às suas leis ou às obrigações internacionais, como poderá esperar que os

⁵¹ *Bozano v. France*, § 60.

⁵² NASCIBENE, Bruno (ed.), *Expulsion and detention of aliens in the European Union Countries*, Milano, Giuffrè, 2001, pág. 585 ss.

⁵³ Art. 32º e 33º da Convenção.

⁵⁴ GILBERT, Geoff, *Aspects of Extradition Law...*, pág. 238.

seus cidadãos o façam? O exemplo mais flagrante será, sem dúvida, o de rapto internacional, apesar de uma atitude de permanente contorno de regras ou aproveitamento de lacunas não ser, também, a mais positiva⁵⁵.

O recurso a estes métodos deve-se sobretudo à rapidez e à inexistência de procedimentos burocráticos longos e penosos com que se pode conceder a cooperação internacional⁵⁶, por isso pensar em soluções para que se deixem de utilizar estes meios não é fácil, sobretudo se pretendemos que as mesmas sejam rápidas e simultaneamente protectoras dos direitos fundamentais. Para isso, sugerem os autores sempre procedimentos de extradição mais simples e expedientes⁵⁷, ou ainda a responsabilização dos Estados infractores⁵⁸. Os termos desta penalização serão analisados posteriormente.

5. Os direitos individuais no processo de extradição

No que concerne à aplicação dos Direitos Humanos à extradição, apesar de esta parecer uma discussão exclusivamente moderna, o seu início é apontado geralmente para o pós-II Guerra Mundial; e a verdade é que algumas considerações sobre esta problemática penetravam já nos tradicionais obstáculos à extradição – basta pensar, por exemplo, na recusa de extraditar quando a pena a aplicar seja a pena de morte ou a prisão perpétua. Um certo reflexo pode ainda ser encontrado na excepção do crime político, e ainda num princípio contra a discriminação encetado pelas Nações Unidas⁵⁹. Por outro lado, já mesmo antes do julgamento revolucionário do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no caso *Soering*, em 1989, tinham as Nações Unidas proibido a extradição para países onde a pessoa corria o risco de ser sujeita a tortura⁶⁰.

No entanto, não se pode dizer que já então se tinha adoptado a ideia de que o acto de extradição em si deveria ser compatível com os direitos humanos; mesmo a

⁵⁵ A propósito do rapto, escreve Brandeis J, numa opinião dissidente no caso americano *Olmstead v United States*: “Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. *To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means – to declare that the Government may commit crimes in order to secure that conviction of a private criminal – would bring terrible retribution.*” – *apud* GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 351 (sublinhados acrescentados).

⁵⁶ Apesar de, em GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 377, o autor contrariar esta ideia quanto aos procedimentos de deportação ou expulsão, afirmando que não são muito mais rápidos ou eficazes do que a extradição.

⁵⁷ GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive...*, pág. 376; BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 123

⁵⁸ REBANE, Kai I., “Extradition and Individual Rights...”, pág. 1647.

⁵⁹ Este princípio encontra-se consagrado, em relação aos refugiados, no art. 33º da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas, o qual diz claramente que uma pessoa não poderá ser enviada para um Estado onde seja provável a sua perseguição por razões atinentes à sua raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas.

⁶⁰ No art. 3º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, já em 1984.

doutrina do princípio da especialidade ou da dupla incriminação tinham o objectivo primeiro de defender os interesses do Estado soberano, só em segunda linha tendo o duplo efeito de funcionar como garantias do extraditando⁶¹.

Ainda que a questão se levantasse, adquiria apenas duas vertentes – a primeira, de que os direitos humanos não deveriam ser violados no Estado requerente; e a segunda, de que os procedimentos de extradição deveriam, no Estado extraditante, estar de acordo com esses direitos⁶². É neste âmbito que a jurisprudência do TEDH vem a ter um impacto notável, ao estabelecer pela primeira vez a responsabilidade do Estado extraditante por violações de direitos humanos ocorridas após a extradição no território do Estado requerente – isto é, uma responsabilidade apenas pelo facto de extraditar o agente quando se tenha provado que uma possível violação iria ocorrer nesse território. É esta questão, entre outras pertinentes resultantes dos acórdãos deste Tribunal, que se pretende analisar na Parte II deste escrito, avaliando assim o importante contributo do mesmo para o desenvolvimento da incorporação de considerações humanitárias no âmbito da cooperação judiciária internacional.

⁶¹ VOGLER, Theo, “The Scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights”, in MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, pág. 671.

⁶² WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European Convention on Human Rights to extradition: opening Pandora’s Box?”, in DUGARD, John and WYNGAERT, Christine van den, “International Criminal Law and Procedure”, Dartmouth, 1996, pág. 212.

Parte II

Da jurisprudência do Tribunal Europeu dos
Direitos do Homem –
O espaço europeu

1. Contextualização

A ideia de uma Europa unida, tal como aconteceu com o desenvolvimento dos direitos humanos, começa a concretizar-se apenas a partir do fim da II Guerra Mundial. Em 1949 é assinado o Estatuto do Conselho da Europa, organização que tem por fim “realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e princípios que são o seu património comum”⁶³. Este objectivo é perseguido através dos seus órgãos, o Comité de Ministros e a Assembleia Parlamentar; existe ainda um Secretariado, que apoia os órgãos principais e tem a função de conhecer a “forma como o (...) direito interno [dos Estados parte] assegura a aplicação efectiva de quaisquer disposições [da] Convenção”^{64 65}.

Até 1998, existiam três órgãos responsáveis pela defesa dos Direitos Humanos – a Comissão dos Direitos Humanos, o Tribunal dos Direitos Humanos, e o Comité de Ministros do Conselho da Europa. A Comissão tinha a função de apreciar todas as queixas submetidas ao TEDH e declará-las admissíveis ou inadmissíveis; o Tribunal procederia depois ao julgamento daquelas que passassem o crivo estabelecido pela Comissão. Quanto ao Comité de Ministros, este detinha duas funções – a primeira era zelar pelo cumprimento das sentenças ditadas pelo Tribunal de Estrasburgo, e a segunda de afirmar a existência ou não de uma violação à CEDH (por maioria simples) naqueles casos que não seguissem para o Tribunal⁶⁶.

Com a entrada em vigor do Protocolo nº 11 em 1998, a jurisdição do Tribunal passou a ser obrigatória, e esta estrutura foi simplificada e a Comissão deixou de existir, passando as suas funções a ser integradas no Tribunal propriamente dito. No seguimento desta alteração, o Comité de Ministros reteve apenas a sua função de zelar pelo cumprimento dos julgamentos do TEDH.

Após este esclarecimento relativamente ao aspecto orgânico do Tribunal, vejamos então o processo perante o mesmo (já actual⁶⁷), o qual se inicia com uma queixa dirigida ao TEDH por parte de qualquer Estado contratante ou particular que considere ser vítima de uma violação a um direito constante da CEDH, direito esse não respeitado por um Estado parte da mesma (art. 33º e 34º da CEDH). Esta queixa deve ser enviada ao Tribunal dentro do prazo de 6 meses após a prolação da sentença

⁶³ Art. 1º do Estatuto do Conselho da Europa.

⁶⁴ Art. 52º CEDH.

⁶⁵ Para mais desenvolvimento sobre o funcionamento destes órgãos, v. SCHLÜTER, Karen, “The Council of Europe, the Standard-setter”, in BROSIG, Malte (Ed.), *Human Rights in Europe. A Fragmented Regime?*, Frankfurt am Main, Peer Lang, 2006, pág. 32 ss; e MÜLLER-RAPPARD, Ekkehart, “Inner-State Cooperation in Penal Matters Within the Council of Europe Framework”, in BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. II, 2ª Edição, New York, Transnational Publishers, 1999, pág. 331 ss.

⁶⁶ House of Commons, *Protocol 11 and the New European Court of Human Rights*, Research Paper 98/109, 1998, pág. 11.

⁶⁷ O que significa, nomeadamente, que se incluem já as mudanças operadas pela entrada em vigor do Protocolo nº 14, em 2010, que veio alterar alguns aspectos do Tribunal, como o mandato dos juizes ou a agilização do processo de selecção das queixas admissíveis.

interna definitiva, e uma vez esgotados os recursos internos (art. 35º); existe depois todo um conjunto de exigências formais, constantes do Regulamento do Tribunal. Estas queixas são julgadas admissíveis, inadmissíveis, ou parcialmente admissíveis (segundo os critérios patentes no art. 35º), sendo que só as primeiras e as questões admissíveis daquelas últimas serão conhecidas pelo Tribunal.

No entanto, e como aqui se encontram sempre em causa violações de Direitos Humanos, o TEDH dispõe de mecanismos provisórios que lhe permitem acautelar o efeito útil do julgamento e prevenir desse modo eventuais violações à Convenção – são essas as medidas cautelares do art. 39º do Regulamento do Tribunal, o qual dispõe que poderá ser adoptada qualquer medida que o Tribunal considere apropriado adoptar, tanto no interesse da(s) parte(s) como para o desenvolvimento normal do processo que perante ele decorre. Estas medidas adquirem uma maior importância (e são mais frequentemente utilizadas⁶⁸) quando a situação se prende com uma possível extradição ou expulsão (quando existe, internamente, uma decisão favorável à remoção do indivíduo queixoso do território do Estado, e portanto se considera que o risco de violação de um direito da CEDH é iminente⁶⁹); nestes casos, aconselha normalmente o TEDH o Estado parte a optar pela suspensão da execução dessa medida até que exista uma sentença que confirme ou não a violação da Convenção por esse acto. Apesar de estes serem os casos mais frequentes de aplicação destas medidas, as mesmas também podem ser recomendadas ao indivíduo que remete a sua queixa ao TEDH⁷⁰, igualmente com o objectivo de preservar a situação que é levada à consideração do Tribunal (embora as considerações sobre a sua força vinculante não se possam aplicar de igual modo nestes casos).

Mas se é verdade que na maior parte dos casos o Estado cumpre esta medida cautelar e se abstém de extraditar ou expulsar o indivíduo, noutros casos o mesmo pode não acontecer⁷¹, o que levanta de imediato a questão sobre o carácter juridicamente vinculativo destas medidas, e quais as consequências do não cumprimento. Confrontado com esta questão, o TEDH entendeu num primeiro momento que não se poderia afirmar o carácter vinculativo das medidas cautelares, uma vez que são ditadas tendo por base um regulamento interno, e não são passíveis de retirar (nem de forma indirecta) do art. 34º da Convenção⁷²; isto não obsta a que o Estado não cumpridor venha a ser responsabilizado por uma violação do direito da CEDH em causa, eventualmente até de forma agravada, tendo em conta o seu dever de cooperação leal com o Tribunal.

⁶⁸ Segundo GOMÉZ, Carmen Morte, *Como presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14*, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 205 e 213.

⁶⁹ BUQUICCHIO-DE BOER, Maud, “Interim Measures by the European Commission of Human Rights”, in SALVIA, Michele de, e VILLIGER, Mark E. (Eds.), *The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Carl Aage Nørgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pág. 233.

⁷⁰ No caso de *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, § 11, o Tribunal recomendou a um dos queixosos no processo, ao abrigo do art. 39º, que terminasse a sua greve de fome, no interesse do bom prosseguimento do mesmo.

⁷¹ Por exemplo, no caso *Cruz Varas and Others v. Sweden*.

⁷² § 102 e 103 de Cruz Varas.

A partir de 2005, no entanto, denota-se uma mudança na apreciação desta questão por parte do Tribunal. No caso de *Mamatkulov*, e contrapondo a situação àquela analisada em *Cruz Varas*, assevera já que neste último acórdão se tomou em consideração o poder da Comissão de ordenar a adopção destas medidas, e não aquele do Tribunal em si⁷³; e por outro lado, que uma interpretação actual da CEDH se impõe, nomeadamente após a entrada em vigor do Protocolo 11, que assegura aos indivíduos um efectivo direito de acesso ao TEDH (art. 34º CEDH)⁷⁴. Fazendo apelo tanto a outras decisões internacionais que versaram sobre a problemática do carácter vinculativo de medidas cautelares⁷⁵, como ao próprio objectivo das mesmas – a saber, manter a situação conforme ela se apresenta ao Tribunal, para que lhe seja possível avaliar a questão que até si é trazida sem que, entretanto, a sua sentença careça de efeito útil devido à já violação do direito da CEDH em causa⁷⁶ –, o TEDH acaba por considerar pela primeira vez que o facto de um Estado não cumprir as medidas ordenadas levará a uma violação do art. 34º CEDH⁷⁷. Apesar de ainda não se afirmar em ponto algum o seu carácter vinculativo, deixa o Tribunal claro que haverá, muito provavelmente, consequências para os Estados que não as respeitarem⁷⁸.

Já no caso *Olaechea Cahuas v. Spain*, apesar de provado que o contacto se manteve entre o indivíduo e o seu advogado, considerou o TEDH que qualquer não cumprimento arbitrário com uma medida cautelar (que, ao ser decretada, admite concomitantemente de forma preliminar a existência de um risco de violação do direito de petição individual) consubstancia uma violação do art. 34º, admitindo pela primeira vez de forma indubitável que estas medidas são vinculativas para o Estado⁷⁹.

Por fim, resta referir o curso de acção que o TEDH pode adoptar uma vez verificada uma violação da Convenção. Estabelece o art. 41º da CEDH que “o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário”, sendo esta a única medida passível de ser imposta aos Estados. Desde um primeiro momento em que se determinava apenas o montante e a moeda em que devia ser pago, passando

⁷³ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, § 118.

⁷⁴ *Mamatkulov*, § 121 e 122.

⁷⁵ *Mamatkulov*, § 113 a 117.

⁷⁶ *Mamatkulov*, § 108 e 123.

⁷⁷ *Mamatkulov*, § 125 a 127. Esta relação aparentemente necessária entre o não cumprimento da medida e a sua consequência é contestada na opinião em separado do juiz Cabral Barreto a este julgamento, o qual afirma dever existir um ónus de demonstração de que a causa perante o TEDH foi de facto dificultada pelo não cumprimento.

⁷⁸ Esta jurisprudência foi depois confirmada em vários casos subsequentes, de entre os quais o de *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, § 472 ss. Em *Paladi v. Moldova*, § 88 afirma ainda o TEDH que o Estado deve tomar todas as medidas possíveis no sentido do cumprimento da medida cautelar, e deve provar ainda que existia uma razão objectiva para o seu não cumprimento, na eventualidade de ser este o caso – § 92 (recentemente reiterado em *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, § 161).

⁷⁹ § 75 ss, em especial § 81 de *Olaechea*. Parece, no entanto, que continuam a ser definidas como vinculantes apenas por referência a uma violação do art. 34º, e não independentemente. Num recente caso de 2013, *Zokhidov v. Rússia*, apesar de continuar a estabelecer esta relação, o Tribunal aprofunda as considerações já feitas em *Olaechea* – quando uma medida é aplicada a um caso destes, independentemente da sua formulação, deve-se atentar ao seu propósito (a medida desaconselhava a extradição, e o indivíduo foi deportado pela Rússia), concluindo-se que, por ter removido o efeito útil do julgamento perante o TEDH, a Rússia violou o art. 34º ao retirar Zokhidov da sua jurisdição – § 207 a 209.

pelo estabelecimento de um prazo limite para o pagamento, até à instituição de uma taxa de juros moratórios quando esse prazo é ultrapassado⁸⁰, é notável a evolução da jurisprudência do TEDH no que a este ponto concerne. A entidade que assegura o cumprimento deste dever é, como já referido, o Comité de Ministros.

2. Da responsabilidade do Estado extraditante⁸¹ – aproximação geral

Focando-nos agora mais especificamente no nosso tema, podemos perceber quais serão os problemas que surgirão neste contexto – se uma determinada pessoa for removida, independentemente dos meios utilizados, do espaço jurisdicional de protecção da CEDH (ou seja, todo o território em que esta se aplica) pode acontecer que, ao fazê-lo, o Estado que a extrai desta protecção a esteja a expor a uma violação desta Convenção⁸². Nestes casos, e ao contrário do que normalmente acontece, o Tribunal terá na maior parte das vezes uma função *preventiva*⁸³, e não reactiva – dita que o Estado em causa não poderá remover essa pessoa do seu território, sob pena de com isso violar as suas obrigações perante a CEDH, e ser por isso responsabilizado (em vez de julgar sobre um acto já cometido). Isto acontece porque, como muito claramente expôs o Tribunal Constitucional espanhol, as autoridades desse país dispõem do “domínio (...) sobre a situação pessoal do extraditado”, estando por isso “obrigadas a prevenir a violação de direitos fundamentais, (...) inclusivamente se essa violação se espera de autoridades estrangeiras” – por este motivo, “a responsabilidade dos órgãos judiciais (...) não se limita às consequências da sua própria conduta. (...) ser-lhes-á imputável a eventual violação dos direitos fundamentais do recorrente na medida em que (...) sejam conscientes da eventual violação dos direitos fundamentais do recorrente no país de destino, e *não a evitem com os meios de que dispõem*”⁸⁴.

⁸⁰ Em “The Execution of Judgments of The European Court of Human Rights”, in Human Rights Files, no. 19, Council of Europe Publishing, 2008, pág. 13.

⁸¹ Apesar de se referir apenas o caso da extradição, as considerações tecidas serão as mesmas quando o Estado pretende expulsar, deportar, ou em geral *excluir* (*l.s.*) o indivíduo do seu território. Quando diferenças existirem em relação a algum desses casos, expressa menção será feita.

⁸² Note-se que o simples facto de se encontrar no território de um dos Estados parte da CEDH confere essa protecção ao indivíduo, independentemente da existência ou não de um qualquer vínculo com o mesmo – por interpretação do art. 1º CEDH.

⁸³ ANDRYSEK, Oldrich, “Protecting Refugees and Persons in Refugee-Like Situations”, in ALFREDSSON, Gudmundur; GRIMHEDEN, Jonas; RAMCHARAN, Bertram G. e ZAYAS, Alfred de (eds.), *International Human Rights monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Vol. 7, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pág. 349. Isso leva por vezes a que os Estados levantem uma objecção nos julgamentos, alegando que a pessoa em questão não tem estatuto de vítima (e logo, não pode recorrer ao TEDH) por não existir uma ordem interna definitiva para que a retirem do seu território; normalmente o Tribunal não concorda com este argumento – v. p. ex. *Baysakov and Others v. Ukraine*, § 36 ss; e *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, § 52 ss.

⁸⁴ Tribunal Constitucional, *Extradición y euroorden como formas de cooperación internacional. Doctrina constitucional*, Encuentro trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, 2012 (cópia cedida pelo Tribunal Constitucional português), pág. 26 – sublinhados acrescentados.

A construção da responsabilidade do Estado pelo TEDH assenta nos mesmos pressupostos, que passaremos a analisar em detalhe.

Soering v. The United Kingdom é o primeiro caso internacional onde se pode ver afirmada a responsabilidade de um Estado parte da CEDH pelo facto de extraditar o requerente quando este prove um risco sério de ver um dos direitos da CEDH violados pelo Estado que pede a sua extradição (o qual pode ser um Estado não-parte). No entanto, antes deste caso ter alcançado o TEDH, outros casos, que por um motivo ou outro não foram analisados pelo Tribunal, arguíam algo similar – que a extradição colocaria em risco os direitos que lhes eram garantidos pela Convenção⁸⁵; mas uma vez que não integram verdadeiramente jurisprudência de Estrasburgo, iremos iniciar a nossa análise pelo caso acima referido.

2.1. *Soering v. Reino Unido*

Jens Soering é um nacional alemão, filho de um diplomata também alemão, estudante à data de 1985 na Universidade de Virgínia, nos Estados Unidos da América (EUA), acusado do homicídio dos pais da sua namorada, Elizabeth Haysom, também estudante na referida Universidade e cidadã do Canadá. Tendo ambos fugido para o Reino Unido, foram detidos por fraude em 1986, tendo nesse mesmo ano os EUA pedido a sua extradição para serem submetidos a julgamento pelos crimes cometidos; também a Alemanha pediu a extradição de Soering, para no seu território ser julgado, baseando a sua competência na nacionalidade do mesmo. Após isso, de novo os EUA pediram a extradição com preferência em relação à Alemanha.

O Reino Unido pediu garantias aos EUA da não aplicação da pena de morte ao caso de Soering (já que Elizabeth era só acusada de cumplicidade, e tendo sido de facto extraditada em 87, ano em que foi condenada a 90 anos de prisão, 45 por cada homicídio cometido), ou da sua não execução no caso de ser aplicada. As garantias recebidas por parte da Virgínia foram tudo menos satisfatórias, limitando-se estas a permitir, por altura do julgamento, que os desejos do Reino Unido na não aplicação ou execução da pena de morte fossem referidos; para além disso, as autoridades do Estado federado afirmaram ainda que não seria concedida qualquer garantia adicional, e que o Procurador do caso tencionava de facto pedir a pena de morte, uma vez que as provas o permitiam⁸⁶. Um outro problema surgido com as garantias foi a entidade por quem foram prestadas – nestes casos, apenas o Estado Federal terá poder para assegurar a não aplicação de uma pena, o que não foi o caso⁸⁷.

⁸⁵ Foi o que aconteceu, por exemplo, com o caso *Kirkwood v. The United Kingdom*, no. 10479/83, o qual envolvia a extradição do requerente para a Califórnia. Este levantou objecções devido à possibilidade de lhe ser aplicada a pena de morte, sendo que a Comissão considerou a sua posição não devidamente fundamentada. No caso *N. E. v. The United Kingdom*, no. 12553/86, o caso foi descontinuado a pedido do requerente, e em *Amckranc v. The United Kingdom*, as partes chegaram a um acordo, apesar de em ambos as questões levantadas serem similares às de *Kirkwood* – todos os processos referidos em SHABAS, William A., “Indirect Abolition: Capital Punishment’s Role in Extradition Law and Practice”, *in* Loy. L.A. Int’l & Comp. Law Review, Vol. 25, notas 24 e 25.

⁸⁶ § 20 de *Soering*.

⁸⁷ § 69 de *Soering*.

Soering não foi entretanto extraditado para os EUA devido à aplicação por parte do TEDH de uma medida provisória para o efeito, e disse ainda o requerente que não levantaria objecções a uma possível extradição para a Alemanha, local onde nenhum dos problemas com a aplicação da CEDH se levantava. E a dificuldade à volta da qual grande parte do Acórdão orbita é a violação do art. 3º da CEDH na eventualidade da extradição se efectuar e a pena de morte vir a ser aplicada, não por causa da pena em si (que é ainda permitida pelo art. 2º) mas devido ao fenómeno vulgarmente conhecido como “corredor da morte”.

Pela importância que esse facto teve no julgamento, um pouco mais de esclarecimento deve ser concedido quanto ao que o “corredor da morte” significa, e porque será susceptível de levantar problemas ao abrigo do art. 3º.

Podemos dizer que este conceito é definido por dois aspectos distintos, nenhum dos quais, por si só, viola o art. 3º – por um lado, há o aspecto temporal, a longa espera entre a condenação à pena de morte e a execução da mesma, com todos os efeitos psicológicos de nervosismo e ansiedade que isso implica. O que alguns autores argumentam, e também o que foi apontado no julgamento de Soering pelo Reino Unido, é que essa demora é fruto da própria acção do arguido, que interpõe todos os recursos que a lei lhe permite (que tende a ser ainda um número considerável, pela pena que está em risco), o que faz naturalmente com que o processo sofra delongas⁸⁸. Por outro lado, temos o elemento das condições das prisões em que entretanto ficam detidos – são normalmente áreas separadas nessas prisões, onde só se colocam arguidos que aguardam a execução da pena de morte, e que por isso têm uma segurança mais apertada e muito menos liberdades⁸⁹ – o que se tenta justificar pelo facto de, por serem condenados à pena de morte, necessitarem de maior segurança porque nada mais têm a perder.

Assim, apenas quando estes dois factores convergem temos um fenómeno capaz de violar os direitos humanos consagrados na CEDH.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem foi o primeiro órgão a apreciar o caso de Soering. No que ao art. 3º diz respeito, Soering afirmava que o facto do Reino Unido conceder a sua extradição para os EUA o faria incorrer numa violação da CEDH⁹⁰, muito embora o comportamento contrário a tratamentos ou penas cruéis,

⁸⁸ HUDSON, Patrick, “Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisoner’s Human Rights under International Law?”, *in* *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 4, Dezembro 2000, pág. 834 e ss. E ainda, no que ao Reino Unido diz respeito, § 106 do Ac. em causa.

⁸⁹ Algumas das condições referidas incluem o facto do prisioneiro passar 23 horas diárias numa pequena cela, sendo que os materiais de leitura e mesmo o contacto com outras pessoas é bastante escasso; por outro lado, o que muito frequentemente acontece é o prisioneiro ser transportado para sofrer de facto a pena de morte, e ser-lhe nessa altura concedida mais uma extensão para a mesma, o que o força a reviver toda a pressão psicológica envolvida – em HUDSON, Patrick, “Does the Death Row...”, pág. 836. Como o próprio autor refere, esta situação transforma o condenado em “animal enjaulado”, e citando um outro autor, “num vegetal”, e “tortura seguida de pena de morte” não é a pena prescrita ao caso.

⁹⁰ Como se pode ver no § 82 do Ac. em análise, a argumentação de Soering assentava no facto de o art. 3º implicar não só uma vertente positiva – i. é, não sujeitar indivíduos a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes –, mas também uma obrigação de teor negativo – i. é, não expor um indivíduo a esse tipo de

desumanas ou degradantes tivesse lugar na jurisdição dos EUA, país que não pertence sequer à Convenção. Os factores apontados para a violação do art. 3º eram os seguintes:

- A demora no sistema de recurso;
- A possibilidade de alguns factores mitigantes não serem levados em consideração no seu julgamento (nomeadamente a sua idade e condição mental);
- As condições dos condenados no corredor da morte;
- O método de execução (a cadeira eléctrica);
- O facto de ter como alternativa a sua extradição para a Alemanha, onde não seria condenado à morte (e portanto, não sujeito ao fenómeno do corredor da morte, causa da violação do art. 3º).

A Comissão, antes de analisar estes argumentos, teria que decidir da admissibilidade dos mesmos, e por isso começou por concluir que o art. 3º se poderia aplicar à extradição, e que havia uma forte probabilidade de Soering ser condenado à morte. No entanto, ao considerar a possibilidade de o “corredor da morte” ser violador do art. 3º, recusou todos os argumentos apresentados, chegando à conclusão de que:

- A demora era substancialmente causada pelos arguidos, pelo que não poderia considerar-se tratamento cruel ou desumano;
- A lei da Virgínia tinha em consideração a condição mental e idade dos arguidos;
- As condições no corredor da morte (área da prisão) eram aquelas julgadas necessárias e normais no Estado requerente;
- O método de execução não foi muito considerado, porque já antes o Supremo da Virgínia tinha analisado a questão e concluído que não implicava sofrimento desnecessário;
- E por fim, considerou que não poderiam ter em conta a alternativa de jurisdição que se apresentava no caso, uma vez que isso introduziria uma discriminação no tratamento de casos de outras pessoas, que não possuiriam essa alternativa mais favorável, e que era além do mais uma questão estranha ao que então se discutia, que era a violação ou não do art. 3º nos EUA.

Dizia então a Comissão que a extradição não violava o art. 3º.⁹¹

Quando o caso foi analisado pelo TEDH, as considerações foram outras. O Reino Unido argumentava que não se poderia aplicar o art. 3º à extradição, a menos que o tratamento ou pena proibidos fossem “certos, iminentes e sérios”, características que não achavam estar preenchidas no caso de Soering, pois a aplicação da pena de morte era apenas uma possibilidade⁹². Questionavam ainda ser responsabilizados por actos que ocorrem fora da sua jurisdição e sobre os quais, portanto, nenhum controlo

tratamento, ainda que este tenha lugar numa outra jurisdição. Já o Reino Unido ia no sentido de ser intolerável responsabilizar um Estado por actos que ocorram fora da jurisdição do mesmo – § 83.

⁹¹ Todas as considerações quanto ao julgamento da Comissão encontram-se referidas em HUDSON, Patrick, “Does the Death Row...”, pág. 840.

⁹² E possibilidade essa que nem consideravam muito provável, por uma miríade de razões, explanadas no § 93.

detêm; por último, para além de não existir um direito à não extradição⁹³, argumentava que não se poderia impor a Estados não membros da CEDH os seus parâmetros de protecção, com isso violando os deveres de extradição com os quais se tinham internacionalmente comprometido.

O que o Tribunal respondeu a estes argumentos, conseguindo em poucas linhas revolucionar o que até então se pensava, foi que “estas considerações não podem, contudo, absolver as Partes Contratantes de responsabilidade no âmbito do art. 3º por todas e quaisquer consequências da extradição sofridas fora da sua jurisdição”⁹⁴ – mas a questão da responsabilidade do Estado extraditante ainda não se encontrava suficientemente líquida. Partindo do argumento do Reino Unido, afirmou que apesar de um direito à não extradição não se encontrar consagrado na CEDH explicitamente, não significava que não existisse já implicitamente⁹⁵, e ainda que o simples facto de extraditar alguém para um Estado onde fosse previsível que tortura ocorresse era contrário ao espírito inerente à CEDH, um instrumento cujo objectivo era exactamente proteger o indivíduo.

Em seguida serão analisados os requisitos necessários à efectivação da responsabilidade do Estado, mas é importante que se saliente desde já a conclusão a que se chegou – a de que o Estado extraditante seria responsável no caso de extraditar alguém para um outro Estado, quando motivos substanciais apontassem para um risco real dessa pessoa ser vítima de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. A responsabilidade aqui salientada, sublinha o TEDH, é apenas e só do Estado extraditante, parte da CEDH, e nunca do Estado requerente (em cuja jurisdição se dão os actos violadores do art. 3º) – isto porque a responsabilidade advém do facto de se ter tomado uma acção (extradição) que tem como “directa consequência a exposição de um indivíduo a maus-tratos proibidos”⁹⁶.

Os aspectos mais importantes serão analisados, no entanto, tendo em conta não só o caso de Soering, mas também desenvolvimentos posteriores na jurisprudência do TEDH, para assim se conseguir delinear a actual responsabilidade dos Estados no contexto da CEDH. Do mesmo modo, deve salientar-se que muito do que foi investigado se baseou ainda em Acórdãos não estritamente relacionados com a extradição, mas também com a expulsão ou com indivíduos que foram ou seriam deportados, e serão mencionados indistintamente. Isto encontra-se de acordo com uma prática do TEDH de não fazer muita distinção, para este efeito, entre estes fenómenos⁹⁷.

⁹³ Argumentação nos § 83 a 86.

⁹⁴ Soering, § 86.

⁹⁵ Neste caso há autores que afirmam que o Tribunal concedeu a “pessoas particularmente vulneráveis” uma protecção “por ricochete” em relação a determinados direitos da CEDH, colmatando assim a insuficiência deste instrumento em relação a um direito de não remoção do território – LAMBERT, Pierre, “Extradition et expulsion d'étrangers dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme”, in União dos Advogados Europeus, *Les nouveaux droits de l'homme en Europe : XI Congrès*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pág. 64.

⁹⁶ § 91, onde se estabelece inequivocamente e pela primeira vez a responsabilidade do Estado extraditante.

⁹⁷ Isso mesmo é explicitamente referido no recente julgamento *Harkins and Edwards v. The United Kingdom*, § 120: “The Court’s own case-law has shown that, in practice, there may be little difference between extradition and other removals.”

3. Considerações sobre a responsabilidade do Estado extraditante

Neste capítulo serão analisados tanto os requisitos para que a responsabilidade do Estado se efective, ou seja, quando é que existe uma situação de tal modo grave que dê origem a uma violação do art. 3º apenas pelo facto de se extraditar uma pessoa, como ainda algumas preocupações gerais que surgem quando tal responsabilidade é afirmada (apenas aquelas a que se dirige o Tribunal, especificamente). Estas preocupações e critérios reflectem-se ao longo de toda a jurisprudência posterior do TEDH, pelo que as referências serão feitas sempre aos Acórdãos mais emblemáticos do ponto em questão.

3.1. Aplicação da CEDH à extradição

Um das questões que primeiro surgiu foi a da propriedade de se aplicar a CEDH à extradição – até então, como já referido, não existia princípio geral que ligasse a extradição à questão do respeito pelos direitos humanos. No entanto, algumas preocupações já eram tidas em consideração, e o que o TEDH fez foi afirmar internacionalmente esta conexão entre matérias, ao admitir que “a decisão de um Estado de extraditar um fugitivo pode dar origem a um problema nos termos do art. 3º”.⁹⁸

As desvantagens desta aplicação dos direitos humanos (como a tensão que isso provocaria nas relações internacionais, ou a desconsideração que isso representa para outros interesses do Estado) foram desvalorizadas pelo Tribunal de Estrasburgo em prol de uma efectiva protecção do indivíduo tal como se encontra garantida pela Convenção⁹⁹.

3.2. Imposição da CEDH a não signatários?

Um dos argumentos do Reino Unido para afastar a sua responsabilidade consistia na alegação de que isso seria impor os padrões de protecção da CEDH a Estados que não a ratificaram¹⁰⁰, ultrapassando assim os limites territoriais de aplicação da mesma, estritamente definidos no art. 1º, através do inciso “sua jurisdição” – se o Reino Unido não possui jurisdição no território dos EUA, como poderia ser responsável?

Esta consideração toma um peso ainda maior quando se pensa que os EUA sempre extraditaram pessoas de acordo com uma regra de não inquérito (*rule of noninquiry*)¹⁰¹, o que se traduz numa preclusão da análise dos efeitos da extradição

⁹⁸ § 91 de Soering.

⁹⁹ Como refere no § 87 de Soering, “the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective”.

¹⁰⁰ § 86 de Soering.

¹⁰¹ Como referido em ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition and the European Convention – *Soering* Revisited”, pág. 752. Esta opção tem por fundamento a crença de que o Estado requerente

no país requerente – isso seria um juízo inadmissível sobre a sua ordem jurídica, dado que é um Estado soberano.

O Tribunal dirige-se a esta questão afirmando que a CEDH não se aplica nem se pode indirectamente aplicar a Estados que a não ratificaram – e que por isso mesmo não se pode dizer que um Estado sob a alçada da Convenção só pode entregar um indivíduo quando todos os parâmetros de protecção concedidos pela mesma estejam satisfeitos¹⁰². No entanto, há direitos que são considerados absolutos (questão que será de seguida analisada), e isso impõe que o Estado extraditante não colabore na imposição de um tratamento que possa ser considerado, ainda que à luz da CEDH, tortura, cruel, degradante ou desumano – e é a partir desta noção da extradição como um acto de cooperação, um acto que não é neutro em si mesmo nem desfasado de consequências, que se pode divisar uma responsabilidade daquele que extradita por actos que ocorram na jurisdição de um outro Estado.

No entanto, a ideia de que há uma aplicação extraterritorial da Convenção por a recusa de extradição se basear na violação de uma provisão que não vincula a outra parte tem alguma razão de ser¹⁰³, uma vez que o âmbito de protecção de algumas normas¹⁰⁴ da CEDH foi de facto alargado, e os Estados parte não poderão extraditar sem esse acto estar conforme aos direitos humanos, o que pode na prática significar a violação de outras obrigações internacionais. Mas o TEDH restringiu e de alguma forma diminuiu este impacto ao vincar dois pontos essenciais – desde logo, ao negar qualquer responsabilidade do Estado requerente, sublinhando que essa questão só estaria em causa para o Estado extraditante; e ainda ao definir essa responsabilidade como resultante do acto de expor o indivíduo a essas práticas proibidas pela Convenção (e não propriamente por incorrer nessas práticas, que têm lugar até fora da sua jurisdição).

Para esta questão assume particular importância o conceito de “jurisdição”, que se determina de acordo com o território de um Estado, com a pessoa, com os direitos garantidos pela CEDH e ainda temporalmente¹⁰⁵. Os critérios até agora utilizados

providenciará o extraditado com um julgamento justo e equitativo nos termos da sua lei de processo, e de que, de todo o modo, essa não é uma questão para os Tribunais avaliarem, mas sim para o executivo – DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, “Reconciling extradition with Human Rights”, *in* American Journal of International Law, Vol. 92, nº 2, Abril 1998, pág. 189 e 190.

¹⁰² § 86 de Soering. No mesmo sentido e bastante esclarecedor quanto às consequências de tal visão, apesar de se referir aos parâmetros nacionais (constitucionais), KELLER, Rainer, “Auslieferung und Grundrechte”, *in* DEGENER, Wilhelm e HEGHMANN, Michael (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pág. 185: “Wenn die Bundesrepublik darauf beschränkt wäre, nur bei gesicherter Respektierung der deutschen Grundrechte oder Verfassungsgrundsätze auszuliefern, so würde der gegenseitige Rechthilfeverkehr, an dem die Bundesrepublik interessiert ist, in inakzeptabler Weise restringiert”.

¹⁰³ Como refere WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 215; no mesmo sentido, MATSCHER, Franz, “Bemerkungen zur extraterritorialen oder indirekten Wirkung der EMRK”, *in* DONATSCH, Andreas; FORSTER, Marc e SCHWARZENEGGER, Christian (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Basel, Schulthess, 2002, pág. 28.

¹⁰⁴ JANIK, Cornelia e KLEINLEIN, Thomas, “When Soering Went to Iraq...: Problems of Jurisdiction, Extraterritorial Effect and Norm Conflicts in Light of the European Court of Human Rights’ *Al-Saadoon Case*”, *in* Göttingen Journal of International Law, Vol. 1, nº 3, 2009, pág. 490.

¹⁰⁵ MATSCHER, Franz, “Bemerkungen zur...”, pág. 25.

pelo Tribunal para definir a jurisdição de um Estado, para além da tradicional delimitação territorial, foram o “exercício normal” da sua jurisdição ao longo de todo o seu território; o “controlo efectivo” da mesma em algum território fora do que seria normalmente delimitado em termos de DIP; o “conhecimento ou concordância” do Estado com algum acto individual; ou quando os seus agentes pratiquem actos “*ultra vires*”¹⁰⁶.

3.3. A soberania dos Estados e a extradição

Um dos princípios de Direito Internacional que os juízes do TEDH se esforçam por reforçar a cada julgamento (mais nos casos de expulsão ou quando se encontra em causa o deportar de um indivíduo) é a soberania dos Estados em decidir “a entrada, residência e expulsão de estrangeiros”¹⁰⁷. No entanto, o assumir de certas obrigações internacionais tem o efeito prático de limitar a soberana vontade dos Estados – e um dos instrumentos susceptível de o fazer é, sem dúvida, a CEDH, que coloca a protecção dos indivíduos num patamar superior ao dos interesses do Estado, e que por isso mesmo pode culminar no estabelecimento da responsabilidade deste. Estes princípios circulam mais ou menos livremente entre as várias possibilidades de entrega *l.s.* de uma pessoa a outro Estado¹⁰⁸.

Pelo que, apesar de não se colocar em causa essa soberania, a verdade é que a responsabilidade internacional pode ocorrer por vários motivos, e um deles será com certeza negligenciar as obrigações que para os Estados nascem a partir do momento em que aderem à Convenção, pela participação em qualquer tipo de acto (mesmo no simples facto de retirar alguém do seu território e, assim, da protecção que a CEDH confere) que tenha o efeito prático de diminuir os direitos da pessoa.

3.4. O art. 3º CEDH como direito absoluto

Já desde 78, no julgamento *Ireland v. The United Kingdom*, a tortura e tratamentos degradantes, desumanos ou cruéis foram definidos como sendo “proibidos em termos absolutos pela Convenção”¹⁰⁹, realçando o Tribunal a ideia de que não são permitidas quaisquer excepções a esse direito mesmo em tempo de guerra, estado de necessidade ou outro perigo público (art. 15º CEDH), ainda que ameace a vida da nação. A mesma ideia foi repetida no julgamento de *Soering*, indo

¹⁰⁶ Critérios resumidos em *Ilasçu*, § 312, 314 e 317 a 319. Estes, sendo os critérios que mais relevo demonstram para o nosso tema, serão os únicos expressamente referidos. Para mais desenvolvimento dos mesmos v. JANIK, Cornelia e KLEINLEIN, Thomas, “When *Soering*...”, pág. 468-482. Para mais critérios definidos pelo TEDH, v. a título informativo *European Court of Human Rights, Press Unit, “Extra-territorial jurisdiction of ECHR Member States” Factsheet*.

¹⁰⁷ *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, § 102, bem como as referências aí feitas para casos anteriores da jurisprudência do Tribunal.

¹⁰⁸ Como se pode ver pela sua referência no caso *Vilvarajah*, § 103, que faz uma alusão directa ao julgamento *Cruz Varas*, onde pela primeira vez se aplica o princípio enunciado em *Soering* a um caso de expulsão, mostrando a interligação destas matérias.

¹⁰⁹ § 163 de *Ireland*.

mesmo o Tribunal um pouco mais longe ao afirmar que “o art. 3º consagra um dos valores fundamentais das sociedades democráticas que compõem o Conselho da Europa”¹¹⁰.

A doutrina foi retirando desta ausência de exceções, mesmo nas situações mais críticas que um Estado pode viver, o carácter absoluto do direito contido no art. 3º da CEDH¹¹¹. Mas claro que isso causa desde logo um problema, que é o de definir quais são esses direitos absolutos; mais, é necessário perceber se isso torna os outros direitos protegidos pela Convenção menos importantes, ou com uma protecção menos eficaz, dado que não são absolutos.

Quanto à primeira questão, a definição de quais são os direitos absolutos, diz-nos Alan Gewirth¹¹² que um direito absoluto será aquele que, quando confrontado com outro direito, terá sempre uma maior reivindicação a ser respeitado – define-se assim como aquele direito que, independentemente das circunstâncias, obriga a que nunca seja posto em causa, e o seu conteúdo sempre respeitado, sem qualquer excepção. Então, há um certo conjunto de características que definem um direito absoluto (ainda na linha de pensamento do autor citado) – desde logo, a completa ausência de exceções ao mesmo – o que já se viu que acontece com o art. 3º, mesmo por referência directa do TEDH. Por outro lado, deve ver o seu âmbito de protecção ser definido com a maior precisão possível, apesar de isso requerer uma interpretação casuística¹¹³ (exactamente porque a protecção que confere é mais alargada, deve permitir um maior espaço interpretativo, de modo a incluir variadas situações); comparando com direitos “relativos”, se assim lhes podemos de facto chamar, estes últimos teriam algumas exceções previstas na lei, bem como um conteúdo mais definido e menos ambíguo. Isto não pode, nem deve, no entanto significar que alguns direitos são superiores a outros¹¹⁴ – todos têm o mesmo valor, apenas há alguns que admitem uma ponderação entre o interesse do indivíduo e os interesses do Estado, e outros que não. Isto traduz-se no conceito de inderrogabilidade que por natureza está contido nos direitos absolutos, uma vez que não se cogita uma hipótese onde os interesses legítimos do Estado possam implicar uma necessária derrogação desses direitos. Daí que uma terceira característica destes direitos seja a exigência de uma investigação rigorosa no que toca a uma alegação de violação dos mesmos¹¹⁵.

¹¹⁰ § 88 de Soering.

¹¹¹ Por exemplo, ADDO, Michael K. and GRIEF, Nicholas, “Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *in* *European Journal of International Law*, Vol. 9, No. 3, 1998, pág. 513.

¹¹² No seu artigo “Are There Any Absolute Rights?”, *apud* ADDO, Michael K. and GRIEF, Nicholas, “Does Article 3...”, pág. 514.

¹¹³ Como em todos os Ac. inicia o TEDH por dizer, aquilo que se pode ou não incluir no conceito de maus-tratos, em geral, “depende de todas as circunstâncias do caso” – por exemplo, § 89 de Soering. Mas uma vez definido esse escopo, torna-se “impenetrável” – na expressão de ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition...”, pág. 759.

¹¹⁴ Como aliás referem ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition...”, pág. 760.

¹¹⁵ O próprio Tribunal admite exactamente isso quando afirma que a sua avaliação dos factos na verificação destas alegações deve ser “rigorosa”, tendo em conta “o carácter absoluto do art. 3º” – v. *Vilvarajah*, § 108, e *Chahal v. The United Kingdom*, § 96.

A apreciação casuística das situações que podem ou não contrariar o art. 3º, como se pode depreender, terá que ser necessariamente subjectiva, em particular quando nos referimos a tratamentos humilhantes.

Um direito absoluto não admite, ainda, uma ponderação verdadeira entre interesses, onde se tenha demonstrado um perigo real de violação do direito do indivíduo, como se pode retirar da jurisprudência do Tribunal; mesmo casos de segurança nacional, ou quando o comportamento do indivíduo esteja em causa, não admitem um compromisso com a proibição da tortura (prospectiva, no caso da extradição)¹¹⁶. Nem em casos extremos da “luta contra o terrorismo”, nem por considerações de que tal poderia colocar em perigo os próprios fundamentos da extradição, se pode admitir que esse direito seja comprimido¹¹⁷.

Voltando de novo às características apontadas por Gewirth, afirma este que um direito absoluto deverá ainda integrar o acervo de *jus cogens*, assim imperativo e insusceptível de admitir reservas. Como já referimos, não podemos determinar com precisão quais os direitos que integram o conceito de *jus cogens*; no entanto, parece que quanto à proibição da tortura todos se encontram de acordo¹¹⁸, muito embora uma concordância internacional se possa imaginar apenas quanto aos clássicos e mais básicos elementos de tortura.

Detendo-nos um pouco nesta nota, parece-nos que uma compreensão do problema passa por um melhor entendimento do que qualificar um direito como *jus cogens* implica. Uma norma com este carácter tem-no “não apenas porque os Estados reconheceram que não devem existir derrogações às mesmas, mas também por causa dos valores que estas regras são chamadas a proteger e promover”¹¹⁹ – como surge então uma norma peremptória? No art. 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) estabelecem-se três testes:

¹¹⁶ Uma argumentação recorrente do Reino Unido é exactamente chamar à colação o risco que um determinado indivíduo representa para o país no caso de permanecer no seu território. Isso foi evidente por exemplo nos casos de Chahal e Vilvarajah, o primeiro dos quais seria um terrorista, e o segundo alegava, devido a uma situação de perseguição geral no Sri Lanka, que seria vítima de maus tratos nesse país – no primeiro caso a tensão seria óbvia para o Reino Unido, enquanto que no segundo as razões alegadas seriam a potencial “entrada de um grande grupo de pessoas”, com as consequências que isso traria para o sistema económico e social. Em Chahal, chega mesmo a afirmar que a protecção do art. 3º não seria absoluta nos casos em que um Estado queira remover do seu território um indivíduo, implicando aí uma ponderação de vários factores, sendo um deles o risco que essa pessoa representa para a segurança nacional – Chahal, § 76.

¹¹⁷ Isso mesmo é dito com toda a clareza nos § 79, 80 e 81 de Chahal. Neste sentido a CEDH confere uma protecção mais ampla aos indivíduos do que a Convenção das N.U. relativa ao Estatuto dos Refugiados, a qual permite, no nº 2 do seu art. 33º a entrega *l. s.* do indivíduo, mesmo quando corra o risco de ser perseguido, se essa pessoa constituir um perigo para o país de acolhimento.

¹¹⁸ Por exemplo, em “In the Aftermath of Soering, is interstate extradition to Virginia illegal?”, *in* Washington and Lee Law Review, Vol. 48, Issue 4, pág. 1481, já se presume que faz efectivamente parte do costume internacional a proibição de infligir tratamentos desumanos ou degradantes a uma pessoa, o que interfere agora também com a extradição; o mesmo se afirma em OETER, Stefan, “*Ius Cogens* und der Schutz der Menschenrechte”, *in* BREITENMOSE, Stephan; EHRENZELLER, Bernhard; SASSÖLI, Marco; STOFFEL, Walter e PFEIFER, Beatrice Wagner (Eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pág. 499 – a consequência da sua violação seria, como na pág. 502 se refere, uma responsabilidade internacional perante toda a comunidade, e não perante um só Estado afectado.

¹¹⁹ RAGAZZI, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 49.

- Tem que ser uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados *no seu todo* – isto não significa que todo e qualquer Estado tem que a reconhecer, mas sim que a comunidade internacional *em geral* o deverá fazer; i. é, não apenas uma facção mundial que até poderá representar a maioria, mas verdadeiramente uma diversidade de Estados que representem “áreas” do mundo (p ex. países do Oeste e Este, desenvolvidos e em evolução, etc.)¹²⁰. Tendo em conta que estas normas se aplicam a todos os Estados sem excepção, o que acontecerá se um Estado se manifestar contra essa regra sistematicamente? Ao contrário do que acontece com o simples costume internacional, um Estado não poderá alegar que desde o início da formação da norma de *jus cogens* se manifestou contra a mesma, porque “o facto de um Estado pertencer à comunidade internacional incumbe-o de aceitar as regras de *jus cogens*”¹²¹;
- Os Estados devem reconhecer que a derrogação daquela norma não é permitida – seja por Tratado ou qualquer outra forma que substitua o conteúdo daquela norma por um outro que lhe é contrário;
- A sua modificação só pode ocorrer por outra norma de *jus cogens* que regule o mesmo tema de uma forma diferente¹²².

As consequências para o nosso tema em particular serão adiante expostas.

Uma última nota a ter em atenção quanto à caracterização destes direitos absolutos prende-se com a necessidade de uma adequada reparação no caso de serem violados. No caso de Soering isso não se pode ver com clareza, uma vez que não chegou a ser extraditado na pendência do processo perante o TEDH, mas num caso posterior, o de *Iskandarov v. Russia*, a situação foi já diferente – em violação da medida provisória decretada pelo Tribunal, a Rússia extraditou (embora alegue que tal facto não se tenha devido às autoridades russas) o requerente para o Tajiquistão, onde foi efectivamente sujeito a maus tratos; por esse motivo, e chegando o TEDH à conclusão de que se encontravam preenchidos todos os requisitos para a responsabilidade do Estado, condenou-a a pagar um determinado montante a Iskandarov pelos danos sofridos¹²³.

Tudo indica, portanto, que o art. 3º pode ser considerado um direito absoluto da Convenção, afastando desse modo qualquer justificação que se possa apresentar para uma sua possível violação.

3.5. Tortura, tratamentos ou penas desumanas ou degradantes

A grande pedra de toque em todos estes Acórdãos é precisamente tentar perceber, e assim definir, o que se entende por maus tratos (*lato sensu*). Embora

¹²⁰ RAGAZZI, Maurizio, *The Concept...*, pág. 56.

¹²¹ Afirmação de Lachs, *apud* RAGAZZI, Maurizio, *The Concept...*, pág. 68. Para mais desenvolvimentos na comparação entre o costume internacional e o *jus cogens*, v. a obra citada.

¹²² RAGAZZI, Maurizio, *The Concept...*, pág. 59.

¹²³ § 131, 134, 135 e ponto 4 da conclusão do Tribunal em *Iskandarov*.

várias situações se apresentem nos casos analisados pelo TEDH, a verdade é que a própria formulação do art. 3º comporta a inclusão de muitos comportamentos.

No julgamento da Irlanda o TEDH fez de facto uma aproximação ao que se pode considerar ser a distinção entre estes três níveis de maus tratos¹²⁴:

- Tratamento desumano – aqueles que causam “se não lesões corporais, pelo menos um intenso sofrimento físico e mental às pessoas sujeitas” a esse tipo de tratamento, levando mesmo a “severos distúrbios psiquiátricos”, sendo aplicados durante um considerável período de tempo;
- Tratamento degradante – aquelas práticas que têm como consequência a indução de “sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhar e rebaixar [as vítimas], e possivelmente quebrar a sua resistência física ou moral;
- Tortura – as condutas que têm um “estigma especial”, normalmente com um objectivo (como a extracção de confissões), que é acoplado a um “tratamento desumano que causa um sofrimento muito sério e cruel”.

É por isso, como ainda refere o Tribunal, uma “diferença na intensidade do sofrimento infligido”. Isto não significa, deve-se reforçar, que qualquer um deles atinja uma maior protecção do que os restantes; esta distinção serve apenas, por um lado, para determinar a gravidade do tratamento em causa e existir alguma distinção lógica entre os conceitos assim referidos, e por outro para ajudar a determinar, em caso de violação do art. 3º, qual o montante a ser atribuído à vítima (o qual dependerá dos efeitos que isso teve¹²⁵). Estas noções não devem ainda ser vistas como fixas e intransigíveis – o Tribunal reserva para si uma certa flexibilidade¹²⁶ no preenchimento do conceito, de forma a proceder a uma interpretação actual da CEDH de acordo com as evoluções que se vão verificando na política criminal dos Estados¹²⁷.

Isso leva a que alguns autores se questionem sobre o sucessivo “baixar de padrões” para que tende o TEDH na definição do que é ou não uma violação do art. 3º, argumentando que isso poderá, ao invés de alargar a protecção que se quer atribuir aos indivíduos, ter o efeito perverso de a diminuir¹²⁸, através da colocação em causa do respeito que estas formas de tratamento foram adquirindo (dito de outro modo, ao se ter a pretensão de proteger tudo, acaba na verdade por não se conseguir proteger nada da forma devida). Uma devida atenção não poderia ser dada ao

¹²⁴ § 167 de Ireland.

¹²⁵ MCBRIDE, Jeremy, “Imperfect Limits to Unacceptable Treatment”, *in* European Law Review Human Rights Survey, 2000, pág. 42.

¹²⁶ *D. v. The United Kingdom*, § 49.

¹²⁷ § 102 de Soering. Alguns dos variados comportamentos qualificados como violadores do art. 3º incluem a detenção e deportação de uma criança sem possibilidades de ser visitada pela família (art. violado tanto em relação à criança como à sua mãe) – *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, § 50 a 63. As condições nas prisões são também analisadas, mas como referido Shamayev, § 338, o sofrimento deve ser considerado apenas na medida em que exceda aquele que resulta da imposição de uma pena legítima – p. ex. *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom*, § 166 ss em relação à prisão solitária, medidas de segurança especiais, ao exercício físico, saúde mental e penas de prisão perpétuas.

¹²⁸ É a opinião de MCBRIDE, Jeremy, “Imperfect Limits...”, pág. 33.

problema sem uma comparação entre os vários julgamentos de Estrasburgo, tentando perceber até que ponto é que esta alegação poderá ter um fundo de verdade. Para esse efeito, iremos efectuar uma primeira enunciação do que já foi considerado uma violação do art. 3º, para depois proceder a uma análise conjunta de 4 casos específicos.

É óbvio que a qualificação de “tortura” é sempre reservada para aqueles tratamentos que mais impressionam o sentido de justiça e humanidade pretensamente comuns às sociedades actuais; mas o conceito de tratamentos desumanos ou degradantes mostra-se um pouco mais abrangente, incluindo o abuso de prisioneiros, as condições existentes nas prisões, a destruição de propriedade, expulsões coercivas, etc.¹²⁹ E com o decorrer dos anos e da jurisprudência, comportamentos que não seriam em 1950 (com a adopção da CEDH) passíveis de integrarem alguns dos direitos aí referidos, são hoje vistos como intoleráveis no seio dos Estados que se comprometeram no respeito à Convenção e direitos humanos em geral. E é esta evolução que se quer mostrar nos casos provenientes do Tribunal, e não uma admissão generalizada de que qualquer comportamento consiste na violação do art. 3º.

3.5.1. Soering v. Harkins

Para que alguma prática caia dentro do âmbito de protecção da Convenção, mais especificamente no escopo do art. 3º, é necessário, desde logo, que atinja um “nível mínimo de severidade”¹³⁰; o problema é, pois, conseguir avaliar no caso se existe ou não esse nível mínimo.

No caso de Soering o que estava em causa era a sua submissão ao “corredor da morte”, e enquanto que a Comissão não considerava esse facto suficientemente grave para chegar a ser uma violação do art. 3º, o TEDH, tendo em atenção a demora que ocorreria até ao executar da sentença, em conjugação com as condições em que ficaria detido, a sua idade, saúde mental e a possibilidade de extradição para a Alemanha, determinou que isso consubstanciaria um tratamento para além daquele permitido pelo art. 3º. Os argumentos que utilizou foram os seguintes:

- A demora no procedimento, apesar de ser maioritariamente causada pelo arguido, foi vista como normal, dado que faz parte da natureza do ser humano “agarrar-se à vida através da exploração [das garantias legais] ao máximo”¹³¹, atribuindo assim a responsabilidade ao Estado, e não ao arguido;

¹²⁹ Para uma lista mais pormenorizada, v. GOMIEN, Donna, “Short Guide to the European Convention on Human Rights”, pág. 21 e ss.

¹³⁰ Como desde o caso Ireland se vem reiterando em cada julgamento do TEDH – a título de exemplo, § 162 Ireland; § 100 de Soering; e ainda § 69 do julgamento *Soldatenko v. Ukraine*. A avaliação em concreto desse risco será alvo de mais detida análise num ponto posterior do trabalho, mas por agora deve ser referido que depende de uma apreciação das condições do caso, como “a duração do tratamento, os seus efeitos físicos ou mentais, e em alguns casos, o sexo, idade e estado da vítima, etc.”.

¹³¹ § 106 de Soering. De facto, como refere Schabas, William A., *The Death Penalty As Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged In the World's Courts*, Boston, Northeastern University Press, 1996,

- Reconhece que as restrições operadas no regime de detenção dos indivíduos condenados à morte tenham que ser maiores, mas essas condições são agravadas pelo facto de serem sujeitos às mesmas durante um período alargado de tempo¹³²;
- Reconhece de igual modo que a lei da Virgínia atribui importância tanto à idade como à condição mental da pessoa, mas conclui que essa garantia só por si não pode retirar esses factores daqueles que o Tribunal acha relevantes para determinar a exposição de Soering ao corredor da morte¹³³;
- Admite que a introdução de uma desigualdade no presente julgamento poderia advir da consideração de uma jurisdição alternativa disposta a assumir o caso, mas não pode deixar de ter isso em conta, uma vez que contribui para asseverar da necessidade e proporcionalidade de o submeter a tal cruel tratamento (no caso de ser extraditado) quando existe uma opção viável¹³⁴.

A conclusão neste caso foi que a extradição violaria o art. 3º da CEDH.

Vejam agora outro caso, este mais recente, em que as circunstâncias são similares – no julgamento de *Harkins and Edwards v. The United Kingdom*, ambos os requerentes colocaram um problema de violação do art. 3º no caso de serem extraditados para os EUA – os crimes poderiam ser punidos com pena de morte, mas ao contrário do que acontecia em Soering, não havia intenção de realmente aplicar ou pedir. Existia, no entanto, a possibilidade de lhes ser aplicada a pena de prisão perpétua sem liberdade condicional, algo que também alegavam cair dentro da protecção do art. 3º. Uma outra semelhança com o caso anterior era a idade dos arguidos, algo que invocavam para justificar a desproporcionalidade que tal condenação assumia nos seus casos em particular; Harkins referia também a sua condição mental, e por último a existência de uma jurisdição alternativa, uma vez que era cidadão inglês e podia por isso ser no Reino Unido julgado pelo homicídio que cometeu.

O Tribunal foi cauteloso a avaliar a questão da imposição de penas legítimas de outro Estado a crimes cometidos no seu território, tendo em conta a existência de notas diplomáticas¹³⁵, e colocando em evidência que não é qualquer violação que poderá

pág. 104, casos há em que a pessoa condenada a pena de morte renuncia a todos os recursos disponíveis apenas para evitar essa longa demora, concluindo o autor, por causa disso, que a condenação à pena de morte é, só por si, já uma pena.

¹³² § 107 de Soering.

¹³³ § 109 de Soering.

¹³⁴ § 110 de Soering. O Tribunal constata aqui que os acordos de extradição são necessários e importantes no combate à criminalidade, nomeadamente para que não se formem “portos seguros” para criminosos no seguimento de um determinado Estado ser muito garantista ou estar demasiado limitado nas extradições que pode legitimamente efectuar. No entanto, temos que nos perguntar que interesses são esses, e se não poderiam neste caso ser atingidos de outro modo. E de facto, se pensarmos que a extradição pretende fazer com que os crimes cometidos sejam efectivamente julgados, e ponderarmos a existência do antigo princípio *aut dedere aut judicare*, vemos que os fundamentos da extradição poderiam não ficar abalados se Soering fosse levado a julgamento na Alemanha, em vez de nos EUA, sendo que naquele não se levantaria o problema dos direitos humanos. Neste mesmo sentido vai o § 111 de Soering, e ainda PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 72 e 73.

¹³⁵ § 125 de Harkins, p. ex.

impedir automaticamente a extradição¹³⁶. Após uma análise das sentenças de prisão perpétuas que podem existir, o TEDH considerou que apenas no caso de ser uma pena obrigatória de prisão perpétua sem a possibilidade de liberdade condicional poderia existir uma eventual violação do art. 3º, se essa pena fosse manifestamente desproporcional¹³⁷.

Apenas numa breve reflexão quanto a esta conclusão do Tribunal, podemos dizer em geral que o princípio da proporcionalidade (ínsito no nº 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa) se desdobra em três subprincípios¹³⁸ – o princípio da adequação, o qual dita que as medidas de restrição aos direitos fundamentais devem ser as adequadas para que se prossigam os fins visados pela lei (no caso do Direito Penal, os fins das penas); o princípio da exigibilidade ou necessidade, cujo conteúdo se dirige a afirmar a estrita necessidade das medidas adoptadas, não existindo outras menos onerosas que protegessem aqueles fins de forma adequada; e por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que realça a importância de um equilíbrio efectivo entre a restrição ao direito fundamental (no nosso caso, o desvalor da pena aplicada) e o benefício que a mesma trará (simplificando, a protecção de bens jurídicos penalmente relevantes).

Em relação agora ao campo específico do Direito Penal, a proporcionalidade afere-se tendo em atenção a relação estabelecida entre a sanção cominada e a gravidade do facto cometido, sendo esse equilíbrio visto como uma questão de justiça. Mas existe ainda uma particularidade adicional – as sanções penais expressam sempre um juízo de censura ao agente (passível de culpa), e portanto pretende-se que essas duas grandezas, de censura e sanção, possuam entre si uma certa analogia – analogia esta que não se prende com as concepções retributivas, mas apenas com o definir do limiar máximo de sanção pelo quantitativo de culpa demonstrado.

Quanto ao escopo que aqui nos diz respeito, e tendo em atenção que o princípio da proporcionalidade *lato sensu* surge como “um meio para *restringir* o poder de castigar do Estado e especialmente para limitar as sanções severas”¹³⁹, concorda-se plenamente com a doutrina já assente em Portugal, no sentido de considerar a pena de prisão perpétua “uma pena cruel e desnecessária”¹⁴⁰ – o que significa, portanto, que não será nunca proporcional, no sentido acima esclarecido.

Apesar destas considerações, o Tribunal cuidadosamente afirma uma possível incompatibilidade desta sanção com a CEDH¹⁴¹, declarando que tal só se demonstrará

¹³⁶ § 129 de Harkins.

¹³⁷ § 138 de Harkins.

¹³⁸ Em CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 392.

¹³⁹ HIRSCH, Andrew von, *Censurar y Castigar*, Editorial Trotta, 1998, pág. 140.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2009, pág. 52.

¹⁴¹ Também no caso de Babar, já citado, se analisa esta questão, admitindo o Tribunal que um teste sobre a “manifesta desproporcionalidade” de uma pena deve ser rigoroso e cuidadoso, pois não se quer impor a CEDH a outros países que não a assinaram; têm ainda em conta que as penas variam consideravelmente entre os Estados, e portanto só num caso extremo se poderia impedir a cooperação devido a se considerar uma pena legítima contrária ao art. 3º – § 235 ss.

quando não se justifique, por quaisquer razões penológicas legítimas, a continuação da pena de prisão perpétua naquele caso; ou quando se verifique que essa pena cominada não poderá ser reduzida *de jure* e *de facto*, independentemente das circunstâncias específicas do caso¹⁴².

Chegou assim à conclusão de que nenhuma das situações apresentadas perante si poderia significar uma violação do direito da CEDH, e bem assim, não se poderia visualizar uma responsabilidade do Reino Unido no caso de prosseguir com a extradição¹⁴³.

3.5.2. D. v. N.

Apesar de pela comparação anterior já se conseguir perceber que os obstáculos que o TEDH coloca à extradição são rigorosamente avaliados, demonstraremos com mais dois casos parecidos que o que se pretende não é ampliar de tal modo o escopo do art. 3º que na prática se comece a desconsiderar o nível de seriedade que estas condutas atingem.

D. era um natural de São Cristóvão (Federation of St. Kitts and Nevis, no original), apreendido no Reino Unido por posse de droga. No decorrer do cumprimento da sua pena, no seguimento de um surto de pneumocistose, foi-lhe diagnosticada SIDA (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida), tendo sido iniciado tratamento. O requerente foi transferido para um asilo que se ocupa apenas de doentes com SIDA, proporcionado por uma organização de caridade, onde recebia os medicamentos adequados e apoio psicológico (pois a sua expectativa de vida não era superior a doze meses de vida, mesmo com o tratamento especializado que recebia). Esses medicamentos não existiam em São Cristóvão, nem uma instalação hospitalar que se ocupasse a tempo inteiro da sua pessoa (só o fariam se ocorresse alguma infecção ocasional, até que melhorasse da mesma), o que seria problemático dado que não possuía familiares na ilha nem alojamento próprio – seria por isso forçado a viver em condições insalubres, que diminuiriam para menos de metade a sua já reduzida esperança de vida. A Comissão considerou que haveria responsabilidade do Estado caso o removesse do seu território, “muito embora o risco de ser sujeito a um tratamento desumano e degradante proviesse de factores pelos quais as autoridades [de São Cristóvão] não pudessem ser responsabilizadas”¹⁴⁴; em consonância com isso, o Tribunal admite que até então o problema apenas tinha surgido no que concerne à actuação intencional das autoridades do Estado para onde será transferido o indivíduo, mas que a flexibilidade do art. 3º não precludia uma avaliação da pretensão de D., mesmo que “a fonte do risco (...) derive de factores” que não podem directamente responsabilizar esse Estado.

¹⁴² § 138 de Harkins. Em Babar esclarecem (§ 242) que a imposição de uma pena deste tipo não é automaticamente considerada violadora do art. 3º, mas apenas que torne esse facto mais provável do que as outras modalidades de pena de prisão perpétua referidas no Ac.

¹⁴³ § 140, 141 e 142 de Harkins.

¹⁴⁴ § 45 do caso de D.

Assim, conclui que os efeitos da sua remoção do Reino Unido seriam “dramáticos”, e embora reitere que os indivíduos não possam em princípio objectar à sua expulsão para que continuem a beneficiar de apoios que o Estado faculta, neste caso as considerações humanitárias levaram a que uma violação ao art. 3º fosse afirmada caso o Estado procedesse à sua remoção¹⁴⁵.

Num outro caso mais recente, *N. v. The United Kingdom*, a situação era similar – a requerente alegava que ao ser enviada para o Uganda não iria ter acesso aos medicamentos necessários para o tratamento da sua doença (de novo SIDA), o que seria uma violação do art. 3º, mencionando ainda a sua retirada do seio de toda a comunidade de apoio que entretanto tinha adquirido. Alguns dados mostravam que existem medicamentos disponíveis no Uganda, apesar de não serem em quantidade suficiente para tratar todas as pessoas que deles necessitavam¹⁴⁶; a requerente alegava ainda que apesar de possuir familiares, estes não poderiam ou quereriam cuidar de si.

O Tribunal manteve o elevado limiar de relevância que delineou no caso anterior, considerando que a disparidade existente quanto a recursos de saúde e avanços nessa área entre os vários Estados não poderiam por si só justificar uma violação do art. 3º, uma vez que não incumbe aos Estados prover essas condições a qualquer pessoa que não tenha o direito de permanecer no seu território apenas porque são melhores do que no seu país de origem¹⁴⁷. Assim sendo, e porque a sua situação é estável (apenas se deterioraria em alguns anos se não recebesse o tratamento adequado), e não se encontra portanto no extremo que era a de D. (porque se deveria ter também em vista que uma evolução no campo médico no tratamento da SIDA não era impossível ao longo desse período de tempo), o TEDH decidiu não considerar a sua expulsão um comportamento susceptível de fazer incorrer o Reino Unido em responsabilidade¹⁴⁸.

Pelos casos expostos, não se considera ter razão a crítica tecida de que a jurisprudência do TEDH tende a alargar desmesuradamente o âmbito do art. 3º.

3.6. Teoria ou prática nas garantias prestadas?

O procedimento comum quando um Estado se encontra na delicada posição de optar por uma de duas obrigações internacionais concorrentes, a saber, a de extraditar ou respeitar os direitos humanos, é numa primeira fase pedir garantias ao Estado requerente de que o comportamento em violação do direito em questão não será adoptado. A partir daí, e se estas forem suficientes, poderá extraditar o indivíduo e cumprir assim ambas as suas obrigações de uma maneira satisfatória para os envolvidos. Mas a questão inevitavelmente surge sobre se se exige que essas garantias

¹⁴⁵ § 52, 53 e 54 de D.

¹⁴⁶ § 48 do caso de N.

¹⁴⁷ § 44 de N. No parágrafo seguinte o TEDH explicita que as considerações tecidas poder-se-ão aplicar a qualquer doença grave, desde que os parâmetros de exigibilidade impostos estejam preenchidos.

¹⁴⁸ § 50 de N.

sejam apenas formais, isto é, se foram prestadas pela entidade competente e se existem de facto na lei desse país; ou se se exige ainda que se verifique, na prática do Estado requerente, o respeito ou não dessas garantias.

Iniciando pela questão de menor complexidade, em *Soering* as garantias prestadas em relação à não aplicação da pena de morte não foram consideradas suficientes, não porque existisse uma prática diferente daquela que resultaria da obediência à lei, mas porque de facto não garantiam a não aplicação da pena de morte¹⁴⁹. Já no caso de *Chahal* a situação era diferente – a Índia prestou garantias de que nenhum tratamento diferenciado iria ocorrer naquele caso¹⁵⁰, mas o TEDH desconsiderou a possibilidade das mesmas se cumprirem efectivamente, dado que as violações de direitos humanos nesse país continuavam a ser flagrantes¹⁵¹.

No caso de *Saadi v. Italy*, o argumento era apenas o de a Tunísia ter ratificado Tratados internacionais para a não violação de direitos humanos, e possuir leis internas conformes a essas obrigações assumidas. No entanto, também aí o Tribunal considerou que esse facto não era suficiente para garantir que os seus direitos seriam respeitados, tendo em conta relatórios fiáveis que davam conta de práticas que não se encontravam conformes à protecção conferida pela CEDH; reservou-se ainda o direito de avaliar quaisquer garantias que tivessem sido prestadas¹⁵².

Podemos referir ainda que em *Soldatenko* foram prestadas garantias acerca do tratamento do indivíduo¹⁵³, e mais uma vez o TEDH foi peremptório na sua afirmação de que as possibilidades práticas de serem respeitadas deveriam ser avaliadas pelo Tribunal¹⁵⁴.

Por fim, num último caso relevante, o TEDH compilou toda uma doutrina para avaliação das garantias prestadas, reafirmando assim indiscutivelmente a sua interpretação no sentido dos países signatários da Convenção lhe terem atribuído essa competência. Referimo-nos aqui ao caso de *Othman*¹⁵⁵, posteriormente analisado com maior detalhe no que concerne ao art. 6º da CEDH. Neste Ac. definiram-se alguns critérios para avaliação das garantias prestadas, no sentido de procurar determinar a sua fiabilidade e probabilidade de serem cumpridas; assim, foram referidos os seguintes critérios:

- Se o Tribunal foi informado dos precisos termos das garantias;
- Se as garantias têm um carácter vago ou preciso (i. é, se se referem a uma situação em geral ou se dirigem especificamente à(s) pessoa(s) em causa);
- Quem prestou as garantias e se essa pessoa pode vincular o Estado para onde se pretende transferir o indivíduo;

¹⁴⁹ § 97 e 98 de *Soering*.

¹⁵⁰ § 37 de *Chahal*.

¹⁵¹ § 105 de *Chahal*.

¹⁵² § 147 e 148 de *Saadi*. Esta posição foi repetida depois, p. ex., em *Khaydarov v. Russia*, § 105.

¹⁵³ § 16 de *Soldatenko*.

¹⁵⁴ § 69 de *Soldatenko*.

¹⁵⁵ Para o que este aspecto releva, veja-se em particular o § 186 a 189 de *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*.

- Se as garantias forem prestadas por membros do Governo central, se se pode prever que serão cumpridas pelos órgãos internos do Estado¹⁵⁶;
- Se as garantias dizem respeito a um tratamento considerado legal ou ilegal nesse Estado;
- Se foram prestadas por um Estado parte da CEDH;
- O tipo de relação existente entre os Estados envolvidos na entrega *l. s.*, e se a prática do Estado de destino é de cumprimento ou não das garantias prestadas;
- Se o cumprimento das garantias poderá ser acompanhado posteriormente à entrega no Estado de destino;
- Se existe um sistema de protecção contra a tortura;
- Se a pessoa em causa já foi sujeita a maus tratos *l. s.* nesse país;
- E se a fiabilidade das garantias foi avaliada pelos Tribunais domésticos do Estado de custódia actual do indivíduo¹⁵⁷.

Fica claro, assim, que o TEDH não se conforma com a existência de parâmetros de protecção adequados ao nível legislativo, mas preocupa-se, e bem, com as actividades que, apesar dessas leis, são mantidas nesses Estados.

3.7. Avaliação da responsabilidade do Estado extraditante

No que concerne estritamente a este ponto, há necessariamente duas questões a ter em conta – deve existir uma prova suficiente de que há um risco sério de o indivíduo ser submetido a um tratamento contrário à CEDH. Esses dois quesitos serão abordados individualmente, bem como em que se traduz em concreto essa responsabilidade.

3.7.1. As razões substanciais (“*substantial grounds*”)

Em *Soering* pode ler-se que a responsabilidade do Estado pode ser estabelecida quando “razões substanciais tenham sido demonstradas”¹⁵⁸ pelo requerente em relação à sua situação de prospectivos maus tratos. Mas em que consistem estas razões? E quando são suficientes?

¹⁵⁶ Aqui devemos ter em conta tanto a vinculação internacional do Estado como a interna. Para melhor explicarmos este ponto atentemos brevemente na nossa jurisprudência constitucional – nos Ac. nº 417/95, 430/95 e 449/95 a situação em causa era precisamente a existência de garantias de não aplicação da pena de morte aos extraditandos, prestadas pelo Ministro da Segurança Pública da China, como “um acto jurídico unilateral de um sujeito de direito internacional (...) e, assim, vinculativo” – Tribunal Constitucional, *Extradição e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade*, XIV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2012 (cópia cedida pelo Tribunal Constitucional português), pág. 28. Estas garantias foram tidas como não suficientes, uma vez que não vinculavam os aplicadores do Direito (não vinculavam o Estado internamente).

¹⁵⁷ Esta lista já foi posteriormente utilizada pelo TEDH no caso *Yefimova v. Rússia*, em particular o requisito do carácter individual das garantias e do acompanhamento do seu cumprimento. Concluindo que seriam demasiado gerais para que oferecessem uma protecção real, decidiu o Tribunal que não seriam suficientes para afastar o risco de maus tratos no Cazaquistão – § 203.

¹⁵⁸ § 91 de *Soering*.

Neste Ac. o extraditando, uma vez que alegava a violação do art. 3º através do corredor da morte, teria que demonstrar dois factos distintos – primeiro, que existia uma grande probabilidade da pena de morte lhe ser aplicada (pois só assim experienciaria esse fenómeno de maus tratos), e segundo, que o corredor da morte é em si uma prática contrária à CEDH. Como já se referiu acima, o TEDH apreciou todos os elementos introduzidos pelas partes, incluindo as garantias prestadas, as condições existentes na prisão para onde iria Soering, bem como todos os outros argumentos, e concluiu de facto pela existência de um risco de ser sujeito a essa pena¹⁵⁹, com todas as consequências que isso traria. Foi, pois, uma avaliação conjunta dos factos que levou a esta conclusão.

A partir de Soering seria inevitável o surgimento de mais casos similares; e assim, este requisito veio tomar contornos mais definidos. No caso de Vilvarajah, o que estava em causa era a fuga de vários nacionais do Sri Lanka, de etnia Tamil, que nos anos 80 eram na generalidade perseguidos, atacados e interrogados pelas autoridades do Sri Lanka (nomeadamente pelo exército e tropa naval); o que muitos jovens de então fizeram foi fugir para o Reino Unido, muitas vezes com documentos falsos, para tentar escapar da violência que se vivia no seu país. No caso dos quatro requerentes aqui em causa, o asilo político foi-lhes negado, e foram de facto removidos para o Sri Lanka, local onde todos foram interrogados, e dois deles vieram a sofrer maus tratos. O Tribunal não considerou que tivesse existido violação do art. 3º com esse acto do Reino Unido.

Para perceber o porquê desta decisão do TEDH devemos perguntar-nos desde logo que fontes é que este utiliza quando averigua da existência ou não de prova suficiente. Como princípio base, avalia obviamente as provas que até ele são trazidas pelas partes, podendo ainda procurar informação *proprio moto*¹⁶⁰; normalmente estes casos exigem um bom conhecimento da situação num determinado país, pelo que recorrem também a relatórios de organizações independentes que se dedicam exclusivamente a examinar o estado de cumprimento dos direitos humanos em vários Estados¹⁶¹.

Mas para que o Tribunal estabeleça a responsabilidade de um Estado apenas pelo facto de retirar do seu território uma pessoa, não basta que se prove uma geral situação de perseguição ou violência; é ainda necessário que aquela pessoa em particular sofra um risco acrescido e pessoal de vir a ser vítima de um tratamento contrário à CEDH caso venha a ser expulsa ou extraditada¹⁶². Exige-se então uma prova concreta do risco que essa pessoa corre, para além dos elementos gerais da violação de direitos humanos no país em causa¹⁶³.

¹⁵⁹ § 111 de Soering.

¹⁶⁰ § 128 e 129 de Saadi. Dadas as circunstâncias nestes casos, não se poderá exigir uma prova absoluta de tudo o que alegam. Por esse motivo tem o TEDH que ser mais leniente, como refere também o Tribunal Constitucional espanhol, *Extradición y euroorden...*, pág. 29: “dadas las dificultades probatorias existentes, no debe exigirse que acredite de modo pleno y absoluto la vulneración pasada o futura de sus derechos en el extranjero”.

¹⁶¹ Chahal, § 99 e 100; Saadi, § 131.

¹⁶² Isso mesmo é dito no § 111 de Vilvarajah.

¹⁶³ É o que resulta dos § 70 e 73 de Mamatkulov.

Mas pode acontecer que as partes apresentem provas conflituantes em relação a determinados eventos, caso em que o TEDH será chamado não apenas a avaliar a situação de acordo com a Convenção que aplica, mas também, e antes disso, a *definir* essa situação. Quando tal ocorre, e dada a natureza dos direitos em causa, adota o Tribunal a mesma regra dos Tribunais domésticos – terá que estar convencido, *para além de qualquer dúvida razoável*, dos acontecimentos que tiveram lugar¹⁶⁴. Este critério, no entanto, mostra-se mais fluido e flexível do que nos processos domésticos, uma vez que os juízes se reservam o direito de retirar conclusões da “apreciação livre de todas as provas”, o que inclui, por exemplo, inferências ou presunções de facto, quando estas se mostrem suficientemente claras e não sejam desacreditadas ou contrariadas¹⁶⁵.

A distribuição do ónus da prova nestes casos também pode variar – enquanto que, normalmente, cabe a quem faz as alegações produzir provas que as sustentem (*affirmanti incumbit probatio*), nos casos em que esta prova se encontra na posse das autoridades estatais caberá ao Estado demandado contrariar e explicar as alegações feitas pela outra parte; não o conseguindo fazer satisfatoriamente, presumir-se-á que os acontecimentos, tal como descritos pelo indivíduo, são os verdadeiros¹⁶⁶.

Uma excepção à regra geral do risco individual toma forma apenas no caso do requerente pertencer a um grupo sistematicamente perseguido¹⁶⁷, como era o caso em Saadi – provou-se que os julgamentos na Tunísia para todos aqueles acusados de práticas de terrorismo eram manifestamente injustos, dando lugar, na prisão, a práticas de tortura e maus tratos generalizados, resultando na deterioração da saúde dos condenados. Assim, o Tribunal satisfaz-se quando se prove, nestes casos, que esse determinado grupo de pessoas é realmente alvo de perseguição e maus tratos sistemáticos, bem como a prova de que o requerente pertence efectivamente a esse grupo¹⁶⁸. Esta situação é tanto assim, e a protecção do art. 3º tão absoluta que, uma vez demonstrado este risco, uma acção contrária por parte do Estado que o acolhe no momento terá como consequência a sua responsabilidade ao abrigo da CEDH, sem poder mesmo considerar os efeitos negativos que isso terá para o seu próprio país¹⁶⁹.

¹⁶⁴ *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, §151.

¹⁶⁵ *El-Masri*, §151.

¹⁶⁶ *El-Masri*, §152. Também quando uma situação deve ser conhecida das autoridades não se poderá pedir ao requerente que demonstre tudo o que alega até à exaustão – *M.S.S. v. Belgium and Greece*, § 352.

¹⁶⁷ E quando se diz aqui “sistematicamente perseguido” é com a intenção de assim distinguir da situação descrita no caso de *Vilvarajah* – nesse caso, eram pessoas de uma determinada etnia perseguidas, mas não todas, e não de forma sistemática. Os incidentes descritos no Acórdão eram dirigidos a pessoas aleatórias pertencentes aos Tamil, e maioritariamente a jovens do sexo masculino, que se pensava estarem mais ligados a actividades políticas separatistas.

¹⁶⁸ § 132 de Saadi.

¹⁶⁹ § 139 de Saadi. A avaliação do risco a que o TEDH procede é, de facto, muito simplista, conforme neste parágrafo se descreve: “ou a prova aduzida revela que há um risco substancial se a pessoa for enviada de volta, ou não”. Quaisquer outras considerações não têm lugar quando o que se encontra em causa é uma violação do art. 3º. No parágrafo seguinte diz-se ainda que uma prova mais exigente nos casos em que interesses ponderosos do Estado estivessem em causa não seria compatível com a natureza absoluta do art. 3º. Mais, não se vê como a prova poderia ser mais rigorosa, uma vez que a situação é prospectiva, e os padrões probatórios que o TEDH colocou são bastante altos por si mesmos.

3.7.2. O risco real (“*real risk*”)

O outro elemento mencionado em *Soering* para que se determine a responsabilidade do Estado extraditante é a existência de um risco real¹⁷⁰, para aquela pessoa, de vir a ser sujeita a situações que não se coadunam com a protecção conferida pela CEDH. Todas as considerações tecidas no ponto imediatamente anterior quanto ao que é esse risco cabem aqui também. No entanto, há algo mais que deve ser avaliado no que diz respeito a este requisito.

A avaliação do risco tal como definida tem que ser feita em algum momento do processo, pelo que é necessário definir qual dos vários possíveis será o mais adequado, uma vez que em termos de situações internacionais muito pode mudar num curto espaço de tempo. Assim sendo, será no momento de entrada do processo no TEDH? Ou no início dos procedimentos com o Estado extraditante?

Essa questão não é referida no nosso caso pioneiro, uma vez que a medida provisória foi cumprida pelo Reino Unido, e a situação permaneceu inalterada até ao fim do julgamento. No entanto, o mesmo não aconteceu no caso de Cruz Varas, um opositor ao regime do General Pinochet no Chile que se deslocou para a Suécia, país que lhe recusou asilo político e o expulsou de novo para o Chile. Uma vez que o alegado era que essa expulsão colocaria em causa a protecção oferecida pelo art. 3º (e ainda a natureza da responsabilidade do Estado, que será tida em conta de seguinte), o TEDH chegou à conclusão de que a responsabilidade do Estado só poderia ser avaliada tendo em conta os elementos de prova de que a Suécia dispunha quando executou essa decisão; no entanto, o Tribunal não se coíbe de apreciar os acontecimentos posteriores, os quais podem ser importantes para determinar se o juízo realizado pelo Estado extraditante teria ou não razão de ser¹⁷¹.

Já num caso posterior, o de *Chahal*, o Tribunal foi confrontado com a insuficiência desse critério, pois existia uma decisão para retirar o requerente do território do Reino Unido, mas esta não tinha ainda sido executada, devido ao julgamento em curso no TEDH – daí que, mais uma vez tendo em atenção os elementos acima referidos, o Tribunal considerou que o momento relevante para apreciação do risco sério o então actual, uma vez que ainda não tinha existido por parte do Estado nenhum comportamento que violasse a CEDH¹⁷².

Esta apreciação é tanto assim que, mesmo na eventualidade dos indivíduos serem retirados do território do Estado e virem de facto a sofrer maus tratos, se os elementos de prova existentes à altura relevante para apreciação do risco não fossem suficientes para permitir com segurança prever a efectivação dos comportamentos contrários à CEDH, a responsabilidade do Estado não se chega a efectivar¹⁷³.

¹⁷⁰ § 91 de *Soering* .

¹⁷¹ § 76 de Cruz Varas.

¹⁷² § 86 de *Chahal*.

¹⁷³ Foi o que veio a suceder em *Vilvarajah*, § 112.

A conclusão a que se pode chegar após consideração destes princípios é a de que o Tribunal se afastou, como não poderia deixar de ser em situações de extradição ou expulsão, do tradicional juízo *ex post facto*¹⁷⁴, o que se pode justificar por vários motivos – existe um risco, que ainda se pode prevenir, da ocorrência de um sofrimento sério por parte do requerente; para além disso, a Convenção (e ainda mais o art. 3º) existe para proteger certos ideais de democraticidade e padrões de comportamento, razão por que esse artigo tem uma natureza tão absoluta como aquela que foi sendo delineada pelo Tribunal¹⁷⁵. Este princípio pode não se compreender por inteiro quando se pensa que o que está aqui nas mãos do Tribunal é a responsabilidade de um Estado; no entanto, isso não é de facto assim. O que o TEDH faz, quando a situação é apenas prospectiva, é *recomendar* ao Estado que não extradite, sob pena de incorrer em responsabilidade se o fizer, pois violaria a CEDH. Esta questão fica, ainda assim, inteiramente dependente da vontade dos Estados, uma vez que uma declaração de responsabilidade futura não tem grandes efeitos jurídicos. No entanto, uma decisão contrária à opinião do TEDH, mesmo que os maus tratos não se viessem a verificar, violaria também as obrigações dos Estados em relação ao art. 53º da CEDH¹⁷⁶.

3.7.3. Em que se traduz essa responsabilidade?

A exposição feita em *Soering* é muito clara quanto a este facto – a responsabilidade do Estado extraditante, e só deste, reside no facto de ter adoptado um comportamento que tem como directa consequência a exposição da pessoa a um tratamento contrário à CEDH – o que resulta, portanto, numa verdadeira “obrigação de não extraditar” quando os requisitos acima se encontrem preenchidos¹⁷⁷. E isto é assim porque a extradição não é “um acto neutro”¹⁷⁸, ficando os Estados também responsáveis pelo actos que ocorrerem fora da sua jurisdição se tal fosse previsível. Uma efectiva protecção dos direitos dos indivíduos pode levar, naturalmente, a uma restrição da soberania dos Estados, em função da incompatibilidade de uma interpretação restritiva dos direitos consagrados na Convenção¹⁷⁹.

Quando confrontados com o fundamento em que assenta esta responsabilidade, várias foram as teorias propostas. Houve quem propusesse que se responsabilizaria o Estado por actos ocorridos fora da sua jurisdição por via de uma aplicação analógica do instituto da *tentativa* – a extradição seria uma tentativa de

¹⁷⁴ Facto que foi inclusive referido em *Soering*, § 90.

¹⁷⁵ Argumentos presentes em ADDO, Michael K. and GRIEF, Nicholas, “Does Article 3...”, pág. 520.

¹⁷⁶ Uma vez que assumem o dever de os proteger no seu Direito interno também – ADDO, Michael K. and GRIEF, Nicholas, “Does Article 3...”, pág. 522. E a responsabilidade pode vir a efectivar-se, como já se deu conta no caso de *Iskandarov*.

¹⁷⁷ § 91 e 88 *in fine* de *Soering*, respectivamente.

¹⁷⁸ Na expressão de WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 215.

¹⁷⁹ Como refere ORAKHELASHVILI, Alexander, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *in* *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 3, Junho 2003, pág. 534.

violação dos direitos fundamentais da pessoa¹⁸⁰. Esta teoria não nos afigura como sendo a mais correcta, desde logo porque, a verificar-se de facto a situação de violação dos direitos do indivíduo, o que teria existido da parte de ambos os Estados seriam verdadeiras *acções* – no Estado de destino (cuja responsabilidade não se encontra aqui em causa, tal como definida pelo TEDH) encontrar-se-iam os concretos actos de violação; e da parte do Estado que entregou o indivíduo teria existido esse acto de entrega, com a consciência da futura violação. Por este motivo, o máximo que conseguimos visualizar aqui seria uma situação análoga à cumplicidade¹⁸¹. Já mais complicado seria o caso de não existir essa violação, uma vez que a responsabilidade penal de um cúmplice depende, em termos gerais, da verificação do acto ilícito e culposo do autor (pelo menos em algum “estádio de realização”¹⁸²) – esta não é, por isso, uma justificação satisfatória para o estabelecimento da responsabilidade do Estado extraditante.

Uma segunda tentativa de explicação provém da ideia de “auxílio e cumplicidade” (“*aiding and abetting*”, no original) – para além de se tecerem aqui as críticas referidas acima quanto à cumplicidade, acrescentamos a objecção de Vogler, quando este refere que, a optarmos por este fundamento, só se protegeriam os riscos que advêm das entidades públicas, e não também das entidades privadas¹⁸³ (riscos esses que o Tribunal também considera, como veremos mais em concreto).

Mais aceitável, mas ainda assim de escassa assistência, parece-nos a referência da Comissão ao art. 1º da Convenção – a responsabilidade do Estado provém do facto de este estar obrigado a garantir os direitos da CEDH a todos aqueles que se encontrem na sua jurisdição¹⁸⁴. De todo o modo, cremos que a responsabilidade do Estado não pode ser vista em referência ao acto que terá lugar na outra jurisdição; é uma responsabilidade *derivada* do risco desse acto, mas *independente* do mesmo, e portanto, que só pode tomar por referente “a própria culpa” do Estado extraditante¹⁸⁵. Parece-nos, por isso, que a fonte desta responsabilidade terá que ser o compromisso assumido pelos Estados parte da CEDH em defender os direitos aí consagrados – uma

¹⁸⁰ Mencionadas em VOGLER, Theo, “The Scope of extradition...”, pág. 665. Criticando esta teoria, contrapõe o autor que a extradição seria um típico acto de preparação, não uma tentativa.

¹⁸¹ Ou, se optarmos pela distinção linguística feita por FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 757, nota 1 e pág. 824, o Estado requerido seria um mero *participante*, uma vez que a sua contribuição para o resultado típico se limita à entrega da pessoa – não participa, pois, em sentido estrito, da acção que viola os direitos daquele.

¹⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, pág. 831. Podemos ver, p. ex., no já analisado caso das medidas provisórias decretadas pelo TEDH, que mesmo que os factos violadores do direito da CEDH em questão não se realizem, o Estado será responsável por ter sujeito o indivíduo a esse risco; o mesmo é afirmado, *a contrario*, quando se exclui a responsabilidade do mesmo quando não houvesse elementos probatórios suficientes para prever uma situação precludida pela CEDH no país de destino – supra, ponto 3.7.2. É-nos, por isso, possível afirmar que o TEDH não faz depender esta responsabilidade da verificação da violação da Convenção.

¹⁸³ VOGLER, Theo, “The Scope of extradition...”, pág. 666.

¹⁸⁴ Em VOGLER, Theo, “The Scope of extradition...”, pág. 667. A Comissão liga a este entendimento o carácter absoluto do art. 3º, e portanto, a natureza irreparável dos danos que pudessem ser infligidos caso se adoptasse uma opinião mais flexível quanto à responsabilidade do Estado que transfere o indivíduo da sua jurisdição.

¹⁸⁵ VOGLER, Theo, “The Scope of extradition...”, pág. 667.

base contratual, portanto, e por esse motivo sujeita às limitações impostas pelo *jus cogens* já expostas – nomeadamente, não poder ser derogada por outra obrigação internacional assumida que se mostre contrária a essa regra.

Consegue-se, deste modo, responder também às preocupações de Bassiouni¹⁸⁶ para o estabelecimento da responsabilidade do Estado por violação de direitos fundamentais, dado que não se pode contestar a sua aplicabilidade ou a obrigação dos Estados os respeitarem.

Existem, no entanto, algumas especificidades a ter em conta neste ponto; certas situações que despoletam igualmente a responsabilidade do Estado por provável violação do art. 3º, mas cujo circunstancialismo difere, tornando-as singulares.

a) Responsabilidade do Estado pela remoção indirecta

Em certos casos, o que acontece é que o Estado demandado perante o TEDH enviou ou pretende enviar o requerente para um país (parte da CEDH ou não) que se prevê o vá entregar a um terceiro Estado, normalmente através de expulsão ou deportação. Exemplifiquemos – no julgamento de Abdolkhani a Turquia desejava deportar os indivíduos em causa para o Iraque; estes alegavam que, ao fazê-lo, seria provável que esse país os entregasse ao Irão, onde corriam riscos de serem sujeitos a tratamentos contrários ao art. 3º CEDH por terem pertencido a um grupo político em específico (PMOI – People’s Mojahedin Organisation in Iran) que discordava do Governo do Irão. Deram-se por provados dois factos importantes – primeiro, que a Turquia removia iranianos para o Iraque sem processo legal¹⁸⁷; e segundo, que o Iraque tinha por hábito remover estes (principalmente aqueles de algum modo ligados ao PMOI) para o Irão¹⁸⁸. Resumindo, neste Ac. procurava-se estabelecer a responsabilidade da Turquia por factos que provavelmente iriam ter lugar no Irão (e daí a utilização da expressão “remoção indirecta”, uma vez que esta se dá, de facto, para um país *intermediário*). O Tribunal concluiu, de acordo com uma decisão de inadmissibilidade já prévia¹⁸⁹, que a responsabilidade do Estado de custódia permaneceria intacta mesmo quando a remoção do indivíduo se desse para um país intermediário¹⁹⁰, desde que tivessem ou devessem ter conhecimento da existência de um risco real de violação de um direito da CEDH ao removerem essa pessoa da sua jurisdição – i. é, a responsabilidade da Turquia manteve-se, uma vez que tinham conhecimento que ao entregar Abdolkhani ao Iraque este seria exposto a um tratamento contrário ao art. 3º CEDH no Irão; e portanto seria de igual modo o seu acto que em primeiro lugar exporia o requerente a esse risco.

¹⁸⁶ BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition...*, pág. 151/152 ss.

¹⁸⁷ Abdolkhani, § 84.

¹⁸⁸ Abdolkhani, § 87.

¹⁸⁹ Decisão no caso *T. I. v. The United Kingdom*.

¹⁹⁰ Abdolkhani, § 88/89.

No posterior caso de *M.S.S. v. Belgium and Greece* a situação era similar, mas a Grécia não tinha a intenção de expulsar o requerente; demonstrou-se, no entanto, que as deficiências no seu sistema de asilo eram tais que o seu caso não seria bem avaliado, e a probabilidade de ser expulso ou deportado para o Afeganistão, de onde provinha, era bastante elevada. A Bélgica, local onde M.S.S. se encontrava, enviou-o para a Grécia (local por onde tinha entrado uma primeira vez na Europa) para aí expor o seu pedido de asilo; as garantias recebidas da Grécia foram consideradas insuficientes para garantir a segurança do requerente, uma vez que se mostravam vagas e gerais, sem referência directa ao mesmo¹⁹¹. Mais uma vez, e considerando que a Bélgica deveria ter conhecimento da situação na Grécia, concluiu o Tribunal que, ao transferir o indivíduo para a Grécia, o expôs a um risco de ser vítima de maus tratos no Afeganistão¹⁹².

Num terceiro e último julgamento relevante para expor esta responsabilidade, no caso de *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* o que aconteceu foi que a Itália, no cumprimento de um acordo com a Líbia, limitou-se a recolher os requerentes em alto mar e, ignorando as suas afirmações de que pretendiam fazer pedidos de asilo, entregou-os à Líbia; aqueles afirmavam que, sendo da Somália e da Eritreia, para lá seriam remetidos pela Líbia, sem possibilidades de pedir asilo, uma vez que este país nem de um sistema dispunha que o permitisse fazer. O TEDH concluiu que a Itália não se poderia eximir da sua responsabilidade alegando que os indivíduos não relacionaram os riscos que sofriam com a falta de um sistema de asilo na Líbia, afirmando que deveria ter atentado na forma como a Líbia cumpria as suas obrigações internacionais face aos refugiados¹⁹³, e que era sua obrigação enquanto membro da CEDH certificar-se que o país intermediário oferecia todas as condições de protecção contra violações do art. 3º.

b) Responsabilidade do Estado quando o destinatário é membro da CEDH

Como será natural e se poderá perceber, quando o Estado de destino é também um membro da CEDH existe uma certa tendência para desconsiderar queixas acerca de uma possível violação do art. 3º; afinal, também esses Estados devem apresentar uma situação estável e aceitável no campo dos Direitos Humanos antes de poderem ser aceites no Conselho da Europa, e portanto são por princípio considerados “países seguros”¹⁹⁴. No entanto, isso por si só não retira aos Estados de custódia a obrigação de se certificarem das condições existentes, quando uma alegação dessas é feita; e como já referimos acima, o Tribunal nunca se deixou satisfazer com o argumento de que determinado Estado assinara uma qualquer Convenção com vista à protecção dos direitos humanos – o que releva nestas situações é o que *de facto* se pode observar nesse Estado.

¹⁹¹ M.S.S., § 353/ 354.

¹⁹² M.S.S., § 358 a 360.

¹⁹³ Hirsi Jamaa, § 147, 156/ 157.

¹⁹⁴ M.S.S., § 326/ 330.

No caso de M.S.S. já referido, para além de se pedir a responsabilização da Bélgica pela remoção indirecta, também se alegava a sua responsabilidade nos termos “tradicionais”, isto é, porque se deveria ter absterido de transferir o requerente para a Grécia quando este demonstrou um risco real de ser sujeito a um comportamento contrário à protecção oferecida pelo art. 3º (e tendo ainda em conta que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados enviou uma carta para as autoridades belgas pedindo para que se suspendessem as transferências para a Grécia, devido ao seu deficiente sistema de asilo). Neste Ac. confirma o Tribunal toda a sua doutrina anteriormente exposta, demonstrando que o facto de se ser membro da CEDH não permite nenhum tratamento mais leniente quanto à avaliação do risco a que poderão ser expostos os indivíduos¹⁹⁵.

c) Responsabilidade do Estado pela “entrega extraordinária”

Como já exposto na Parte I, nem sempre o procedimento correcto é utilizado para transferir uma pessoa de um país para o outro. No caso a que vamos aludir queremos referir-nos em específico às situações de conluio internacional, em que as autoridades da Macedónia entregaram El-Masri a agentes dos EUA que o levaram para o Afeganistão, onde o sujeitaram a tortura. Neste caso El-Masri saiu do país onde se encontrava, Alemanha, para viajar para a Macedónia; lá chegado foi detido num hotel por vários dias, findos os quais lhe foi dito que seria colocado num avião de volta para a Alemanha. No entanto, chegado ao aeroporto, foi sujeito a maus tratos por agentes alegadamente da CIA, e foi depois transportado para uma das suas instalações no Afeganistão, onde foi interrogado e torturado. Ao fim de algum tempo foi colocado de novo num avião e deixado na Albânia (aquilo que se denomina por “entrega invertida” – *reverse rendition* no original), retornando depois para a Alemanha. El-Masri procurava a responsabilização da Macedónia por todos os maus tratos sofridos, apesar de estes negarem terem colaborado na sua entrega.

Quanto aos actos que tomaram lugar ainda no aeroporto, estes foram sem dúvida imputados ao Estado uma vez que, sendo cometidos dentro da sua jurisdição por autoridades de um outro Estado, não poderiam negar o seu desconhecimento¹⁹⁶. Quanto à tortura a que foi sujeito no Afeganistão, e tendo sido provado que conheciam o destino do indivíduo, foi também afirmada a sua responsabilidade, por não os terem impedido ao entregar El-Masri às autoridades dos EUA¹⁹⁷.

Concluimos deste modo que a responsabilidade do Estado tal como foi afirmada em 89 no caso de Soering, apesar de se manter fiel e estável em relação aos princípios e requisitos básicos para a satisfazer, evoluiu já de forma considerável desde essa primeira declaração, no sentido de se conferir uma protecção mais eficaz.

¹⁹⁵ M.S.S., § 366/ 367 – deste modo contrariando o afirmado por LAMBERT, Pierre, “Extradition et expulsion...”, pág. 74, de que uma constante jurisprudência de recusa de queixas contra Estados membros levam a padrões duplos de defesa dos indivíduos que recorrem ao TEDH, tendo aqueles que correm o risco de ser transferidos para países terceiros uma maior protecção do que aqueles que não sairão do espaço do Conselho da Europa.

¹⁹⁶ El-Masri, § 206 e 211.

¹⁹⁷ El-Masri, § 220.

4. Os direitos humanos e a extradição – que direitos?

Até agora temo-nos centrado apenas no art. 3º, em primeiro por ser um daqueles que mais seriedade invoca na avaliação do risco sofrido pelo indivíduo, e depois por não convocar grandes problemas quanto à sua aplicação à extradição, dada a gravidade das condutas que se colocam em causa. No entanto, a questão naturalmente surgiu – aplica-se toda a CEDH à extradição? Se sim, como pode isso ser compatível com a alegada não imposição da Convenção a países que não a ratificaram? E se não, como se vão determinar que direitos são ou não susceptíveis de ser aplicados?

Podemos distinguir três categorias de direitos na CEDH¹⁹⁸:

- Aqueles direitos que podem sofrer restrições – direitos “com reservas” (*qualified rights*, no original);
- Os direitos que não podem ser restringidos excepto nas situações do art. 15º (*unqualified rights*) – art. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 12º, 13º, 14º, e o P.1, P.6 e P.13;
- E os direitos absolutos, que não podem em situação alguma ser derogados (*non-derogable unqualified rights*) – art. 2º, 3º, 4º, 7º, e o P.6, P.7 e P.13.

Não se quer com isto afirmar, contudo, que existe uma hierarquia de direitos na CEDH¹⁹⁹, pois todos possuem a mesma dignidade intrínseca; mesmo o Tribunal deixou claro que não é isso que se pretende fazer, mas antes conjugar e ponderar os direitos e interesses presentes num determinado caso²⁰⁰. O que existe, isso sim, é uma natureza diferenciada dos direitos, admitindo uns mais restrições do que os outros – e isso mesmo resulta da estrutura da própria Convenção, que enumera direitos sujeitos a regimes específicos de compressão.

Antes de vermos que direitos são mais frequentemente invocados em procedimentos destes perante o TEDH, devemos dar conta das várias posições que existem quanto ao problema – isto porque na verdade nunca se afirmou que todos os direitos humanos se aplicavam à questão da extradição²⁰¹.

Existem basicamente duas maneiras de ver o problema²⁰² – ou se considera que apenas a proibição da tortura do art. 3º é capaz de desencadear a responsabilidade do

¹⁹⁸ Distinção feita em WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 218 e OVEY, Clare e WHITE, Robin, *The European Convention on Human Rights*, 4ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2006, pág. 6 ss.

¹⁹⁹ Apesar do que afirma KOJI, Teraya, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, *in* *European Journal of International Law*, Vol. 12, nº 5, 2001. Neste artigo afirma o autor, tanto quanto podemos perceber numa posição isolada doutrinariamente, que a existência destas categorias é indicativo irrefutável do surgimento de uma hierarquia no âmbito dos direitos humanos.

²⁰⁰ GARCÍA, Javier Hernández, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho a un Proceso Penal Equitativo”, *in* Centro General del Poder Judicial, *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Madrid, Centro General del Poder Judicial, Centro de Documentation Judicial, 2010, pág. 316.

²⁰¹ Aliás, uma posição até avessa a esta ideia parece ser a do próprio Tribunal, que logo em Soering esclarece que não se pode sem mais querer impor os padrões de protecção da CEDH aos Estados que não a adoptaram – no já citado § 86 de Soering.

²⁰² Posições mencionadas em ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition...”, pág. 755 e ss.

Estado extraditante (tese minimalista), ou podemos interpretar a expressão utilizada pelo Tribunal, de que o art. 3º “consagra um dos valores fundamentais das sociedades democráticas” como querendo com isso significar que podem existir outros direitos que também logram actuar como impedimento à extradição por não estarem devidamente protegidos no Estado requerente.

Posto isto, parece que a segunda orientação será a mais correcta – existem de facto outros valores fundamentais que devem ser protegidos, mesmo no âmbito da extradição. E é na delimitação daqueles que aqui se podem integrar que se nos afigura como útil a categorização acima mencionada – qualquer direito qualificado como absoluto deverá em princípio obstar a uma extradição no caso de ser violado²⁰³. Os restantes direitos admitem em abstracto (e desde que se cumpram os requisitos necessários à sua restrição) uma ponderação entre os interesses em causa, nomeadamente aqueles do Estado em retirar da sua jurisdição um indivíduo que coloque em perigo a paz ou a segurança nacional.

4.1. O direito à vida – art. 2º e Protocolos

O art. 2º (direito à vida) é esporadicamente mencionado, mas normalmente não tem tratamento diferenciado do art. 3º. Neste sentido, existe apenas uma breve nota a mencionar – a aplicação de uma pena de morte no Estado requerente deverá, em princípio, ser um obstáculo à extradição quando o Estado extraditante tenha ratificado o Protocolo 6, (referente à abolição da pena de morte em tempos de paz²⁰⁴), ou o Protocolo 13 (abolição total da pena de morte), apesar de tal ainda ser permitido à luz do art. 2º.²⁰⁵ Mesmo quando um risco exista de aplicação da pena de morte a um caso, este deve, em consonância com o delineado em Soering, ser um risco pessoal e concreto, e não uma possibilidade abstracta²⁰⁶.

No que a este art. diz respeito, a verdade é que, apesar de se tentar desde Soering implementar o entendimento de que a pena de morte é em si contrária à CEDH (mormente contrária ao art. 3º), essa linha de interpretação nunca colheu amplo

²⁰³ Para chegarmos a este conceito de direitos absolutos, ou que não admitem restrições, é necessário que utilizemos a lista de direitos referida no art. 15º CEDH. No entanto, há quem discorde da pertinência deste critério enquanto seleccionador de direitos aplicáveis à extradição, por um acto de cooperação internacional não se poder comparar a uma situação de emergência no Estado, e logo, não se poder aplicar sem mais o critério de uma à outra – ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition...”, pág. 762.

²⁰⁴ § 103 de Soering. Pergunta-se KOWALSKI, Mateus, “O direito à vida no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in Martins, Ana Maria Guerra (coord.), *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina, 2005, pág. 40 o que estaria um Estado vinculado pelo P. 6 habilitado a fazer no caso de, em tempo de guerra, desejar extraditar alguém para um país onde lhe seria aplicada a pena de morte; o autor conclui que essa extradição não seria possível, uma vez que não cumpre os requisitos de ser feita “em nome da paz, segurança e ordem do Estado” estabelecidos no art. 2º do Protocolo – logo, teleologicamente nunca se poderia justificar essa extradição. Por nossa parte, tendemos a discordar deste entendimento – o P. 6 não conseguiria eficazmente prevenir uma situação destas, uma vez que nesse caso a excepção do art. 2º da CEDH não se teria por modificada, e logo, a imposição da pena de morte só por si não seria violadora da CEDH.

²⁰⁵ Isso mesmo consta de Shamayev, em cujo § 333 se diz que um Estado não vinculado por estes Protocolos pode legitimamente aplicar a pena de morte, tendo o TEDH apenas que apreciar, nesse caso, a existência ou não de uma possível violação do art. 3º.

²⁰⁶ § 82 de Baysakov.

apoio no Tribunal, isto devido à permissão ainda operada pelo art. 2º²⁰⁷. No entanto, desde 1989 já todos os Estados parte da Convenção assinaram o Protocolo 6 (com excepção da Rússia, que o assinou mas não ratificou), e surgiu ainda o Protocolo 13 (relativo à abolição da pena de morte mesmo em circunstâncias de guerra), que actualmente conta com a ratificação de todos os Estados parte exceptuando a Arménia e a Polónia, que apenas o assinaram, e a Rússia e Azerbaijão, que não o assinaram sequer.

Tendo tal panorama em vista, pode-se afirmar com relativa segurança uma mudança de paradigma penológico a nível europeu, o que foi tido em conta pelo TEDH no caso de Öcalan, que contestava a sua condenação à pena de morte na Turquia, alegando que esta era contrária à CEDH²⁰⁸. À altura, a adesão ao Protocolo 13 não era ainda tão alargada²⁰⁹ que permitisse ao Tribunal afirmar a vontade de abolição da pena de morte em toda e qualquer circunstância, pelo que se refreou de conceder essa interpretação ao art. 2º tendo em vista a evolução penal europeia. Admitiu, no entanto, ser inaceitável uma imposição da pena de morte em tempo de paz, apesar de não se referir à modificação do art. 2º CEDH. Num caso posterior, aquele de *Kaboulov v. Ukraine*, afirmou no entanto que os Estados parte da Convenção devem, nas suas relações de cooperação internacional, respeitar as obrigações que assumiram de proteger os direitos humanos – e essas incluem a não exposição do indivíduo a uma possível condenação à pena de morte, quando tenha sido assumida²¹⁰. A condenação a uma pena de morte também já foi considerada inadmissível quando tenha sido precedida de uma flagrante negação de um julgamento justo²¹¹.

No entanto, a situação actual de assinatura e ratificação do Protocolo 13 permite afirmar que uma abolição *de facto* foi já operada, fazendo assim com que o Tribunal possa considerar a aplicação de uma pena de morte *per se* como contrária à CEDH por violação do seu art. 3º, o que já aconteceu no julgamento de Al-Saadoon²¹². Os requisitos para avaliação da responsabilidade do Estado nestes casos são exactamente os mesmos acima descritos, pelo que não existem aqui especialidades a referir. Tudo leva a concluir que, por força da interpretação evolutiva da jurisprudência do Tribunal e da vontade dos Estados manifestada pela

²⁰⁷ Jon Yorke afirma mesmo que esta posição do Tribunal não irá mudar a não ser na sequência de uma alteração legislativa – in ARROYO, Luis, BIGLINO, Paloma and SCHABAS, William, *Towards universal abolition of the death penalty*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 94.

²⁰⁸ Era já admitida uma abolição da aplicação da pena de morte em clima de paz, tendo em conta o estado de ratificação do Protocolo 6 (§ 163 de Öcalan, citando o julgamento efectuado pela Secção do Tribunal). No entanto, o requerente alegava que qualquer aplicação da pena de morte constituiria uma violação da CEDH – § 157-159.

²⁰⁹ § 164 e 165 de Öcalan.

²¹⁰ § 99 de Kaboulov.

²¹¹ § 46 a 48 de *Bader and Kanbor v. Sweden*.

²¹² § 120 de Al-Saadoon. Presumivelmente, esta limitação e alteração ao art. 2º existe apenas em relação aos Estados que assinaram o P. 13, como se pode concluir do §137 deste Ac., onde o Tribunal faz expressa menção à adesão do Reino Unido a esse Protocolo.

adesão aos dois Protocolos mencionados, uma abolição da pena de morte no espaço europeu é hoje possível de afirmar²¹³.

4.2. O direito à liberdade e segurança – art. 5º

O art. 5º é normalmente invocado numa dimensão processual, em relação à legalidade da detenção do indivíduo. Mas, e no que pretende ser o escopo deste trabalho, o art. 5º adquire uma outra vertente – a responsabilidade do Estado também quanto aos métodos extraordinários de entrega da pessoa procurada. O Ac. pioneiro nesta matéria foi o de Bozano, já preliminarmente referido na Parte I, cujo caso dizia respeito a uma deportação com vista a contornar uma decisão impeditiva da sua extradição para a Itália; para isso entregaram-no as autoridades francesas às autoridades suíças na sua fronteira, uma vez que esse país tinha um acordo de extradição com a Itália.

Pela primeira vez considerou o TEDH que esses procedimentos correspondiam a uma “extradição disfarçada”, e que por esse motivo a detenção de Bozano não era legal no sentido do art. 5º, nº 1, al. f)²¹⁴. O que se pretende proteger com esta disposição, e para o que aqui concerne, é a *arbitrariedade* da detenção, que em princípio será sempre afirmada quando se possa discernir um elemento de *má fé* por parte do Estado²¹⁵.

Em jurisprudência posterior, e já por nós referida em relação a outros aspectos, teve o Tribunal a oportunidade de reiterar esta linha de pensamento. No caso de Iskandarov, para além de aplicar os aspectos acima mencionados ao caso concreto, condena expressamente estas práticas estatais, que para além de serem ilegais também prejudicam gravemente a confiança geral da sociedade nas suas autoridades²¹⁶. No caso recente de El-Masri, os métodos extraordinários de entrega foram vistos como *implicando* detenção arbitrária²¹⁷ (e portanto, quase uma violação necessária do art. 5º), compreendendo a responsabilidade do Estado todos os actos violadores dos compromissos assumidos perante a CEDH, iniciando esse período de tempo com o “primeiro dos actos e continuando enquanto os actos ou omissões forem repetidos e continuem em desacordo com a obrigação internacional” em caso²¹⁸.

²¹³ Isto não só pelo que foi mencionado no caso de Al-Saadoon, mas também por aplicação ao Protocolo 13 do raciocínio da Secção do Tribunal aquando do julgamento de Öcalan, citado no § 163, onde se afirma que não será peremptoriamente necessário “esperar pela ratificação do Protocolo nº 6 pelos três Estados restantes”, uma vez que a existência de um “consistente cenário” de abolição permitira formar a conclusão de que a aplicação de uma pena de morte em tempos de paz seria contrária à CEDH.

²¹⁴ Bozano, § 60.

²¹⁵ Bozano, § 54 e 59. Para outras dimensões protegidas pelo art. 5º, v. COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan, “Introduction”, in COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds.), *Human Rights in the investigation and prosecution of crime*, Oxford, Oxford University Press, 2009, § 1.40.

²¹⁶ Iskandarov, § 148.

²¹⁷ El-Masri, § 239.

²¹⁸ El-Masri, § 240.

4.3. O direito a um processo equitativo – art. 6º

Como exemplo de alguns dos direitos que mais foram sendo invocados neste âmbito temos desde logo o art. 6º (direito a um processo equitativo – “*fair trial*”), que pela sua importância terá um tratamento mais alargado do que os restantes. De facto, foi admitido desde o crucial julgamento de Soering que, apesar de naquele caso não o considerar relevante, um problema poderia vir a surgir, em relação à extradição, que pusesse em causa esse direito²¹⁹. No seguimento desta admissão por parte do Tribunal de que o art. 3º não seria o único a actuar como obstáculo à extradição, veio a doutrina admitir a mesma possibilidade, tecendo especulações sobre qual seria o âmbito desta protecção quando aplicada a procedimentos destes. Por exemplo, discutia-se se uma distinção poderia ser feita entre entregas *I.s.* a efectuar a Estados pertencentes à CEDH e a Estados terceiros²²⁰; quais as fases processuais a que se poderia aplicar (se apenas ao julgamento da causa em si, ou também às fases anterior e posterior)²²¹; e ainda se o pedido de extradição é feito antes ou depois de existir uma decisão de um Tribunal doméstico do Estado requerente a condenar o extraditando – uma vez que no segundo caso seria mais fácil determinar a existência de uma violação do art. 6º do que no primeiro²²².

De todo o modo, uma distinção teria que ser feita quanto ao conteúdo protegido por este direito – as dimensões que fazem parte do seu núcleo protegido e reconhecido pela grande maioria dos sistemas legais; aquelas que fazem parte de um conceito *européu* de julgamento equitativo, que irá para além desse núcleo mínimo; e depois outras dimensões reconhecidas contratualmente²²³. Parece-nos que apenas as primeiras seriam incontestavelmente aplicadas no contexto da extradição, não excluindo, no entanto, a aplicação pontual de dimensões europeias de protecção, aplicando analogicamente o raciocínio de Soering a esta matéria – desde que se considere suficientemente grave para impedir a cooperação internacional, os Estados estariam obrigados a proteger o indivíduo dessa violação apenas por serem partes na CEDH.

Decorridos 23 anos desde Soering, nenhum dos casos analisados relacionados com a extradição ou expulsão em que a questão do art. 6º fosse levantada tiveram sucesso – o TEDH nunca decidiu em favor de uma negação da extradição com base nesse argumento²²⁴. O que muitas vezes acontecia quando existia uma alegada violação do art. 6º era a não apreciação da mesma, por já se ter afirmado uma violação do art. 3º -

²¹⁹ § 113 de Soering.

²²⁰ Neste sentido, WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 223.

²²¹ WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 224, concluindo que só se encontraria excluída a fase posterior, e SUMMERS, Sarah J., *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pág. 130.

²²² DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, “Reconciling extradition...”, pág. 202-204.

²²³ VOGLER, Theo, “The Scope of extradition...”, pág. 668; para uma análise mais detalhada, FORDE, Michael e KELLY, Kieran, *Extradition Law and Transnational Criminal Procedure*, 4ª Edição, Dublin, Round Hall, 2011, pág. 123 ss.

²²⁴ Alguns dos casos em que se pode observar essa situação são os já referidos Soldatenko, Saadi e Mamatkulov.

e logo, a partir daí, estar afirmada a impossibilidade de entrega *l. s.* –, ou por se considerar que não se encontrava bem fundamentada essa alegação.

No entanto, mesmo quando foi apreciada, muitos dos aspectos sugeridos foram considerados não violadores da Convenção, expressando deste modo o elevado grau de injustiça a existir para que se impeça a cooperação entre Estados. De entre esses, p.ex.:

- O facto do pedido de extradição conter expressões que punham em causa o princípio da presunção de inocência²²⁵;
- Problemas com a apresentação de testemunhas²²⁶;
- Os advogados existentes não serem adequados ou não serem escolhidos pelo extraditando²²⁷;
- A inexistência de um sistema judicial independente²²⁸;
- A inexistência de um sistema de apoio judiciário²²⁹.

No entanto, num segundo julgamento inovador, este agora de 17 de Janeiro de 2012, aquiesceu o Tribunal a encontrar no facto de Othman ser deportado para a Jordânia uma violação do art. 6º da CEDH²³⁰. Os factos do caso, muito sumariamente, são os seguintes – Othman foi julgado *in absentia* na Jordânia por actos de terrorismo, baseando-se as provas contra o mesmo em dois testemunhos determinantes que, alega, foram obtidos sob tortura. O seu retorno ao país faria com que existisse um novo julgamento contra si, o qual não seria feito de acordo com o prescrito pela CEDH, por vários motivos – desde logo, porque seriam utilizadas contra si provas obtidas sob tortura (o que acaba por ser a principal questão do caso); mas também porque o Tribunal encarregue do caso é um Tribunal Militar, o arguido é um conhecido acusado de terrorismo, e o Tribunal Militar em questão não iria investigar devidamente a questão das provas terem sido obtidas através de tortura das testemunhas²³¹.

A contra-argumentação do Reino Unido é muito similar àquela que foi apresentando em casos de extradição e expulsão em que a questão era o art. 3º – alegavam que a aplicação extraterritorial deste direito contido no art. 6º só deveria ser feita em casos que permitissem antever “sérias consequências” para o requerente, e que em todo o caso a situação deveria passar pelo crivo da “flagrante negação de justiça”²³², o que significa que deve existir “uma violação dos princípios do processo equitativo garantidos pelo art. 6º tão fundamental que signifique a anulação ou destruição da

²²⁵ Khaydarov, § 143 ss e *Ismoilov and Others v. Russia*, § 160 ss.

²²⁶ *Ahorugeze v. Sweden*, § 96 ss e 123.

²²⁷ *Ahorugeze*, § 98 e 124; *Mamatkulov*, § 84 ss.

²²⁸ *Ahorugeze*, § 99 e 125.

²²⁹ *Soering*, § 112.

²³⁰ § 287 do julgamento *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*.

²³¹ § 248 de *Othman*.

²³² § 237 de *Othman*.

própria essência do direito garantido por aquele art.”²³³. Mais uma vez, considera que uma maior exigência de prova deve ser colocada ao requerente, uma vez que só as provas obtidas sob tortura, e não aquelas obtidas através de outros maus tratos, caberiam nesta negação de justiça²³⁴.

O Tribunal reafirma o facto de esse juízo dever ser muito rigoroso quando no contexto da expulsão ou extradição, facto que só é confirmado por este ser o primeiro caso em que tal violação foi encontrada, e define como parâmetros de avaliação desta violação os mesmos que foram referidos para o art. 3º – as razões substanciais que levem a crer que, implementada a decisão de expulsão ou extradição, o requerente irá sofrer uma flagrante negação de justiça²³⁵. Centrando-se na questão das provas obtidas por tortura, contradiz o Reino Unido tanto no facto de outros tipos de tratamento não se poderem aqui incluir²³⁶, como ainda quando afirma que uma maior exigência de prova deveria ser imposta²³⁷. Por isso, e tendo em conta que existem vários relatórios que afirmam a utilização desse tipo de provas por Tribunais da Jordânia (muito embora as suas leis não o permitam), que a tortura é muito dificilmente provada, e ainda que as provas obtidas através dessas práticas são na generalidade condenadas pela lei internacional, e não só pelos parâmetros da CEDH, decidiu o Tribunal concluir que, no caso de ser o indivíduo efectivamente deportado para o seu país, isso consistiria numa violação ao art. 6º da Convenção²³⁸.

Num caso ainda mais recente, o de Yefimova, negou-se mais uma vez a reconhecer a existência de uma possível violação do direito reconhecido no art. 6º, aplicando toda a doutrina anteriormente descrita ao caso e às suas alegações, de novo pertinentes a um sistema judicial não independente e ao facto de não ter liberdade para designar o advogado que desejaria para a sua defesa²³⁹.

4.4. O direito ao respeito pela vida privada e familiar – art. 8º

Um outro direito muito invocado nos processos aqui em causa é aquele protegido pelo art. 8º da CEDH, que concerne à vida privada e familiar – basicamente, alega-se que o facto de retirar, por algum motivo, o requerente do território onde se encontra violaria este direito, por romper o vínculo que este tem com a sua família ou comunidade. De todos os casos de extradição analisados, apenas 7 faziam expresse apelo a este direito, e em todos o TEDH decidiu não haver motivo

²³³ Esta clarificação, invocada pelo Reino Unido no § 238 de Othman para justificar a não aplicação do art. 6º ao caso em apreço, foi já fornecida no caso Mamatkulov, embora numa opinião divergente, § 14 da mesma.

²³⁴ § 242 de Othman.

²³⁵ § 260 e 261 de Othman.

²³⁶ § 267 de Othman.

²³⁷ § 273 de Othman.

²³⁸ Respectivamente, nos § 277 e 278, 276, 264, 282 e 285, este último explicando a diferença entre a situação do actual requerente e aquela existente no caso de Mamatkulov.

²³⁹ Yefimova, § 216 ss.

para o analisar convenientemente²⁴⁰. De todos, o mais importante será sem dúvida o de Cruz Varas, onde o Tribunal expressamente avalia uma potencial violação deste direito tendo em vista a possibilidade da vida familiar ser estabelecida no país para onde seriam enviados os requerentes, e bem assim os obstáculos que lá encontrariam ou não²⁴¹. No entanto, voltando ao caso de El-Masri, também este alegou que todo o período em que ficou afastado da sua família, para além de ilegal e arbitrário, era também violador do seu direito de respeito pela vida familiar, uma vez que havia sido separado da sua família, esta não fazia ideia da sua localização, e esse conhecimento por parte de El-Masri tinha afectado ainda mais a sua integridade física e psicológica²⁴². O Tribunal, que engloba no art. 8º também a integridade moral do indivíduo e o direito a estabelecer relações sociais com outros seres humanos, considerou mais uma vez o Estado demandado responsável pela violação deste direito da Convenção²⁴³.

Esta escassez de resultados quando se alega uma violação do art. 8º pode ser compreendida quando se analisa tanto a natureza deste direito (um direito “com reservas”), bem como os critérios necessários para que se possa legitimamente restringi-lo²⁴⁴. Podemos resumir esses critérios na seguinte enumeração:

- Primeiramente, o Tribunal estabelece a existência de uma verdadeira vida familiar a ser protegida²⁴⁵;
- Depois deve ser objectivamente avaliada a existência de uma *base legal* para a remoção – nos casos em que se afirma de facto uma violação do art. 8º são normalmente as leis de imigração, em casos de deportação ou expulsão²⁴⁶;
- Seguidamente, verifica-se qual o *objectivo* dessa medida, pois não pode ser uma interferência arbitrária com a vida do indivíduo²⁴⁷ – nos casos de deportação em que foi encontrada uma violação deste direito, a causa prende-se em princípio com este critério, em relação à exigência de que a deportação deve ser feita “de acordo com a lei”. Deve existir um motivo real para que se queira remover a pessoa do território onde possui uma vida familiar ou pessoal estabelecida, e esse motivo deve ser legítimo²⁴⁸;
- O seguinte requisito mencionado no próprio art. é a *necessidade* dessa medida, onde se ponderam, por um lado, os interesses do indivíduo na

²⁴⁰ São os casos já mencionados de Saadi, Chahal, D., N., Cruz Varas, e ainda os de *Muslim c. Turquie e Charahili v. Turkey*.

²⁴¹ § 88 de Cruz Varas.

²⁴² El-Masri, § 245.

²⁴³ El-Masri, § 248 a 250.

²⁴⁴ Como, alias, o próprio Tribunal enumera no caso de *Liu v. Rússia*, § 52.

²⁴⁵ Council of Europe, *Extradition: European Standards. Explanatory notes on the Council of Europe convention and protocols and minimum standards protecting persons subject to transnational criminal proceedings*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006, pág. 128.

²⁴⁶ À semelhança do que foi escrito em Soering, também não existe um direito à não expulsão ou deportação – Liu, § 49.

²⁴⁷ Council of Europe, *Extradition...*, pág. 129.

²⁴⁸ Liu, § 56 ss, em especial 68; e *M. and Others v. Bulgária*, § 95 ss.

manutenção da sua vida familiar e privada, e por outro, os interesses da sociedade na sua expulsão do território – isto de acordo com os valores de uma sociedade democrática²⁴⁹;

- Se for considerada necessária, é ainda preciso que seja uma medida *proporcional*, ou seja, que seja razoável “a relação entre os meios empregues e os objectivos perseguidos”²⁵⁰, e não excessiva em relação a estes²⁵¹. Nesta proporcionalidade avaliam-se, em especial, tanto os laços potencialmente existentes com o país de acolhimento, como os não existentes com o país de origem²⁵²;
- Por fim, e sendo a resposta positiva a todos os critérios acima mencionados, deve ser questionado se, na aplicação dessa expulsão ou deportação, não estará a pessoa a ser vítima de discriminação²⁵³.

Vistos todos os requisitos para que se encontre uma violação do art. 8º, não será de questionar, por isso, a dificuldade com que se concede essa visão em casos de extradição, em que normalmente existe como motivo despoletador o cometimento de um crime grave por parte do extraditando.

Por fim, são invocados direitos que dizem respeito aos procedimentos em si, como o art. 5º, na sua vertente de detenção, e o 13º, sobre o recurso efectivo. Estes, no entanto, não demonstram grande importância no que pretende ser o escopo deste trabalho, pelo que não serão alvo de mais desenvolvimento.

5. Consequências do julgamento de Soering

Como se pode facilmente depreender, a afirmação da responsabilidade do Estado extraditante no pioneiro Acórdão do TEDH teve consequências dramáticas, com várias vozes inflamadas na doutrina.

Antes de mais, este julgamento fez com que, em relação a outros instrumentos de protecção dos direitos humanos, se colocasse a mesma questão – referimo-nos nomeadamente aos casos de Kindler e Ng, ambos colocados em primeiro lugar ao Supremo Tribunal do Canadá, e depois levados ao conhecimento da Comissão dos

²⁴⁹ COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan, “Introduction”, § 1.55 e 1.56. Este requisito foi já avaliado pelo TEDH no caso *Aoulmi c. France*, em que o indivíduo havia sido condenado a uma pena de expulsão cumulativa com a pena de prisão correspondente às infracções que cometeu. Após enunciação dos diversos critérios tidos em conta quanto à necessidade dessa medida no § 83, a mesma foi tida como necessária – § 85.

²⁵⁰ COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan, “Introduction”, § 1.59.

²⁵¹ Como foi p. ex. afirmado no caso de Mubilanzila, § 90, em relação à deportação da filha menor da requerente ao TEDH para o seu país de origem.

²⁵² PINTO, Ana Luísa, *A pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 94/ 95; e ainda § 90 do caso de Aoulmi.

²⁵³ COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan, “Introduction”, § 1.50.

Direitos do Homem das Nações Unidas (CDHNU). A problemática em ambos era essencialmente a mesma – ambos haviam fugido dos EUA, ambos haviam sido condenados à pena de morte, e ambos foram detidos no Canadá; feitos os pedidos de extradição, ambos foram concedidos sem que tivessem sido pedidas aos EUA garantias de que a pena de morte não seria aplicada (note-se que essa já não era uma pena permitida no Canadá). Quando confrontado com a questão, o Supremo do Canadá decidiu não conceder efeito extraterritorial aos instrumentos aos quais estava vinculado, afirmando que nenhuma das obrigações internacionais do Estado havia sido violada ao concederem as extradições. O CDHNU, ao aplicar o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, considerou no caso de Kindler não ter havido qualquer violação ao art. 7º do mesmo (semelhante ao art. 3º CEDH), uma vez que as circunstâncias diferiam das de Soering – nomeadamente em relação à idade e condição mental –, e que este não havia aduzido prova suficiente sobre condições inumanas nas prisões da Pensilvânia²⁵⁴. Já em Ng. divergiu desta opinião, não devido ao facto da pena de morte ser imposta nem as condições atenuantes de que Soering dispunha, mas sim porque o método de execução dessa pena foi considerado inumano (o único método utilizado pela Califórnia era o asfixiamento através de cianeto em forma gasosa, o que não só demora algum tempo a provocar a morte como, entretanto, causa dor e agonia desnecessárias)²⁵⁵. Como podemos verificar, ambas as decisões se deixaram influenciar pela então recente jurisprudência de Estrasburgo.

Mas a problemática imediata que esta jurisprudência colocou foi no âmbito das relações internacionais²⁵⁶ – é verdade que pode existir um Tratado com vista à extradição entre países que se obrigam a cumpri-lo, e um deles, em violação do mesmo, nega-se a extraditar devido a considerações de direitos humanos (desde que não previstas no Tratado, senão não existiria problema). Isto pode provocar tensões entre os Estados, bem como uma outra ramificação, que consiste no facto de esses outros Estados, posteriormente, negarem a extradição de pessoas para o Estado que a recusou em primeiro²⁵⁷.

Uma outra preocupação é que um Estado que tenha muitas limitações possa vir a constituir um “porto seguro” para outros criminosos, que para lá se desloquem com o propósito de não serem julgados. Apesar deste argumento ter algum peso, não parece que a solução passe pela desprotecção de toda a comunidade apenas porque se corre o risco de num país não se poder extraditar nem julgar uma determinada pessoa – isto é tanto mais assim que, como se pode ver através da jurisprudência do Tribunal, cada caso é um caso individual, e não é de todo automático que uma alegação de violação dos direitos da Convenção leve a uma proibição de extradição.

²⁵⁴ HENNING, Matthew W., “Extradition Controversies: How Enthusiastic Prosecutions Can Lead to International Incidents”, *in* Boston College International & Comparative Law Review, pág. 358.

²⁵⁵ KAPFERER, Sibylle, *The Interface between Extradition and Asylum*, pág. 46.

²⁵⁶ PLACHTA, Michael, *Contemporary problems...*, pág. 69.

²⁵⁷ ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition...”, pág. 753.

Por fim, alega-se que a manutenção na jurisdição de um Estado de indivíduos que constituam um perigo para a segurança pública teria o efeito de sujeitar essa comunidade a medidas de segurança mais apertadas²⁵⁸. Também este argumento não parece decisivo, pois numa altura em que a liberdade de movimentos é tão ampla é de esperar que certas medidas de segurança sejam já implementadas pelos Estados.

Para além destas considerações, alega-se também que existe agora uma abolição de facto da pena de morte, sentindo os países que ainda a prevêm uma pressão para a abolirem devido à recusa generalizada dos países da CEDH em extraditar quando esse for o caso²⁵⁹. Concede-se alguma relevância a este argumento, mas não se pode imputar ao TEDH toda a responsabilidade por isso; já é um tradicional obstáculo à extradição em vários países, incluindo Portugal. No julgamento de Soering nunca se referiu ser a extradição contrária à pena de morte, e se tal recusa se exacerbou na cena internacional foi também pela progressiva consciencialização de que tal pena é, de facto, indefensável em qualquer plano²⁶⁰.

Para concluir as observações sobre os comentários surgidos na esteira deste julgamento refere-se apenas um argumento que, esse sim, poderá ter alguma razão de ser. Dado o raciocínio subjacente a Soering, em que um dos elementos para considerar o corredor da morte como prática incluída no art. 3º foi o tempo prolongado que os arguidos teriam que esperar até à execução da sentença e todas as consequências adversas que daí adviriam, temem alguns autores que isso se transforme na prática em limitações aos direitos dos arguidos, diminuindo os recursos ou encontrando formas menos legítimas de atingir os mesmos fins²⁶¹ (como aconteceu, aliás, com Iskandarov).

De facto, e como aponta Schabas, para os Estados que pretendam manter a pena de morte existe agora um dilema – se cumprirem os requisitos para a sua aplicação exigidos pela lei internacional e nacional, poderão não conseguir executar a pena a tempo de esta não ser considerada tratamento desumano por via do corredor da morte²⁶². Daí que a legalidade da pena de morte, através da aplicação de instrumentos defensores dos direitos humanos, esteja cada vez mais a ser posta em causa²⁶³. Os EUA procuraram, imediatamente após estes julgamentos, introduzir reservas tanto

²⁵⁸ ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition...”, pág. 754.

²⁵⁹ Neste sentido, HENNING, Matthew W., “Extradition Controversies...”, pág. 359; SHABAS, William A., “Indirect Abolition...”, pág. 583; e “In the Aftermath of Soering...”, pág. 1482.

²⁶⁰ Já o mesmo é precisamente referido em DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, “Reconciling extradition...”, pág. 197, quando se diz que o “Estado requerente deve ser sensível às convicções e valores do Estado requerido e estar preparado para prestar garantias firmes de que a pena de morte não será imposta ao extraditado”. Tendemos a concordar com os autores quando, na mesma pág., afirmam que se os EUA tivessem aceite este simples facto “desde o início, decisões como Soering, Ng [...] poderiam ter sido evitadas”.

²⁶¹ Respectivamente, HUDSON, Patrick, “Does the Death Row...”, pág. 855 e WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 778.

²⁶² SCHABAS, William A., *The Death Penalty As Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged In the World's Courts*, Boston, Northeastern University Press, 1996, pág. 98.

²⁶³ Como numa eloquente citação de David Pannick se pode perceber, *apud* SCHABAS, William A., *The Death Penalty...*, pág. 98: “A legalistic society will be unable to impose the death penalty without an unconstitutionally cruel delay, and hence it will be unable lawfully to impose the death penalty at all.”

ao PIDCP como à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, com o objectivo de excluir a integração da pena de morte ou o tempo que precede a sua concretização dos sentidos possíveis que a expressão “tratamento cruel ou degradante” pudesse adquirir, considerando-se apenas vinculados por tratamentos que fossem também contrários à sua lei interna²⁶⁴. Uma reacção semelhante denotou-se no Zimbabué a partir do momento em que um julgamento do Supremo Tribunal deste país se apoiou no caso de Soering para deter a execução da pena de morte de quatro condenados que haviam estado no corredor da morte durante cinco anos. Poucos meses depois, o poder legislativo introduziu uma Emenda Constitucional de modo a permitir a efectivação das execuções, considerando que essa prática não poderia ser tida como contrária à norma em que o Tribunal se havia apoiado (inspirada no art. 3º CEDH)²⁶⁵.

Mas considerando que o corredor da morte constitui de facto uma violação da proibição internacional de maus tratos *l. s.*, como se pode encontrar uma alternativa quando se afirma que a pessoa em causa já não pode ser executada? A solução mais apropriada parece ser a comutação da pena, de pena de morte para pena de prisão perpétua²⁶⁶. O verdadeiro problema surge quando se tenta determinar a partir de que período de tempo no corredor da morte se pode considerar que existe ou existiria um tratamento cruel. Em alguns casos foi sugerido que a partir de 5 anos sem que se executasse a pena de morte se deveria comutar a pena; outros Tribunais sugerem períodos de tempo menores, como 2 anos, ou um pouco maiores, como 6 a 8²⁶⁷. A tentativa de se definirem limites máximos teve o problema de dar origem a recursos quando o tempo de espera se aproximava do seu fim, mas este não havia sido ainda atingido; e apesar de se procurarem fazer estimativas quanto ao tempo que demoraria o esgotamento dos recursos razoáveis disponíveis a um condenado à pena de morte, a verdade é que nenhum consenso parece ter sido alcançado neste ponto²⁶⁸.

Apesar de toda esta problemática ser preocupante, não se pode esperar que os Estados não cumpram as orientações do TEDH e extraditem a pessoa, ou que violem deliberadamente os direitos que se comprometeram a proteger. E os Estados que têm pena de morte e garantias de revisão da mesma não terão, com certeza, o retrocesso civilizacional que implicaria a redução destas últimas.

²⁶⁴ SCHABAS, William A., *The Death Penalty...*, pág. 116. O CDHNU considerou a primeira destas reservas (ao PIDCP) como ilegal.

²⁶⁵ SCHABAS, William A., *The Death Penalty...*, pág. 120.

²⁶⁶ SCHABAS, William A., *The Death Penalty...*, pág. 156.

²⁶⁷ Todos os períodos de tempo foram sugeridos no âmbito de julgamentos de variados pontos do mundo – referidos em SCHABAS, William A., *The Death Penalty...*, pág. 127 ss. Tendo em atenção o nosso tema nesta Parte do trabalho convém referir que, apesar de tal questão não ter sido directamente abordada pelo TEDH, que não se debruçou sobre quanto tempo seria ainda aceitável, o período previsto no corredor da morte para Soering seria de 6 a 8 anos.

²⁶⁸ Para ambas as querelas, sobre o aproximar do tempo limite e os critérios para a sua definição, v. SCHABAS, William A., *The Death Penalty...*, pág. 129 ss..

6. A jurisprudência de Estrasburgo – considerações finais

Os últimos comentários a tecer quanto ao tema em apreço devem sem dúvida tocar uma derradeira problemática. Mas façamos uma breve retrospectiva.

A protecção que a Convenção concede quando de entrega *l. s.* falamos estende-se, desde que foi afirmada em 1989, a vários grupos de casos – desde logo a maus-tratos em geral, quando esse risco advenha de uma actuação das autoridades do Estado requerente; depois, a maus-tratos que não decorram directamente dessas entidades²⁶⁹, e ainda quando a situação desumana ou degradante da pessoa em causa tenha como origem situações médicas. Recentemente, foi incluída de modo expreso a protecção em caso de flagrante negação de justiça, incorporando os valores do *fair trial* também nas situações a ponderar quando um pedido de extradição se encontra em causa.

No entanto, e como já foi referido na Parte I, pode existir aqui um conflito de obrigações, entre a obrigação de extraditar reconhecida em Tratado, e a obrigação de respeitar a decisão do TEDH. Não existe critério para determinar a superioridade de uma das obrigações assumidas em relação à outra²⁷⁰, apesar de se referir que, muito embora não se possa presumir a vontade do Tribunal de Estrasburgo, o facto de aplicarem as garantias da Convenção à extradição indica que esperam que isso seja respeitado, e portanto que se prefira esse compromisso àquele de extraditar a pessoa em causa. O próprio Tribunal já se reportou a essa opinião em Ac. posteriores, exacerbando o carácter inviolável do art. 3º e a obrigação dos Estados cumprirem as suas obrigações perante a CEDH, desconsiderando um pouco a cooperação internacional em casos tão graves quanto os analisados²⁷¹.

Analisemos um pouco mais a questão da obrigatoriedade dos julgamentos do TEDH – dispõe o art. 46º CEDH que os julgamentos têm força vinculativa para os Estados contratantes que neles participem, não podendo estes submeter o litígio a outra instância internacional e comprometendo-se a respeitar a decisão definitiva do Tribunal²⁷². O julgamento tem, portanto, um efeito *inter partes*,²⁷³ discordando a doutrina quanto ao facto dessas decisões assumirem um carácter interpretativo quase

²⁶⁹ Veja-se, a título de exemplo, o julgamento de *H.L.R. v. France*, § 40, e o de *Abdolkhani*, § 74.

²⁷⁰ WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 762 refere mesmo o silêncio da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados nesta questão.

²⁷¹ Vejam-se a este propósito os Ac. de *Hirsi Jamaa*, § 129; de *Al-Saadoon*, §128; e de *Ismoilov*, § 126.

²⁷² DUARTE, Maria Luísa, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – uma nova etapa (Protocolo nº 11)”, in MOTA DE CAMPOS, João (coord.), *Organizações Internacionais*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pág. 626.

²⁷³ Apesar de AMBOS, Kai, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 421 e 422, discordar desse mero efeito *inter partes*, defendendo o autor uma visão de conjunto da jurisprudência do Tribunal, independentemente das partes em questão. Afirma ainda que esta será a única forma de conceber a CEDH como um instrumento com o sentido de uma “constituição de direitos básicos da Europa”, ou pelo menos como um “padrão mínimo próprio de um Estado de Direito para um processo penal europeu”. Assim, faria parte deste efeito vinculante (de uma norma) a capacidade de generalização de um determinado sentido interpretativo por força do exposto no julgamento de diversos casos concretos.

equivalente a um *precedente judicial* (ou, diríamos nós, aos acórdãos de uniformização de jurisprudência), ou se os seus efeitos se limitam efectivamente à situação em causa e às partes concernentes²⁷⁴.

Quando Estrasburgo chega à conclusão de que uma determinada situação é violadora da Convenção, pode acontecer uma de duas coisas (em casos de entrega *l. s.*):

- Ou o Estado já entregou o indivíduo – neste caso, e de acordo com a doutrina geral da responsabilidade do Estado em DIP, está este obrigado a adoptar todos os actos ao seu alcance para reparar ou compensar essa entrega indevida²⁷⁵;
- Ou essa entrega ainda não foi efectuada – neste caso a tutela concedida pelo TEDH é preventiva, criando na esfera do Estado a obrigação de não proceder à remoção do indivíduo (mesmo que indirectamente) para um território onde os seus direitos garantidos pela Convenção seriam negados²⁷⁶.

Apesar disso, nenhuma sanção é prevista para os Estados que não cumpram as sentenças do Tribunal, exceptuando a taxa de juros moratórios imposta aos Estados em caso de incumprimento da compensação monetária imposta em casos concretos.

A controvérsia chegaria, apesar de tudo, a uma resolução mais fácil no caso de o art. 3º (e agora o art. 6º, quando em relação com violações do art. 3º? ²⁷⁷) ser considerado *jus cogens*, pois desse modo prevaleceria indubitavelmente sobre quaisquer outros Tratados existentes entre as partes²⁷⁸.

Um conflito não chegaria sequer a existir apenas no caso de ambos os países serem partes na CEDH, caso em que prevaleceria indubitavelmente a obrigação de se pautarem pela decisão do Tribunal, uma vez que ambos se obrigaram à sua jurisdição.

Já em si um passo notável, o julgamento de Soering veio mudar a compreensão existente à época das matérias que à extradição diziam respeito. Estendeu-se posteriormente à expulsão de indivíduos, e hoje também a outros direitos humanos. Parece seguro afirmar que, se ou quando mais desenvolvimentos se derem neste âmbito, o seu propulsor será o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem através da sua consistente jurisprudência inovadora.

²⁷⁴ Em DUARTE, Maria Luísa, “A Convenção Europeia...”, pág. 627 podemos ler que uma “autoridade interpretativa” é defendida pela doutrina; dessa opinião partilha ainda POLAKIEWICZ, Jörg, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Heidelberg, Springer-Verlag, 1993, pág. 370. Já em ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 4ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 63 é claro que o autor pretende afastar esse efeito, apesar de admitir que os Tribunais nacionais devem interpretar a Convenção à luz da jurisprudência do TEDH.

²⁷⁵ POLAKIEWICZ, Jörg, *Die Verpflichtungen...*, pág. 364. Apenas mencionamos esta medida porque as restantes duas obrigações (a saber, a de descontinuar o acto violador e prestar garantias de que um novo acto desse género não tomará lugar) não se coadunam com a especial natureza da cooperação internacional.

²⁷⁶ POLAKIEWICZ, Jörg, *Die Verpflichtungen...*, pág. 366.

²⁷⁷ Apesar de WYNGAERT, Christine van den, “Applying the European...”, pág. 223, afirmar que este direito não faz parte do acervo de *jus cogens*.

²⁷⁸ Tendo em conta o que foi dito no ponto 3.4. e o art. 64º CV (que estabelece a nulidade de qualquer Tratado em conflito com uma norma de *jus cogens*), conceder uma extradição quando violadora de uma norma preempatória seria um acordo nulo, e portanto todos os efeitos teriam que ser revertidos (incluindo a devolução da pessoa) - VOGLER, Theo, “The Scope of extradition...”, pág. 670.

Parte III

Do Mandado de Detenção Europeu e os
Direitos Fundamentais –
O espaço da União

1. Contextualização

As origens e intenções iniciais da União Europeia (UE) (então Comunidade Económica Europeia – CEE) são bem conhecidas – o estreitamento de laços entre os países assumia um cariz marcada e exclusivamente económico, sendo que os poucos direitos então mencionados se reconduziam igualmente a esses objectivos – falamos aqui das quatro liberdades fundamentais deste espaço²⁷⁹, as quais, embora reflectindo-se nos indivíduos, serviam mais os propósitos da união de Estados do que os interesses dos particulares.

É por este motivo que não se encontra qualquer disposição nos Tratados iniciais sobre a questão dos direitos fundamentais, nem se considerou então pertinente incluí-la; de facto, operava-se sob a ideia de que, uma vez que toda a actividade da CEE era exclusivamente na área económica, nenhum direito fundamental podia ser por esta ferido (e de as disposições estaduais seriam suficientes). Por outro lado, havia a tendência para ver o Conselho da Europa como o guardião destes direitos no espaço europeu, pelo que não seria necessária a protecção de mais uma entidade, sobretudo quando esta se definia como apenas económica.

A questão, é claro, não poderia permanecer tão linear com o avançar da actividade da CEE, e depressa se percebeu que as suas medidas tinham a capacidade de interferir com certos direitos dos indivíduos; o défice de protecção destes direitos veio a ser ainda mais evidente com o desenvolvimento dos princípios do efeito directo e do primado do Direito Comunitário – agora uma medida comunitária podia afectar direitos protegidos pelas ordens constitucionais estaduais, sobrepondo-se a estas mesmo sem oferecer outras garantias de protecção equivalentes.

Quando questionado, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE – então TJ das Comunidades Europeias) optou, numa abordagem inicial, por negar qualquer competência para avaliar questões sobre direitos fundamentais, não só porque nenhum princípio relativo a direitos fundamentais podia ser encontrado nos Tratados, mas também porque não poderiam considerar o disposto nas ordens constitucionais dos Estados-Membros (EM), dada a superioridade do Direito Comunitário²⁸⁰. Esta visão não foi bem aceite pelas ordens constitucionais de alguns EM, nomeadamente da Alemanha e da Itália, que de imediato contestaram essa supremacia comunitária enquanto a CEE não possuísse um nível de protecção de direitos equivalente àquele observado pelas suas Constituições²⁸¹. Consideravam

²⁷⁹ A saber, a liberdade de circulação de pessoas, bens, capitais, e a liberdade de estabelecimento, às quais era acoplada, mais uma vez para que se atingissem os objectivos do Mercado Interno, a não discriminação em razão da nacionalidade – MOREIRA, Vital, “A ‘Constitucionalização’ dos Direitos Fundamentais na União Europeia (UE)”, in Tribunal Constitucional, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 697.

²⁸⁰ MOREIRA, Vital, “A ‘Constitucionalização’...”, pág. 699. Esta foi a orientação seguida pelo Tribunal nos Ac. *Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft v. High Authority* (processos C-16, 17 e 18/59), *Stork v. High Authority* (processo C-1/58) e ainda *Sgarlata and Others v. Commission* (processo C-40/64).

²⁸¹ Nesta questão são de particular modo pertinentes as decisões conhecidas como “*Solange*” do Tribunal Constitucional (TC) Alemão – a primeira de 29 de Maio de 1974.

assim sua prerrogativa confrontar as decisões da Comunidade com os direitos consagrados na sua ordem jurídica, recusando mesmo a sua aplicação se tal se mostrasse necessário à protecção dos mesmos.

Toda esta crítica motivou uma mudança de atitude na jurisprudência do TJCE, e mesmo na configuração posterior do Direito originário da UE.

2. A evolução da protecção dos Direitos Fundamentais na UE

2.1. Evolução jurisprudencial

A posição assumida pelos TC de alguns Estados colocava em risco o primado do Direito Comunitário tal como definido pelo TJCE, ao afirmarem que a sua conformidade com o Direito interno iria agora ser avaliada. Esta era uma consequência não desejada pela CEE, pelo que logo em 1969 o Tribunal começa a delinear uma outra orientação jurisprudencial, ao admitir no Ac. *Stauder* que os “direitos fundamentais individuais” fazem parte do acervo de “princípios gerais do direito comunitário”, e como tal devem ser tidos em conta na apreciação da causa²⁸². No ano seguinte, com o Ac. *Internationale Handelsgesellschaft*, dão o segundo passo na inclusão destes direitos no âmbito da Comunidade – na linha de *Stauder*, afirma-se agora que os direitos fundamentais parte dos princípios gerais do Direito Comunitário se inspiram nas tradições constitucionais dos EM, devendo contudo, para que não se coloque em risco o primado, ser assegurados “no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade”²⁸³.

O estágio de evolução seguinte dá-se com o Ac. *Nold*, onde se referem agora também os “instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os estados membros colaboraram ou a que aderiram”²⁸⁴ como uma fonte a considerar no que concerne à protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. A CEDH é especificamente referida neste contexto num Ac. posterior, *Rutili*, onde se mencionam algumas das suas disposições pertinentes para o caso²⁸⁵.

Denote-se que, até aqui, todos os Ac. se referiam a actos da Comunidade; este aspecto veio a ser alterado, no entanto, com o Ac. *Wachauf*, onde se estendem “as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária” aos actos dos EM “aquando da implementação das regulamentações comunitárias”²⁸⁶. As exigências colocadas aos EM permaneciam ainda quando estes pretendiam derrogar medidas da Comunidade, e não implementá-las, o que significa que continuavam vinculados ao respeito pelos direitos reconhecidos por aquela –

²⁸² Ponto 7 dos Fundamentos da Decisão do Tribunal, processo 29/69.

²⁸³ Ponto 4 dos Fundamentos da Decisão do Tribunal, processo 11/70.

²⁸⁴ Ponto 13 dos Fundamentos da Decisão do Tribunal, processo 4/73.

²⁸⁵ Ponto 32 dos Fundamentos da Decisão do Tribunal, processo 36/75.

²⁸⁶ Ponto 19 do Acórdão do Tribunal, processo 5/88.

este aspecto foi sublinhado primeiramente no Ac. *ERT*²⁸⁷. Por último, foi ainda acrescentado um efeito horizontal a estes princípios, ao admitir-se a sua aplicação às relações entre particulares (*Ac. Mangold*)²⁸⁸.

Perante o reconhecimento, por parte do Tribunal, destas fontes de direitos fundamentais no âmbito da CEE (principalmente no tocante às tradições constitucionais dos EM), colocou-se a questão de saber se se devia adoptar ou não uma visão maximalista – isto é, se se deveria reconhecer todo e qualquer direito qualificado como fundamental por um EM, ou se, pelo contrário, se deveriam admitir apenas aqueles partilhados pela maioria/todos os Estados-Membros. Tornou-se claro, tanto no Ac. *Mannesmannröhren-Werke*²⁸⁹ como na Opinião do Advogado-Geral (AG) Warner no caso *AM&S*²⁹⁰, que se pretendia claramente optar por uma visão mais restritiva a nível comunitário, aceitando como princípios invocáveis em juízo os direitos que fossem reconhecidos pelo menos por uma maioria das ordens jurídicas nacionais.

A evolução até agora traçada refere-se à protecção dos direitos fundamentais em geral; no entanto, recentemente tem existido um número cada vez maior de casos relacionados com medidas penais na UE, o que motivou a expansão da jurisprudência do Tribunal de Justiça também para esta área. Nos primeiros Ac. denota-se uma certa relutância em analisar a questão em detalhe, limitando-se a afirmar, em *Bosphorus*, que os direitos fundamentais poderiam ser comprimidos em determinadas situações, nomeadamente quando existam no caso “objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade”²⁹¹. Outros casos foram rejeitados por motivos processuais²⁹², até que, a partir de 2005 com *Kadi I* e *Kadi II*, a posição do Tribunal mudou radicalmente, estando agora os juízes dispostos a declarar certas medidas de âmbito europeu como contrárias aos direitos fundamentais. Estes casos foram originados pela implementação através de regulamentos, por parte da União, de Resoluções das Nações Unidas que ditavam o congelar de fundos financeiros de pessoas (colectivas ou individuais) que se suspeitasse estarem ligadas de algum modo aos talibãs, a Osama bin Laden ou à Al-Qaeda. Estas medidas eram colocadas em prática assim que os nomes das pessoas a atingir surgissem na lista apropriada, sem que houvesse lugar a qualquer audiência das mesmas ou possibilidade de contestar a aplicação dessa medida; por estes motivos, Kadi recorre ao TJ, cujo Tribunal de primeira instância recusa o caso alegando que não poderia julgar medidas do Conselho de Segurança. A

²⁸⁷ Ponto 43 do Acórdão, processo C-260/89. Para maior desenvolvimento em relação a Ac. posteriores, v. CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 5ª Edição, Oxford, Orxford University Press, 2011, pág. 381 ss.

²⁸⁸ Em relação ao princípio da não discriminação em razão da idade, ponto 77 do Acórdão, processo C-144/04.

²⁸⁹ Ponto 84 do Acórdão, processo T-112/98.

²⁹⁰ Capítulo V da Opinião do AG Warner de 20 de Janeiro de 1981, no âmbito do processo C-155/79.

²⁹¹ Ponto 21 do Acórdão, processo C-84/95. No Ponto 26 é avaliada a proporcionalidade da medida – a apreensão de um avião da Jugoslávia – em relação ao objectivo que se pretende prosseguir – no caso, essa era uma sanção aplicada para que a Jugoslávia cessasse as violações aos direitos humanos e actos de guerra de que era acusada.

²⁹² Ac. *PKK e Segí*, processos T-229/02 e C-355/04, respectivamente, mencionados em CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 373.

visão do Tribunal de Justiça foi, no entanto, outra – as medidas cuja legalidade se deveria apreciar não eram as ditadas pelo Conselho de Segurança, mas sim aquelas (comunitárias) que as executavam – e essas não poderiam, já segundo jurisprudência bem estabelecida, contrariar os direitos fundamentais²⁹³. O Tribunal continua analisando quais os direitos em causa, e se estes haviam sido infringidos ou não, concluindo pela nulidade da medida comunitária ao considerar que a restrição ao direito de propriedade de Kadi havia sido desproporcional²⁹⁴. O Ac. *Kadi II*²⁹⁵ surge na esteira do primeiro, uma vez que foi concedido um prazo de três meses para que os órgãos da UE sanassem as deficiências encontradas; não o tendo feito de forma satisfatória, o Regulamento foi mais uma vez anulado, desta feita sem qualquer prazo intermédio²⁹⁶.

2.2. Evolução nos Tratados

A alteração ocorrida a nível jurisprudencial cedo adquiriu contornos igualmente políticos, de início apenas sob a forma de Declarações²⁹⁷, depois através de outras iniciativas não vinculantes para os Estados²⁹⁸. Como já referido, apesar de existirem algumas disposições iniciais que se poderiam considerar direitos, estas encontravam-se intimamente relacionadas com os objectivos económicos da CEE. Não foi até ao Acto Único Europeu (1987) que uma cláusula geral sobre Direitos Fundamentais foi incluída no Direito originário da Comunidade, e mesmo aqui apenas no seu Preâmbulo²⁹⁹. No Tratado da União Europeia (TUE) na sua versão de Maastricht é incluído, pela primeira vez, um artigo no corpo do Tratado dedicado apenas a estes direitos – o nº 2 do art. F³⁰⁰, que transpõe para os Tratados a doutrina já desenvolvida pelo TJCE em matéria de direitos fundamentais; por outro lado, também é aqui que surge o conceito da cidadania europeia, a qual confere aos seus titulares todo um conjunto de direitos. O Tratado de Amsterdão altera um pouco o art. 6º TUE (sobre os direitos fundamentais) e adiciona um novo art. 7º, o qual prevê

²⁹³ Pontos 285 e 286 do Acórdão, processo C-402/05, recorrendo do original T-315/01.

²⁹⁴ Pontos 334, 352, 370 e 372 de Kadi.

²⁹⁵ Processo T-85/09.

²⁹⁶ Outros processos idênticos existiram – para uma enunciação dos mesmos, v. CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 374. Nos casos de Kadi existe ainda uma recente Opinião do AG Yves Bot, que explica o porquê de não se atribuir “imunidade jurisdicional aos regulamentos de implementação das resoluções do Conselho de Segurança” – Conclusões apresentadas a 19 de Março de 2013, no âmbito dos processos C-584, 593 e 595/10 P.

²⁹⁷ Declaração conjunta do Parlamento, do Conselho e da Comissão em 1977.

²⁹⁸ Como referidas em CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 389, incluindo uma Declaração de Direitos Fundamentais e uma Carta de Direitos Fundamentais Sociais, ambas de 1989.

²⁹⁹ Onde se pode ler que os Estados acordaram em “promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social”.

³⁰⁰ “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.”

um mecanismo de sanção aos Estados que os desrespeitarem de forma grave; com o Tratado de Nice este mecanismo passou a ser possível também de modo preventivo, quando exista um “risco manifesto” de tal se vir a verificar. Outras manifestações da preocupação da União com esta matéria (no TUE) podem ainda ser encontradas no art. 2º e 49º. Em 2000 é adoptada a Carta dos Direitos Fundamentais (CDF) da União, a qual, contudo, não adquiriu a força vinculativa desejada com a rejeição do Tratado Constitucional (uma vez que se encontrava incluída no mesmo)³⁰¹.

Chegamos assim ao momento actual de evolução, com as alterações trazidas pelo Tratado de Lisboa, o qual demonstra o empenho da UE em colmatar a falha em termos de protecção de direitos fundamentais que, de modo mais ou menos evidente, sempre lhe foi apontada.

2.3. A situação actual

Actualmente, a questão dos direitos fundamentais na União continua a ser regulada pelo art. 6º TUE (versão de Lisboa), o qual apresenta agora algumas novidades, começando pela enunciação das três fontes normativas nesta matéria:

- a CDFUE, que adquire “o mesmo valor jurídico que os Tratados” – nº 1;
- a CEDH, que passará a ter uma força vinculativa mais concreta assim que se realizar a adesão da UE à mesma – nº 2;
- e ainda, e explanando a jurisprudência desenvolvida pelo TJUE, as “tradições constitucionais comuns” aos EM, de onde podem surgir direitos fundamentais que serão tidos como parte do Direito da União enquanto princípio gerais – nº 3.

Existem assim três níveis de protecção destes direitos na União; como se pode compreender, o catálogo assim enunciado não será exaustivo³⁰² (basta pensarmos apenas nos direitos que podem ser progressivamente incorporados através da sua consideração como princípios gerais); e esse facto, aliado à menção a três fontes normativas diferentes, gerará inevitavelmente alguma incerteza jurídica³⁰³ relativamente a qual fonte aplicar em que casos. A situação é tornada ainda mais complicada quando se pondera o facto de a CDFUE não ter o mesmo impacto em todos os EM da UE.

Antes de passarmos a uma análise destas três fontes principais, deve ser ainda apontado que as referências a direitos fundamentais feitas no art. 3º (anterior art. 2º), art. 7º e 49º se mantêm com o Tratado de Lisboa – respectivamente, os objectivos da União, o procedimento de sanção aos EM que desrespeitarem esses direitos, e o respeito dos mesmos por parte de novos candidatos à UE.

³⁰¹ CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 394.

³⁰² CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth e MONTI, Giorgio, *European Union Law: Cases and Materials*, 2ª Edição, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pág. 230.

³⁰³ CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 362.

2.3.1. CDFUE

A resolução da problemática do défice de protecção dos direitos fundamentais na UE aparentava poder atingir-se por duas formas distintas – ou se aderiria à CEDH (questão a discutir no ponto seguinte) ou se elaborava um catálogo próprio de direitos para a União³⁰⁴. Existem inúmeras razões apontadas para que se concebesse a Carta, das quais “reforçar... a legitimidade política [da UE] [...], tornar mais visíveis os valores incontornáveis da UE [...], formalizar num catálogo sistemático o património que os candidatos a membros teriam de abraçar”³⁰⁵, ou ainda “o desejo de conferir aos direitos sociais o mesmo estatuto dos outros direitos [...] [e o] acordo de que os direitos fundamentais na UE não deviam estar escondidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça”³⁰⁶. Foi assim que no Conselho Europeu de Colónia de 1999 se concordou em elaborar a Carta, sendo esta aprovada em 2000. A sua natureza jurídica ficou indefinida até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, altura em que passou a ter um valor jurídico idêntico ao dos Tratados.

Ao contrário do que se poderia pensar, este não foi o fim da problemática em torno da CDFUE. Confrontados com a sua entrada em vigor, três EM (Reino Unido, Polónia, e depois a República Checa) decidiram limitar o impacto da Carta nos seus ordenamentos jurídicos, nomeadamente por razões económicas e sociais; no entanto, estas declarações parecem não vir a ter muito efeito prático – já antes do valor jurídico da CDF ser estabelecido o TJUE fazia apelo a algumas das suas disposições, e a codificação nela feita remonta em grande parte à jurisprudência daquele Tribunal, através do seu apelo aos princípios gerais de Direito Comunitário. Como este Protocolo não se dirige ao TJUE ou à sua jurisdição, é improvável que venha a ter o impacto desejado por esses três países, uma vez que o Tribunal pode continuar a aplicar direitos da Carta através da referência às outras fontes mencionadas³⁰⁷. No entanto, não deixa de ser algo incómoda a existência de uma declaração a afastar certos países dos parâmetros de protecção que a UE deseja atribuir aos seus cidadãos.

Quanto à sistematização da Carta, esta encontra-se dividida em seis partes, ao contrário das três que seriam tradicionais em instrumentos de direitos fundamentais; estas seis partes referem-se aos valores e princípios³⁰⁸ da dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. O sétimo e último capítulo contém disposições transversais a todos os direitos explanados, sendo este o que passaremos a analisar de modo liminar.

O âmbito de aplicação da CDFUE encontra-se definido no art. 51º, explicitando este que as disposições anteriores se dirigem à actuação de toda a União, e dos EM “apenas quando apliquem o direito da União”. O nº 2 deste artigo assegura que nenhuma competência ou atribuição da UE será modificada por força da Carta

³⁰⁴ MOREIRA, Vital, “A ‘Constitucionalização’...”, pág. 706.

³⁰⁵ MOREIRA, Vital, “A ‘Constitucionalização’...”, pág. 711.

³⁰⁶ CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth e MONTI, Giorgio, *European Union Law...*, pág. 237.

³⁰⁷ CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 395.

³⁰⁸ SOARES, António Goucha, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pág. 40.

(facto que, aliás, já se encontra referido no nº 1 do art. 6º TUE). Ao aplicarmos esta disposição ao nosso tema, podemos concluir que os direitos da Carta poderão ser invocados no âmbito de um mandado de detenção europeu (MDE), uma vez que este é a aplicação de direito da União.

Já o art. 52º contém uma cláusula geral de restrição dos direitos, muito à semelhança do que foi analisado em relação ao art. 8º CEDH, remetendo o nº 2 para outros requisitos específicos que possam estar referidos em cada direito. O nº 3 e 4 dirigem-se à relação existente entre as várias fontes de direitos fundamentais na União – os parâmetros de protecção concedidos pela CEDH (e explicitados pela jurisprudência do TEDH) funcionarão como limiar mínimo, não impedindo que a UE conceda uma protecção mais ampla se assim o desejar³⁰⁹ (o que será importante para o nosso tema em particular, tendo em atenção a doutrina do TEDH em relação à remoção de um indivíduo de um território parte do Conselho da Europa); já em relação às tradições constitucionais comuns aos EM, os direitos que daí forem retirados deverão ser interpretados “de harmonia com essas tradições”³¹⁰. O nº 5 esclarece a diferença prática entre direitos e princípios reconhecidos na Carta (apesar de ser uma distinção pouco clara e criticável³¹¹).

O art. 53º estabelece uma cláusula de não regressão no *standard* de protecção que vá sendo atingido tanto internacional como nacionalmente, proibindo uma interpretação da Carta num sentido menos amplo ou menos favorável do que aquele já concedido pelos instrumentos neste art. mencionados. Por fim, o art. 54º refere-se à proibição do abuso de qualquer direito da CDFUE.

Em resumo, e no que ao nosso tema importa reter, os direitos da Carta poderão ser aplicados no âmbito de um MDE, e o nível de protecção já concedido pela CEDH deverá ser respeitado quando se aplique Direito da União.

2.3.2. A adesão à CEDH

Como já referido, uma das alternativas para que se resolvesse a problemática da escassa protecção aos direitos fundamentais na UE era a adesão à CEDH. Todos os EM aderiram à mesma, mas o problema permanecia quando os actos a contestar eram

³⁰⁹ Aqui será importante salientar a importância da adesão da UE à CEDH. Como aponta MOREIRA, Vital, “A ‘Constitucionalização’...”, pág. 731, referindo-se ao sentido do art. 52º, nº 3: “não havendo recurso para o TEDH, esse preceito fica dependente da boa vontade do TJCE”.

³¹⁰ Em relação a esta deferência para com a visão do TEDH e das tradições constitucionais dos EM, critica CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth e MONTI, Giorgio, *European Union Law...*, pág. 248, o facto de parecer que o TJUE está na prática a “delegar o trabalho de determinar o conteúdo dos direitos fundamentais da UE em outros Tribunais”. Não nos parece que seja esse o caso; de facto, os nº 3 e 4 do art. 52º almejam apenas harmonizar três níveis de protecção que coexistem no espaço europeu, que se sobrepõem e intercalam, e cuja coabitação não pode ser fácil, tendo em conta que em todos os três níveis existem Tribunais que se vêem habitualmente como de última instância.

³¹¹ De facto, em CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 398, podemos ler que esta distinção pouco precisa (pois não existe critério para distinguir um direito e um princípio na Carta) terá sido introduzida para reter um pouco da qualificação tradicional que distingue entre os “direitos civis e políticos negativamente orientados e os direitos económicos e sociais positivamente orientados, no sentido de tornar os últimos largamente não-justiciáveis”.

da autoria da União, ou mesmo quando os Estados actuavam por obrigação de um acto da UE (pense-se, p. ex., na execução de um Regulamento, para a qual a vontade do Estado é irrelevante). A partir de 1979 a opinião dos órgãos europeus sofre uma alteração, começando a ser favorável à sua adesão à CEDH, e é neste contexto que, a pedido do Conselho Europeu em 1994, o TJCE prolacta o seu Parecer 2/94, o qual se destina a averiguar as possibilidades jurídicas dessa adesão. A opinião do Tribunal foi que tal acto extravasaria as competências da Comunidade, uma vez que iria determinar a inserção da mesma num sistema institucional internacional distinto, e com isso a adopção de todas as disposições da CEDH no Direito Comunitário; isso foi visto como alterando substancialmente o sistema de protecção dos direitos fundamentais na CEE, o que, portanto, só seria possível através da alteração dos Tratados³¹². Essa não era a única objecção, contudo – existia ainda o obstáculo da CEDH não permitir a adesão de entidades não estaduais (o qual foi ultrapassado apenas em 2010, com a entrada em vigor do Protocolo nº 14).

Mas mesmo quando a União não possuía (nem existiam perspectivas sérias de possuir) legitimidade passiva numa demanda perante o TEDH, já se procurava uma responsabilidade da mesma por actos que supostamente desrespeitavam as disposições da CEDH. Foi assim que, no caso *CFDT*, esta organização sindical francesa procurou obter a condenação da CEE por violação dos seus direitos relativos ao art. 11º e 13º CEDH, dirigindo a sua pretensão contra a CEE, os EM colectiva e individualmente considerados. A Comissão, que então decidia da admissibilidade dos processos perante o TEDH, considerou que³¹³:

- Em relação à CEE, não se poderia admitir o recurso ao TEDH porque, não sendo estas membro da CEDH, não teriam legitimidade passiva;
- Em relação ao “conjunto dos EM”, concluiu a Comissão (e uma vez que a *CFDT* não havia definido esse aspecto) que se deveria considerar como tal o Conselho Europeu (então das CEE), o que fazia com que também por esta via não se admitisse o recurso *ratione personae*;
- Por último, em relação aos EM individualmente considerados, a Comissão apontou que o único Estado que poderia ser responsabilizado seria a França, país que não havia reconhecido o direito de petição individual ao TEDH, enquanto que os restantes EM não poderiam ser chamados à colação apenas por terem participado na decisão do Conselho, uma vez que isso não se poderia entender como “exercer a sua jurisdição”, nos termos do art. 1º CEDH.

Outros casos foram surgindo depois deste, mas todos eles foram rejeitados por motivos processuais³¹⁴. Não foi até 1996, com o caso *Canton*³¹⁵, que o TEDH admitiu

³¹² Pontos 34 e 35 do Parecer 2/94.

³¹³ Decisão de admissibilidade de 10 de Julho de 1978, referente ao requerimento nº 8030/77.

³¹⁴ A título de exemplo, os casos *Guérin* e *Segi/Gestoras Pro-Amnistia*, analisados em CABALLERO, Susana Sanz, “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los Derechos Fundamentales en Europa?”, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 8, nº 17, Janeiro-Abril, 2004, pág. 129 ss; os casos *Senator Lines* e *Emesa Sugar*, referidos em CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 401; e ainda *Etienne Tête* e *M & Co.*,

poder existir uma eventual violação da CEDH por uma medida comunitária – a questão é que o responsável perante o Tribunal seria o Estado-Membro que a aplicasse, não a CE. Uma condenação só seria obtida em 1999, no caso *Matthews v. The United Kingdom*, onde se contestava a impossibilidade dos cidadãos de Gibraltar de votar para as eleições do Parlamento Europeu. Neste Ac. decidiu o Tribunal que, apesar de um acto da CE não poder ser, enquanto tal, disputado no TEDH, o facto é que a mera transferência de competências do EM para a CE não excluía a sua responsabilidade enquanto parte da CEDH; por esse motivo, o Reino Unido estaria igualmente obrigado a assegurar no seu território os direitos garantidos pela CEDH e seus Protocolos³¹⁶. A partir de então é admitida uma espécie de responsabilidade *indirecta* da CE, através dos seus EM³¹⁷.

Mas o caso mais relevante em termos da relação entre o TEDH e a CE/UE talvez seja *Bosphorus*, de 2005, onde uma empresa turca contesta a apreensão por parte da Irlanda de um avião que havia alugado à ex-Jugoslávia. Este acto da Irlanda, que a Turquia alega atentar contra o seu direito de propriedade protegido pela Convenção, é efectuado em cumprimento de um Regulamento da CE que aplica as sanções recomendadas pela ONU à ex-Jugoslávia. Tendo todos os factos em atenção, o TEDH começa por estabelecer que a Irlanda não detinha qualquer poder discricionário na implementação do Regulamento³¹⁸, o que seria admitido e afastaria a sua responsabilidade se a organização que emitiu a medida em causa (a CE) possuísse um sistema de protecção dos direitos fundamentais equivalente àquele da CEDH – nesse caso, a obediência da Irlanda às medidas comunitárias teria que ser considerada conforme à CEDH, já que todo o sistema da CE, ao ser “equivalente”, também o seria³¹⁹; essa presunção seria apenas afastada se, no caso concreto, se demonstrasse que a protecção de um determinado direito era “manifestamente deficiente” na Comunidade³²⁰. Avaliada a situação de protecção desses direitos a nível comunitário, entendeu o TEDH que esta era “equivalente” àquela proporcionada pela Convenção, pelo que a Irlanda não poderia ser responsabilizada pela apreensão do avião³²¹.

Recentemente, também as intervenções da União a nível de entrega *l.s.* tiveram oportunidade de ser avaliadas pelo TEDH – recorde-se o caso M.S.S., já analisado na Parte II, referente ao sistema de asilo da UE. Uma queixa tendo por base um MDE foi, no entanto, considerada inadmissível pelo Tribunal, declarando este

mencionados em European Court of Human Rights, Press Unit, *Factsheet – Case-law concerning the EU*, Janeiro de 2013, pág. 2.

³¹⁵ Ac. *Cantoni v. France*, respeitante ao art. 7º CEDH. Apesar do TEDH ter admitido a possibilidade de uma eventual condenação da França, isso acabou por não acontecer *in casu*.

³¹⁶ *Matthews*, § 32-35.

³¹⁷ Como salienta PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 128, nota 292.

³¹⁸ *Bosphorus*, § 148.

³¹⁹ *Bosphorus*, § 155.

³²⁰ *Bosphorus*, § 156.

³²¹ *Bosphorus*, § 159 ss, em especial § 165-167.

que o recurso era manifestamente mal fundado e se encontrava já fora do tempo previsto nas condições de admissibilidade do art. 35º CEDH.

Em resumo, antes da adesão à CEDH por parte da UE³²²:

- Nos casos em que exista algum poder discricionário por parte do EM que implementa a medida comunitária, este poderá ser responsabilizado pelo TEDH por qualquer acto seu que contrarie as obrigações resultantes da Convenção;
- Nos casos em que não existe esse poder discricionário, presumir-se-á, de acordo com a formulação em *Bosphorus*, que esse Estado agiu de acordo com a CEDH enquanto o sistema de protecção dos direitos fundamentais na União seja considerado equivalente ao da CEDH, e não seja no caso particular ilidida essa presunção;
- Por fim, nos casos em que o acto seja adoptado por um órgão da UE, a única forma de o trazer perante o TEDH seria dirigir a queixa contra todos os Estados da UE colectivamente considerados.

A questão permanece, no entanto, para o período após a adesão da UE à CEDH – esta presunção mantém-se, ou será a União uma parte igual a qualquer Estado demandado perante o TEDH³²³? Parece que esta última será a posição mais correcta a adoptar, uma vez que a partir de então qualquer acto da União poderá ser levado a Estrasburgo, sem qualquer restrição de jurisdição deste. De facto, já se sugeriu³²⁴ que as razões para a existência desta presunção não são tanto relativas à qualidade da protecção dos direitos fundamentais na União, mas sim o facto do TEDH querer reconhecer que o responsável por avaliar a validade das medidas da UE é o TJUE, e também a possibilidade que tinham de, considerando essa protecção em algum caso manifestamente deficiente, poderem condenar o Estado que implementou a medida comunitária (esse sim parte na CEDH). Não faria, portanto, sentido que a presunção se continuasse a aplicar uma vez efectuada a adesão – aí a UE terá concordado com a jurisdição do TEDH, e como tal, os seus actos poderão ser fiscalizados tal como os dos Estados; por outro lado, isso poderia levar os restantes signatários da Convenção a arguir que também eles deveriam beneficiar de tal presunção, dada a protecção conferida aos direitos fundamentais nas suas Constituições³²⁵.

Optou-se, no Tratado de Lisboa, tanto por dotar a UE de um catálogo próprio de direitos fundamentais, como por decretar a sua adesão à CEDH – mas seria esta necessária, agora que a Carta tem valor vinculativo? São várias as razões apontadas para que se concretize a adesão³²⁶ – desde logo, seria um sinal positivo quanto ao

³²² CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 403.

³²³ CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 404.

³²⁴ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg”, *in* *European Law Review*, Vol. 35, nº 6, Dezembro 2010, pág. 798.

³²⁵ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 798.

³²⁶ CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 399/400; PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito...*, pág. 130 ss; VITORINO, António, “Perspectivas de futuro para a União Europeia: desenvolver o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e reforçar a tutela dos Direitos Fundamentais”, *in* *Tribunal Constitucional, Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1003 ss.

empenho da União na causa dos direitos fundamentais, para além de assegurar uma coerência entre os sistemas do TEDH e do TJUE (evitando assim conflitos na interpretação dos mesmos direitos) e permitir a contestação de actos da UE directamente em Estrasburgo, tornando desnecessárias as peripécias jurídicas até agora efectuadas para que esse recurso fosse admitido.

Mas como será efectuada esta adesão? De forma a assegurar a fulcral independência do ordenamento da UE, dispõe o nº 2 do art. 6º TUE que a adesão “não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”, aspecto que é mais uma vez vincado no art. 2º do Protocolo relativo à adesão à CEDH, anexo ao Tratado de Lisboa. O mesmo artigo procura garantir que este processo não altere a relação já existente entre cada EM e a Convenção, esclarecendo que quaisquer reservas ou Protocolos não assinados se deverão manter tal como actualmente se encontram. Já o art. 3º reafirma o princípio da exclusividade da jurisdição do TJUE quando em causa estejam questões de interpretação ou aplicação dos Tratados da União – ditando, por isso, que não poderão ser levadas até ao TEDH.

Mas o artigo que será mais pertinente concretizar, de modo a conseguir uma relação satisfatória entre o TJUE e o TEDH, é o art. 1º deste Protocolo, o qual impõe a criação de mecanismos que se dirijam a delinear a participação da União “nas instâncias de controlo da Convenção Europeia”, e a correcta definição da parte passiva nos recursos interpostos por Estados terceiros ou por indivíduos (isto é, contra um Estado-Membro ou contra a UE).

Uma vez negociadas as condições específicas de adesão, esta concluir-se-á através de um Tratado de Adesão, que deverá ser assinado por todas as partes da CEDH e pela UE (de acordo com o processo descrito no art. 218º TFUE). Contudo, existem várias problemáticas levantadas pela adesão³²⁷, nomeadamente *institucionais, processuais e substantivas*.

a) Aspectos institucionais

Neste primeiro aspecto salientado, a questão é de saber se a UE aderirá à CEDH em igualdade de circunstâncias com as restantes partes (todas Estados). Existem duas disposições a ter em conta – desde logo, a composição do TEDH, que integra um juiz por cada Alta Parte Contratante (art. 20º CEDH); e ainda a particularidade da participação da UE no Conselho de Ministros do Conselho da Europa (art. 14º do Estatuto do Conselho da Europa, que define o representante de cada Alta Parte Contratante como sendo o Ministro dos Negócios Estrangeiros ou outro membro do Governo em seu lugar³²⁸).

³²⁷ MONIZ, Graça, *A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem – uma história sem Fim, Working Paper #26*, Observatório Político, pág. 5.

³²⁸ Neste caso, quem iria representar a União no Conselho de Ministros? A julgar pela disposição do Estatuto citado, deveria ser um membro do Conselho Europeu (já que é o órgão executivo da UE), talvez rotativamente por um dado período de anos, como a mudança governamental num país ditaria. De todo o modo, parece ser aceite que a UE deva ser um membro com um estatuto igual ao dos Estados na CEDH: “It seems quite clear that the European Union would have its own judge at Strasbourg and that it would be involved in the supervision of judgments by the Committee of Ministers.” – LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 778.

b) Aspectos processuais

Os aspectos processuais são aqueles que mais problemas levantam, uma vez que irão definir a relação, até agora cuidadosa, dos dois Tribunais europeus. A primeira questão será a do *catálogo de direitos fundamentais* em causa no caso concreto³²⁹. Sempre que a queixa se relacionar com direitos da Carta, e não da Convenção, ou com uma protecção mais ampla dos direitos equivalentes aos da CEDH, o recurso não poderá ser levado até ao TEDH, mas deverá ater-se às instâncias nacionais e da União. Esta é uma consequência lógica e directa da fonte de direitos aplicada pelo órgão do Conselho da Europa.

Teoricamente, a partir do momento em que a adesão se encontre concluída a UE poderá interpor recurso no Tribunal de Estrasburgo contra um Estado parte na CEDH, se considerar que este violou um direito seu consagrado na Convenção. Esta *legitimidade activa* implica, portanto, tanto a indicação do seu representante como a articulação desse processo com os meios já previstos nos Tratados para avaliar do comportamento dos Estados-Membros³³⁰.

A terceira questão, a da *legitimidade passiva*, será a que mais problemáticas levanta. Quando a acção tenha no lado activo um Estado, mais uma vez terá que se definir o representante da União e assegurar (quando seja um EM) que esse procedimento não interfere com os mecanismos próprios previstos no Direito da União. Mas a grande maioria da jurisprudência do TEDH resulta de recursos interpostos por indivíduos, e nesse caso devemos perguntar em que situações, e como, será demandada a União, dado que existem medidas emanadas da mesma que devem ser implementadas pelos Estados, e dentro destas medidas há aquelas que permitem alguma discricção e outras que não dependem da vontade dos EM. A dificuldade está em localizar, dentro da estrutura da União, o órgão responsável por uma determinada decisão – localização essa que deverá ser efectuada pela UE, no âmbito de um processo em concreto, e nunca pelo TEDH, dada a autonomia do ordenamento jurídico da União Europeia³³¹. Por outro lado, discute-se a possibilidade de o Direito originário poder ser contestado perante o Tribunal do Conselho da Europa, uma vez que a UE, enquanto tal, não é estritamente responsável pelo mesmo (de facto, todos os EM têm que ratificar os Tratados antes de estes entrarem em vigor, logo os verdadeiros responsáveis seriam estes, e não a UE). Não podemos deixar de concordar com a opinião de que a exclusão destas normas da fiscalização por parte do TEDH seria injustificável, uma vez que são verdadeiramente parte do Direito da União, e não de algum Estado-Membro (isto pressupondo que a questão *sub judice* não respeita à interpretação dos Tratados, pois aí estaria automaticamente excluída por força do disposto no art. 3º do Protocolo de Adesão); num outro ângulo

³²⁹ MESQUITA, Maria José Rangel de, “Reflexões breves sobre a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz do Tratado de Lisboa”, in MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 676.

³³⁰ MESQUITA, Maria José Rangel de, “Reflexões breves...”, pág. 677.

³³¹ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 782/783.

da questão, podemos argumentar que também as Constituições dos Estados não estão excluídas da apreciação do TEDH, por isso, e de igual modo, também os Tratados não deveriam estar³³² quando directamente implicados na violação de direitos humanos alegada.

Mas até aqui a interrogação original ainda não obteve resposta – quem deve ter legitimidade passiva quando o indivíduo deseja recorrer ao TEDH? A solução mais simples, do ponto de vista da pessoa, será introduzir a queixa contra a entidade que no seu caso actuou – p. ex., e direccionando para o nosso tema, se existir um MDE e o indivíduo o desejar contestar por violação de direitos humanos, a demanda deverá ser dirigida contra os Estados directamente envolvidos, nomeadamente contra aquele encarregue de executar o mandado.

Mas casos haverá em que não será tão simples esta divisão, razão por que o Parlamento Europeu, no seu Projecto de Relatório³³³, considerou que quando um recurso colocasse em causa “um acto ou omissão” de algum órgão da UE a parte passiva deveria ser esse órgão que actuou ou deveria ter actuado; pelo contrário, quando a origem daquele fosse a implementação do Direito da União por parte de um Estado-Membro, o demandado deveria ser esse mesmo Estado, sem prejuízo de poder a UE ser co-demandada quando a responsabilidade fosse, *in casu*, partilhada³³⁴. Este mecanismo do co-demandado encontrou algumas críticas, apontando-se que seria pior a União ser considerada responsável numa violação de direitos humanos do que um só Estado; e que, por outro lado, seria um mecanismo desnecessário, uma vez que poderia participar nos processos relevantes através da intervenção de terceiros, já prevista pelo art. 36º CEDH³³⁵. Mas esta possibilidade não seria inteiramente substitutiva do mecanismo do co-demandado, por vários motivos³³⁶:

- Enquanto que a UE teria o direito de intervir quando o indivíduo fosse um cidadão seu (art. 36º CEDH), o mesmo já não seria verdade quando não o fosse, ficando então dependente a sua participação nos procedimentos do convite do Presidente do TEDH (nº 2 do mesmo art.);
- Enquanto terceiro interveniente, a União não seria obrigada a intervir, antes tendo essa possibilidade – ficaria portanto dependente da sua vontade;
- Por último, a força jurídica do julgamento do TEDH não se estenderia à UE, pois só vincula as partes e não os outros intervenientes.

Ao defender-se a introdução deste mecanismo surge um outro problema, que é o de saber quem deverá nomear a UE como co-demandada. Na nossa opinião, tal possibilidade deveria estar dependente do indivíduo que recorre (que dirigiria o processo contra o Estado, a União ou ambos), do demandado (no caso de ser um EM

³³² LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 783.

³³³ European Parliament, Committee on Constitutional Affairs, “Draft Report on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, 2/02/2010.

³³⁴ Draft Report, ponto 7.

³³⁵ Argumentos de Robert Badinter explanados em LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 785.

³³⁶ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 785/786.

que argui responsabilidade partilhada com a UE), ou da União (para que pudesse participar em qualquer procedimento que considerasse relevante)³³⁷.

Assim delimitada a questão da legitimidade passiva, um último problema sobre este aspecto deve ser referido – quando a União for considerada co-responsável por uma violação de direitos fundamentais, e sendo normalmente atribuída uma compensação nestes casos (quando o caso não é fiscalizado preventivamente pelo TEDH), quem deverá pagar essa compensação? Nos casos em que não cheguem a um acordo mútuo, já se propuseram dois métodos³³⁸ para atribuição das quotas de responsabilidade entre ambos – ou se forma um comité próprio para averiguar dessa divisão de responsabilidade; ou se introduz um novo procedimento perante o TJUE para que decida sobre essa questão.

Uma das condições de acesso ao TEDH será, também, um dos mais complexos problemas a resolver após a adesão da UE à CEDH – o esgotamento das vias de recurso internas imposto pelo art. 35º da Convenção, razão por que analisaremos aqui os recursos disponíveis a nível da União para quem seja alvo de um mandado de detenção europeu.

Começamos por afastar todos os processos perante o TJUE que não poderão ser nesta situação aplicados – os processos referentes aos art. 258º, 265º, 277º e 340º TFUE não serão analisados, uma vez que se mostram inadequados para contestar um MDE a nível europeu. Restam-nos, assim, o *reenvio prejudicial* (art. 267º) e o *recurso de anulação* (art. 263º). Numa observação a título geral, e que convém ter sempre presente quando acerca de processos a nível da União se discute, segundo o art. 10º do Protocolo relativo às disposições transitórias anexo ao Tratado de Lisboa, o TJUE continuará a dispor de uma jurisdição limitada no que respeita às medidas adoptadas no âmbito do antigo Terceiro Pilar, pelo menos até 2014, altura em que se perfazem os 5 anos mencionados no nº 3 do mesmo artigo e em que o TJUE exercerá a sua plena jurisdição em relação a todos os actos da União³³⁹.

Iniciando então por aquele processo que menos problemas levanta, os Tribunais nacionais podem agora dirigir questões ao Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade do MDE com os direitos fundamentais. De acordo com o art. 267º, essa referência ao TJUE estará dependente da vontade dos juízes nacionais, salvo se o Tribunal no qual se encontra o processo for já de última instância, caso em que é obrigado a “submeter a questão ao Tribunal”. Referindo-nos nós apenas aos casos do MDE, será de esperar que a pessoa em causa se encontre detida preventivamente, razão por que se aplicará sempre o § 3 do artigo referido, ditando este a pronúncia do TJ “com a maior brevidade possível”.

³³⁷ Neste ponto, discordamos em certa medida de LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 786, apenas porque não se considera aqui o indivíduo como tendo essa possibilidade. De resto, concorda-se com o autor quando se objecta à nomeação do co-demandado por parte do TEDH, uma vez que isso implicaria, de facto, uma apreciação prévia do caso.

³³⁸ Referidos em LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 787.

³³⁹ Em princípio, a opinião do TJUE proferida no âmbito de um reenvio prejudicial deverá ser respeitada; quanto ao recurso de anulação, os EM deverão tomar as medidas necessárias à execução do Ac. do TJ (art. 266º TFUE). O Tribunal dispõe ainda da liberdade de ditar quaisquer medidas provisórias que ache adequadas (art. 279º).

Quanto ao recurso de anulação, este é um pouco mais complicado, na medida em que o MDE é uma medida adoptada por um EM dirigido a um outro, e portanto não se poderia conceder a legitimidade activa à pessoa procurada para se dirigir ao TJUE de forma a contestar aquele mandado. A questão não é, contudo, e na nossa opinião, assim tão linear. De facto, dispõe o § 4 do art. 263º que um indivíduo poderá recorrer ao TJ quando seja o destinatário do acto a contestar ou este lhe diga “directa e individualmente respeito”. Deixando de lado toda a doutrina do Ac. *Plaumann*³⁴⁰, já que nos casos analisados por nós o acto é indubitavelmente dirigido ao indivíduo e pretende na sua esfera produzir os seus efeitos, podemos afirmar que este requisito se encontra automaticamente preenchido, e portanto se poderia procurar a anulação de um MDE perante o TJUE. Existe, no entanto, uma outra questão – para que os actos possam ser levados até ao Tribunal da União, estes têm que ser “actos dos órgãos ou organismos da União”, conforme dispõe o § 1 – em princípio, diríamos que este tipo de recurso se encontrava, desde já, afastado. No entanto, essa visão não tem em conta que, quando aplicam Direito da União, os Tribunais nacionais são “tribunais comuns de direito comunitário”³⁴¹, e portanto integram a estrutura da UE na defesa e aplicação do seu Direito próprio, como decorrente do agora art. 4º, nº 3 do TUE. Por este motivo, somos da opinião que se encontram preenchidas todas as condições colocadas ao particular para que possa recorrer ao TJUE com o objectivo de contestar a aplicação de um determinado MDE à sua pessoa, através do art. 263º³⁴².

Feita esta breve análise, devemos então perguntar se, depois da adesão à CEDH, o indivíduo que deseje recorrer ao TEDH deve ou não dirigir a sua causa em primeiro lugar ao TJ, para assim esgotar as vias de recurso “internas”; esta questão pede um maior esclarecimento acerca da relação entre ambos os Tribunais após a conclusão da adesão. Apesar de algumas afirmações de que o TJUE será, em relação ao TEDH, um Tribunal doméstico a partir dessa altura³⁴³, a verdade é que essa não

³⁴⁰ Em relação a actos que não eram dirigidos a quem os pretendia contestar, este Ac. indica as condições a demonstrar perante o Tribunal de Justiça para que se possa a ele recorrer enquanto indivíduo – para uma extensa explicação, v. CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 491 ss.

³⁴¹ MARTINS, Patrícia Fragoso, *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais – Em busca de um due process of law na União Europeia*, Estoril, Principia, 2007, pág. 40.

³⁴² Não poderíamos considerar o contrário, se pretendemos submeter o MDE à apreciação das instâncias da União, o que parece ser necessário, tendo em atenção a Opinião AG no caso Mantello, processo C-261/09, pontos 91 a 93 – afirma o mesmo que a questão de um MDE não pode ser só interna, nem o é, sendo por isso imprescindível que se considerem todas as especificidades do Direito da UE; se isto é assim, apenas o TJUE poderia depois averiguar da conformidade da actuação do EM em relação a este Direito, o que seria de forma insuficiente concretizado se apenas tivesse ao seu dispor o processo de reenvio prejudicial (o que é o caso em *Mantello*, mas poderia não ter sido se o Tribunal nacional não fizesse reenvio ou não chegasse à última instância, única que se encontra obrigada a fazê-lo). Apesar destas considerações, concordamos com MESQUITA, Maria José Rangel de, “Reflexões breves...”, pág. 683, quando a autora afirma que “o sistema de protecção judicial dos direitos fundamentais na União Europeia apresenta, pois, do ponto de vista da sindicabilidade, algumas deficiências”. A melhor solução seria, por isso, e como sugere também SISOVA, Naděžda, “Treaty of Lisbon and Charter of Fundamental Rights of the EU. Future Prospects”, *in* Temas de Integração, nº 26, 2º Semestre de 2008, pág. 18, a “introdução de um processo especial para violações de direitos concedidos pela Carta” – isto porque, de acordo com o nosso tema, o MDE seria contestado devido a essas violações.

³⁴³ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 788. Este será, no entanto, o efeito prático em relação ao requisito do art. 35º CEDH do processo não ter sido submetido a outra instância internacional – um caso já analisado pelo TJUE não estará impedido de ser submetido depois ao TEDH.

parece ser a intenção – o TEDH deve ser visto como uma *jurisdição especializada* em relação ao TJ, que se ocupa apenas de violações de direitos, enquanto que este segundo se ocupa de todas as questões pertinentes ao Direito da União³⁴⁴. De todo o modo, e em questões de direitos fundamentais, será o TEDH a pronunciar-se de modo final no espaço europeu sobre as mesmas³⁴⁵.

Tendo estas considerações em mente, não parece razoável impedir o acesso ao TEDH apenas porque não se recorreu em primeiro lugar ao TJ, desde logo porque aquele é uma jurisdição especializada, e não superior; e por outro porque, em relação ao reenvio prejudicial, esse recurso não se encontra dependente da vontade do indivíduo, e não existem garantias de que o recurso de anulação seja aceite³⁴⁶.

A questão final será, então, saber de que modo se pode assegurar que o TJUE reveja antes do TEDH qualquer questão que se relacione com o Direito da União³⁴⁷. Foi assim sugerido que se introduzisse um mecanismo que permitisse ao TEDH reenviar para o TJ qualquer processo que se relacionasse com Direito da União, se este ainda não houvesse apreciado essa questão – mecanismo esse que se revela inadequado, por vários motivos, desde logo porque isso faria com que existisse um pré-julgamento por parte do TEDH³⁴⁸. Pensou-se também em suspender o processo perante o TEDH quando a Comissão Europeia entendesse referir o mesmo ao TJUE, por estar relacionado com Direito da União – o que colocaria essa referência na dependência da vontade da Comissão³⁴⁹. A terceira possibilidade seria a introdução de um processo semelhante ao reenvio prejudicial, mas entre o TEDH e o TJUE, em que o primeiro colocaria ao segundo as questões relevantes para a resolução do caso, dando assim oportunidade ao TJ de se pronunciar também – esta opção, no entanto, introduziria na prática uma hierarquia entre os Tribunais, definindo o TJUE como o Tribunal de topo na Europa³⁵⁰, o que não poderia ser correcto, entre outros motivos porque existem membros do Conselho da Europa que não integram a UE.

³⁴⁴ Neste sentido, ADEN, Hartmut, “Human rights before the courts: Concurrence or complementarity protection by the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and by national constitutional courts?”, in BROSIG, Malte (Ed.), *Human Rights in Europe. A Fragmented Regime?*, Frankfurt am Main, Peer Lang, 2006, pág. 64; e ainda o Draft Report, ponto 1, § 4.

³⁴⁵ ADEN, Hartmut, “Human rights...”, pág. 63, e STRÁŽNICKÁ, Viera, “Human Rights Protection in the European Union”, in BREITENMOSER, Stephan; EHRENZELLER, Bernhard; SASSÒLI, Marco; STOFFEL, Walter e PFEIFER, Beatrice Wagner (Eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2007, pág. 816.

³⁴⁶ E o TEDH não obriga a que se interponham processos obviamente inúteis do ponto de vista individual apenas para que se esgotem formalmente as vias de recurso internas – LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 788. Aqui se inclui também a queixa ao Provedor de Justiça prevista nos art. 24º e 228º TFUE, que não pode ser para estes efeitos considerada um recurso, mesmo que pudesse ser utilizada em relação a violações de direitos fundamentais (ainda que não para anular um MDE) – obra citada, pág. 789.

³⁴⁷ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 792, citando a opinião do TJUE.

³⁴⁸ As objecções são colocadas por LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 793, incluindo ainda o argumento de que não se deveria conceder qualquer privilégio à ordem jurídica da União, e de que os Tribunais Constitucionais nacionais (dos Estados parte da CEDH) não têm a possibilidade de avaliar sempre os casos antes de estes serem presentes ao TEDH, razão por que a UE também não deveria ter essa prerrogativa.

³⁴⁹ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 793.

³⁵⁰ LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR...”, pág. 794.

Seja qual for o modelo que se adopte, o Parlamento Europeu parece ser avesso à “formalização da relação” entre os dois Tribunais através de um processo de reenvio prejudicial, optando antes por salientar a existência de um “diálogo” entre as duas instâncias (embora os termos em que esse diálogo seria estabelecido continuem a não ser referidos)³⁵¹.

Em conclusão, a adesão à CEDH melhoraria substancialmente a possibilidade dos indivíduos obterem uma decisão judicial acerca de possíveis violações dos seus direitos fundamentais por parte da União, ainda que em relação a queixas dirigidas contra os EM a situação se mantenha inalterada, pois todos eles são partes na CEDH.

c) Aspectos substantivos

Os aspectos substantivos já foram sendo mencionados anteriormente, embora de forma marginal; para uma maior coerência sistemática, voltamos a referi-los neste ponto. O primeiro problema é a possibilidade de revisão do Direito primário da União por parte do TEDH, algo que já concluímos dever ser possível³⁵²; o segundo problema prende-se com a possível interferência do TEDH com a autonomia do Direito da União, tendo em conta que a partir de então a UE estará efectivamente vinculada pela CEDH. Não nos parece, apesar disso, que a autonomia da ordem jurisdicional da UE seja afectada com a adesão, desde logo porque todos os Estados parte da CEDH não viram a sua respectiva autonomia afectada (apenas quando devem cumprir uma sentença do TEDH, mas isso decorre automaticamente do facto de existir um Tribunal ao qual estão sujeitos e a cujas sentenças deverão obedecer); e por outro, o TEDH será sempre responsável por, em última análise, ditar a interpretação a dar aos preceitos da Convenção – no caso do TJUE desejar ir mais longe poderá fazê-lo através da Carta e da sua interpretação, que não se encontra restrita às opiniões de Estrasburgo (argumento que também afasta a possível incerteza jurídica que se diz poder ser causada pela adesão³⁵³).

Por último, refere-se a problemática da jurisdição exclusiva de que, até agora, o TJUE gozava na apreciação do Direito da União. Mais uma vez, não nos parece que será colocada em risco mais do que a dos restantes Estados parte em relação ao seu próprio Direito – as únicas situações levadas até ao TEDH serão as que se relacionam com direitos fundamentais previstos na CEDH; todas as outras continuarão a ser exclusivamente apreciadas pelo TJ. Por outro lado, e dependendo do mecanismo adoptado para formalizar a relação entre os dois Tribunais, parece que o Tribunal da UE terá a possibilidade de se pronunciar antecipadamente sobre os casos que envolvam o Direito desta, pelo que não se vê como qualquer dos problemas referidos poderá ser de difícil resolução.

³⁵¹ Draft Report, ponto 9. A relação estabelecida entre os Tribunais seria assim de mútua influência na interpretação da CEDH.

³⁵² Pág. 76 deste trabalho.

³⁵³ MONIZ, Graça, *A adesão da União Europeia...*, pág. 5.

2.3.3. Os direitos fundamentais enquanto princípios gerais

A última fonte de direitos fundamentais referida no art. 6º TUE é aquela que tem origem nas tradições constitucionais dos EM (uma vez concluída a adesão à CEDH deixa de fazer sentido a referência no nº 3 à mesma enquanto fonte de princípios gerais). Neste ponto deveremos remeter para a evolução jurisprudencial traçada no ponto 2.1. como explicação do seu significado para o TJUE.

2.4. Cômputo geral da situação dos direitos fundamentais na UE

Como pudemos observar ao longo de tudo o que foi escrito, a protecção dos direitos fundamentais no espaço da União não é linear – existe um sistema (vários sistemas, na verdade) com vários níveis de protecção, cada um deles com os respectivos Tribunais. Como também já se teve oportunidade de salientar, a relação entre estas diferentes plataformas legais e jurisprudenciais não é simples – não existe uma hierarquia estabelecida como nos sistemas nacionais, antes uma interligação e interinfluência de todos os três níveis – nacional, da União, e europeu. Esta troca de opiniões (e muitas vezes irreverência) por parte dos Tribunais leva, em última análise, a uma maior protecção dos indivíduos, que podem ver as suas pretensões analisadas por variadas instâncias, e afectar de forma positiva toda a protecção conferida ulteriormente. No fundo, o essencial é saber, e no que à posição da pessoa concerne, qual é o Tribunal que decide por último a sua pretensão³⁵⁴.

3. A evolução da cooperação judiciária em matéria penal na UE

Foi longa a evolução que permitiu, em 2002, a adopção da Decisão-quadro (DQ) relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Para que a possamos perceber um pouco, traçaremos neste capítulo de um modo simplista os acontecimentos que conduziram a esse marco na cooperação judiciária europeia.

Inicialmente, a CEE era, como o próprio nome indica, essencialmente económica – não havia, por isso, nem interesses que se relacionassem com os direitos fundamentais, como já foi analisado, nem interesses especificamente penais. De facto, toda a esfera criminal era considerada em estreita relação com a soberania estadual, de modo que a Comunidade não poderia nem deveria interferir. E por isso, até ao TUE (versão de Maastricht) não se encontram mecanismos de cooperação para além daqueles que resultavam do Conselho da Europa³⁵⁵, dos quais o mais relevante

³⁵⁴ ADEN, Hartmut, “Human rights...”, pág. 65. Mesmo esta pequena informação pode não ser fácil de descortinar a nível europeu – basta pensar em toda a situação que originou os Ac. alemães *Solange*, em que primeiro se recorreu ao TJCE, só depois à jurisdição constitucional alemã, acabando esta por prevalecer *in casu*, quando em princípio se diria que a última opinião seria a do TJ.

³⁵⁵ Para uma lista completa dos instrumentos de então, v. CAEIRO, Pedro, “Cooperação Judiciária na União Europeia”, in COSTA, José de Faria e MARQUES DA SILVA, Marco António, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, pág. 441, nota 1.

para o nosso tema é, sem dúvida, a Convenção Europeia de Extradicação de 1957. Já nesta Convenção podemos detectar algumas alterações ao Direito de extradicação comum até então³⁵⁶ – a extradicação não se encontrava restrita a uma lista pré-determinada de crimes; a excepção do crime político começa a sofrer contornos mais apertados, excluindo do seu âmbito os crimes militares; a extradicação por crimes fiscais começa também a ser promovida; dispensa dos requisitos para concessão da extradicação o facto de existirem indícios suficientes da culpabilidade do extraditando (o que não significa alteração alguma para nós, mas certamente para os países de tradição anglo-saxónica); e tenta fazer com que a extradicação seja vista como um acto de cooperação entre países, mais do que um acto de soberania.

Esta Convenção foi completada por dois Protocolos, o primeiro dos quais se dirige a reduzir mais o âmbito da excepção do crime político – para não se aplicar a crimes contra a humanidade ou crimes de guerra –, e a clarificar a recusa devido ao princípio do *ne bis in idem*. O segundo Protocolo, para além de permitir a extradicação por crimes fiscais, é também referente aos direitos do extraditando em casos de julgamento *in absentia*, permitindo-se a extradicação apenas quando existam garantias de que haverá um outro julgamento.

Ainda neste primeiro período há outros acontecimentos importantes a nível da cooperação³⁵⁷:

- Constitui-se o Grupo TREVI, organizado pelo Conselho Europeu de Roma, o qual formava uma rede de oficiais nacionais destacados para a prevenção concertada do crime de terrorismo, inicialmente, expandindo-se depois para outras áreas de criminalidade;
- Celebra-se o Acto Único Europeu, ao abrigo de cuja “cooperação política europeia” se celebram duas Convenções (sobre o *ne bis in idem* e a execução de sentenças penais estrangeiras) e alguns acordos para aplicação simplificada, dentro da CE, de algumas Convenções do Conselho da Europa;
- Por último, é celebrado o Acordo Schengen, em 1975, e a Convenção de Implementação do mesmo (cujos art. 59º ss contêm disposições sobre a extradicação), em 1990, como forma de compensação da livre circulação entre os países signatários.

Com a entrada em vigor em 1993 do Tratado de Maastricht, ou TUE, formaliza-se consigo uma estrutura nova dentro da UE – o Terceiro Pilar, “Justiça e Assuntos Internos”, que acolhia toda a organização e actuação já conduzida pelo anterior TREVI, e que marca o início da segunda fase da cooperação dentro da UE. Neste período predomina o aspecto intergovernamental em todas as acções adoptadas

³⁵⁶ Características gerais desta Convenção mencionadas em PONCET, Dominique e GULLY-HART, Paul, “The European Approach”, in BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. II, 2ª Edição, New York, Transnational Publishers, 1999, pág. 278/279.

³⁵⁷ Seguir neste ponto CAEIRO, Pedro, “Cooperação Judiciária...”, pág. 442. Desconsideramos na nossa enumeração a proposta francesa da década de 1970 de construção de um “espaço judiciário penal europeu” por esta não se ter vindo a concretizar, e logo, não pertencer em rigor a um antecedente concreto de cooperação no espaço da UE. Abordagem do projecto em RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, pág. 39.

no âmbito do Terceiro Pilar, mas existe já “um quadro institucional próprio”³⁵⁸ que não depende, portanto, dos instrumentos do Conselho da Europa. São de referir, em especial, as Convenções de 1995 e 1996 (respectivamente, a Convenção de Extradicação de Bruxelas e de Dublin), a primeira das quais desenha um processo simplificado de entrega, desde que o Estado requerido e a pessoa procurada nisso concordem³⁵⁹; e a segunda que procura, mais uma vez, simplificar os procedimentos, e limitar os casos de recusa de extradicação (aqui fazendo menção à exclusão da excepção do crime político, à erosão do princípio da dupla incriminação, e à tentativa de exclusão da nacionalidade do procurado como motivo de recusa)³⁶⁰.

A terceira fase de cooperação inicia-se com o Tratado de Amsterdão. Uma das preocupações deste Tratado foi apurar alguns dos aspectos mais críticos da área aqui em questão, fazendo com que a sua denominação se alterasse para o que se conhecia como a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal (ao retirar do seu âmbito as matérias relacionadas com a circulação de pessoas, as quais passaram para o pilar comunitário). O acordo Schengen foi também absorvido pela UE³⁶¹, o TJUE passou a ter alguma jurisdição nestas matérias, ainda que de forma limitada³⁶², e foram definidos os meios de actuação do Terceiro Pilar, dos quais se destaca a Decisão-Quadro (que continuam a ser adoptadas por unanimidade).

Foi no Conselho Europeu de Tampere que se decidiu aplicar o princípio do reconhecimento mútuo também a este “espaço de liberdade, segurança e justiça”, estreitando deste modo as relações de cooperação entre os vários Estados. De facto, não faria sentido, entre países que já partilhavam tanto em comum, continuar a utilizar o procedimento tradicional de extradicação, soberano, moroso, e sem revelar qualquer particular confiança entre os Estados envolvidos.

O princípio do reconhecimento mútuo dita que “uma decisão tomada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro com base na sua legislação interna será reconhecida e executada pela autoridade judiciária de outro Estado-Membro, produzindo efeitos pelo menos equivalentes a uma decisão tomada por uma autoridade judiciária nacional”³⁶³, o que, como se pode facilmente depreender, se deverá basear numa relação de confiança mútua nos variados sistemas judiciais – o que não deveria mostrar-se demasiado complicado, tendo em conta que sempre se afirmaram valores e princípios comuns aos EM, e ainda que todos eles são signatários da CEDH – e assim, sujeitos ao controlo do TEDH.

³⁵⁸ CAEIRO, Pedro, “Cooperação Judiciária...”, pág. 443.

³⁵⁹ ERRERA, Roger, “Extradition et droits de l’homme”, *in* Collected Courses of the Academy of European Law, *The Protection of Human Rights in Europe*, Vol. VI, Book 2, 1995, pág. 299.

³⁶⁰ ERRERA, Roger, “Extradition...”, pág. 301 ss.

³⁶¹ O que significou acautelar a posição do Reino Unido e Irlanda que, fazendo embora parte da União, não eram membros do Schengen (o que se fez através de vários Protocolos Anexos).

³⁶² De acordo com o art. 35º TUE (pré-Lisboa), a jurisdição do TJUE não era plena, nem tão pouco obrigatória, uma vez que dependia de uma declaração de vontade do EM em causa se submeter à sua jurisdição. De qualquer forma, representou uma evolução significativa para a questão da validade deste Direito emanado da UE.

³⁶³ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, nº 3, Julho-Setembro, 2004, pág. 327.

Foi tendo em mente esta realidade que se exortou, no Conselho acima referido³⁶⁴, ao desenvolvimento de processos mais acelerados de entrega de pessoas entre os EM, o que veio eventualmente a dar lugar (impulsionado também pelos ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001) à idealização do MDE.

4. O Mandado de Detenção Europeu e os direitos fundamentais

O Mandado de Detenção Europeu é, conforme definido no art. 1º, nº 1 da DQ relativa ao mesmo (2002/584/JAI), uma “decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade”. Apesar de ter na sua base a confiança existente entre todos os Estados da União, não é improvável que surjam questões de direitos fundamentais no mesmo, apesar desse ter sido um aspecto bastante desconsiderado pela DQ.

4.1. O MDE – aspectos gerais do seu regime

Este mecanismo de cooperação assenta, como já foi referido, no princípio do reconhecimento mútuo³⁶⁵, o que significa na prática que os Estados são obrigados a cumprir um MDE, a menos que ao caso se aplique alguma excepção ao seu cumprimento³⁶⁶ – isso mesmo é reforçado pelo facto de agora as entidades envolvidas não ostentarem a denominação de “Estado-requerido/requerente”, mas sim de “emissão/execução”, o que demonstra o afastamento da vontade do Estado como elemento natural da cooperação.

Quais são, então, as causas de não cumprimento do MDE? Dispõe o art. 3º da DQ três causas obrigatórias de não execução de um mandado – a existência de uma amnistia, de *ne bis in idem*, ou a idade da pessoa procurada não permitir um julgamento no EM de execução; já o art. 4º expõe as causas de não execução facultativas³⁶⁷ – dupla-

³⁶⁴ Ponto 35 das Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, de 1999.

³⁶⁵ Nº 2 do art. 1º DQ.

³⁶⁶ Como já referido também pelo TJUE no caso *PPU*, processo C-388/08, § 51. As excepções não podem, de todo o modo, ver o seu âmbito alargado pelo EM – *Kozłowski*, processo C-66/08, § 43.

³⁶⁷ Apesar destas causas serem facultativas, nenhum critério para a decisão nestes casos é fornecido, o que levou já o nosso Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a pronunciar-se sobre esta questão, nomeadamente no Ac. relativo ao processo 134/09.6YREVR, de 10.09.2009. Diz-se neste Ac. que na aplicação destas causas de recusa não releva a “vontade ou [o] arbítrio. Poder recusar é, no contexto, faculdade vinculada se o tribunal considerar que se verificam as circunstâncias que fundamentam a recusa de execução; a faculdade não significa exercício discricionário, nem arbítrio, mas obrigação de decisão segundo critérios e vinculações normativos” (Ponto XI). A lacuna normativa que não refere estes critérios parece dever ser integrada, como mais adiante (Ponto XXIV e XXV) se refere, “enunciando os fundamentos, motivos e critérios que, na perspectiva das valorações inerentes imponham ou justifiquem a execução ou, diversamente, a recusa de execução, seja por motivos de política criminal, de eficácia projectiva sobre o melhor exercício, de ponderação com outros valores, ou da realização de direitos ou de interesses relevantes que ao Estado da execução cumpra garantir. [...] Não estando directamente

incriminação, duplo procedimento penal, decisão de não instauração de processo, *ne bis in idem* (na UE ou em relação a um país terceiro), prescrição, nacionalidade, residência ou presença física num EM (e este se comprometa a julgar a pessoa segundo o seu Direito), e finalmente territorialidade da infracção; e o art. 4º-A confere a possibilidade de recusa, com limitações, em casos de julgamentos *in absentia*.

Numa nota mais geral, as excepções ao princípio do reconhecimento mútuo (que justificariam, portanto, a não execução do MDE) são quatro³⁶⁸ – a existência de *obrigações prevalentes*³⁶⁹ (onde se inclui, por exemplo, aquelas resultantes da CEDH quando não compatíveis com os Tratados); *insuficiências manifestas*³⁷⁰ (muito à semelhança do julgamento do TEDH em *Bosphorus*, presume-se uma total confiança mútua até que haja indícios de uma deficiente protecção dos direitos fundamentais num determinado EM); existência de *causas de recusa*³⁷¹ mencionadas pelo instrumento de cooperação; ou ainda *decisões conflitantes*³⁷² por parte de vários EM (caso em que teria que se decidir quem reconhecia que decisão). As duas primeiras excepções elencadas serão alvo de uma referência mais aturada posteriormente.

Uma outra consequência do mútuo reconhecimento foi a abolição parcial do tradicional princípio da dupla incriminação no âmbito de procedimentos extradicionais – parcial porque tal abolição apenas se encontra prevista para uma lista de 32 domínios de criminalidade, elencados no nº 2 do art. 2º da DQ. Isto deveu-se a considerar que dentro da União existia já um conjunto de valores comuns a proteger, e logo, não era necessário verificar em relação a cada MDE se uma dupla incriminação existia (para além de ser um factor introdutor de demoras no processo de entrega)³⁷³. O controlo da dupla incriminação pode ser feito de duas formas distintas:

- Controlo *em abstracto* ou *genérico*³⁷⁴ – aquele efectuado quando a entidade do EM de execução subsume os factos enunciados no MDE à lista de

fixados, tais critérios hão-de ser encontrados na unidade do sistema nacional, perante os princípios de política criminal que comandem a aplicação das penas, e sobretudo as finalidades de execução das penas”. O Tribunal da Relação de Évora já teve oportunidade de aplicar este critério, concluindo *in casu* que não se justificava aplicar uma destas causas de recusa facultativa, uma vez que a relação da pessoa com Portugal foi considerada ténue – Processo 118/10.1YREVR, de 19.08.2010.

³⁶⁸ KLIP, André, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2ª Edição, Cambridge, Intersentia, 2012, pág. 371.

³⁶⁹ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 380 ss.

³⁷⁰ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 371 ss.

³⁷¹ KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 374 ss.

³⁷² KLIP, André, *European Criminal Law...*, pág. 378 ss.

³⁷³ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O princípio do reconhecimento...”, pág. 348 ss.

³⁷⁴ A expressão “abstracto” é utilizada por PAIS, Ana Isabel Rosa, “A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão-quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007”, in COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João e AIRES DE SOUSA, Susana (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 805; enquanto que a expressão “genérico” é utilizada por RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal...*, pág. 201.

infracções relativamente às quais se dispensa a dupla incriminação, verificando se a qualificação dos factos se encontra correcta e se se pode dirigir a uma dessas infracções;

- Controlo *em concreto* ou *jurídico*³⁷⁵ – a verificação da incriminação daquele comportamento descrito no EM de execução.

Portanto, a primeira vertente referida continua na disposição dos Tribunais nacionais, enquanto que a segunda se encontra excluída para as infracções mencionadas na DQ, podendo ser efectuada nos outros casos e quando se reúnam as condições constantes do art. 2º nº 2/4 e art. 4º nº 7.

Em alguns casos, o Estado de emissão deverá ainda, segundo o art. 5º DQ, prestar algumas garantias, quando tal seja pedido pelo Estado de execução. Para o nosso tema de direitos fundamentais importam sobretudo as mencionadas no nº 1 e 2, a primeira relativa ao julgamento *in absentia* – sendo a entrega da pessoa efectuada apenas contra garantias de que esta terá direito a um novo julgamento ou a recorrer do primeiro, estando agora presente em qualquer dos processos (art. original que deve ser lido tendo em atenção o art. 4º-A, que o revoga); e a segunda dizendo já respeito à possibilidade de aplicação de uma pena de prisão perpétua – neste caso, a entrega pode ficar sujeita à condição dessa pena ser revista a pedido ou passados 20 anos, ou a que seja aplicada à pessoa alguma medida de clemência prevista no Direito do Estado de emissão para que essa pena não seja de todo aplicada. O nº 3 pede apenas o regresso do indivíduo para cumprimento de pena no Estado de execução, quando seja deste nacional ou neste resida, qualificando-se por isso como uma garantia mais atinente a motivações de política criminal.

Estas não são, como se pode observar, as tradicionais garantias disponíveis nos processos de extradição – são mais limitadas e específicas, sendo o seu conteúdo menos sujeito à vontade do Estado, o que se encontra, aliás, no seguimento lógico de todo o regime do MDE.

4.2. Críticas ao Mandado de Detenção Europeu

O MDE, talvez porque forçou uma confiança mútua entre (agora) 27 países, talvez porque foi aprovado apressadamente com o intuito de combater a criminalidade, sempre foi muito criticado. Iremos aqui mencionar algumas das falhas que lhe são apontadas³⁷⁶, para depois nos concentrarmos numa delas em específico.

O primeiro aspecto a ser censurado é o facto óbvio de os direitos humanos não receberem o mesmo respeito e padrões de protecção em todos os EM, o que falsifica toda a pretensão de uma verdadeira confiança mútua nos variados sistemas judiciais. Este aspecto só consegue ser agravado com a falta de provisão de uma excepção geral ao cumprimento do MDE devido a lacunas de protecção dos direitos fundamentais no Estado de emissão.

³⁷⁵ Mais uma vez, de acordo com a nomenclatura utilizada, respectivamente, por PAIS, Ana Isabel Rosa, “A ausência de controlo...”, pág. 805, e RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal...*, pág. 201.

³⁷⁶ Seguir neste ponto House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights Implications of UK Extradition Policy. Fifteenth Report of Session 2010-12*, pág. 37 ss.

Outra das características mais criticadas é a inexistência de um “teste de proporcionalidade”³⁷⁷ no regime do MDE, daí que este possa ser emitido por infracções menores. As consequências ao nível das implicações para os direitos da pessoa procurada são evidentes – pode acontecer que esta seja entregue a um outro Estado, sem qualquer garantia de voltar ao EM que executa o mandado de detenção, por um crime bagatelar, afectando deste modo, p. ex., possíveis direitos atinentes à sua vida privada e familiar (protegidos, aliás, pela CEDH, Convenção que todos os EM assinaram)³⁷⁸. No entanto, a introdução deste teste não só iria demorar o processo de entrega, que se pretende expedito, como ainda admitiria que não existe uma total confiança mútua entre os países.

Como também seria de esperar, a abolição parcial do princípio da dupla incriminação foi dos aspectos mais debatidos, criticando-se nesta opção desde o facto dos Estados terem que sujeitar indivíduos na sua jurisdição às valorações de outro Direito, até à questão da compatibilidade da lista de 32 domínios de criminalidade com o princípio da legalidade no Direito Penal³⁷⁹. Sobre este assunto já teve oportunidade de se pronunciar o TJUE, no âmbito de um pedido de decisão prejudicial, no caso *Advocaten voor de Wereld*³⁸⁰, onde excluiu a possibilidade do MDE ser incompatível com esse princípio por os crimes serem, na verdade, definidos na lei interna de cada Estado, limitando-se este a reconduzi-los a um daqueles domínios³⁸¹.

Outros problemas prendem-se com o uso do MDE para investigação, e não para sujeição da pessoa a procedimento criminal ou cumprimento de pena; o facto de uma decisão de não entrega não ter que ser respeitada pelos outros Estados-Membros (quando o pedido se baseie nos mesmos motivos e circunstâncias); e ainda a questão dos prazos diminutos para cumprimento do MDE não deixarem espaço para uma boa defesa em respeito a alegações de violação de direitos fundamentais³⁸². Para além disso, a constitucionalidade deste instrumento de cooperação foi ainda avaliada em alguns países³⁸³ devido à desconsideração da nacionalidade como factor de recusa.

4.3. O Mandado de Detenção Europeu e os direitos fundamentais

A mais preocupante crítica dirigida ao MDE é a sua aparente desconsideração pelos direitos fundamentais das pessoas procuradas, tendo a confiança mútua em que

³⁷⁷ House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights...*, pág. 40.

³⁷⁸ De acordo com House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights...*, pág. 42, os Tribunais ingleses são da opinião de que deveriam contrapor os objectivos da cooperação com o respeito pelos direitos da CEDH (aqueles sujeitos a reservas): “the UK courts have suggested that the triviality of an offense can be taken into account in assessing the proportionality of interference with qualified convention rights as a result of extradition”.

³⁷⁹ House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights...*, pág. 45.

³⁸⁰ Processo C-303/05.

³⁸¹ *Advocaten voo de Wereld*, § 52 e 53.

³⁸² Respectivamente, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights...*, pág. 46 e 47

³⁸³ CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 950.

se baseia levado à eliminação da “cláusula humanitária” ou “cláusula de não discriminação” que ainda se encontrava presente na Convenção Europeia de Extradução³⁸⁴. De facto, seria contraditório permitir a não execução de um MDE baseada na prospectiva violação de direitos fundamentais no Estado de emissão quando estes são precisamente pertencentes ao fundo de valores comuns proclamados pelos Estados. No entanto, basta atentar um pouco na jurisprudência do TEDH para perceber que não basta a pertença a uma Convenção para garantir o respeito por estes direitos, devendo esse aspecto ser na prática avaliado; por outro lado, também os Estados-Membros da União já foram condenados por Estrasburgo³⁸⁵, o que deveria demonstrar que o nível de protecção dos direitos fundamentais não só não é semelhante em toda a UE, como também não está acima de qualquer repreensão³⁸⁶.

Antes de prosseguirmos com esta questão, será útil termos em mente a natureza jurídica do MDE, para que possamos de forma segura avaliar as suas possibilidades de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Uma opinião (aparentemente isolada) faz coincidir o processo de entrega do MDE com o início do processo penal no Estado de emissão – o mandado seria, por isso, *parte integrante* deste processo nacional, o que faria com que lhe pudéssemos aplicar todas as garantias presentes na CEDH (já que qualquer membro tem obrigações decorrentes desta Convenção)³⁸⁷. Não podemos, contudo, concordar com esta visão – o processo de entrega do MDE é apenas uma extradição extremamente simplificada, sujeita a alguns princípios diferentes, e baseando-se essa simplificação na confiança e reconhecimento mútuos; o mero facto de ser mais simples não significa que seja parte integrante do procedimento penal que se pretende, ou já se tenha, instaurado. Já o Advogado Geral Dámaso Colomer parece não concordar com esta equiparação entre os conceitos de extradição e entrega, afirmando que estas figuras apenas no resultado podem exibir algo em comum³⁸⁸; apesar de salientar as diferenças em relação à extradição, e a confiança existente entre os Estados que as fundamenta, não

³⁸⁴ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O princípio do reconhecimento...”, pág. 359 ss; RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal...*, pág. 205.

³⁸⁵ Pense-se, por exemplo, no caso M.S.S., já referido na Parte II, em que a Grécia foi condenada por violações de direitos humanos.

³⁸⁶ Se tal fosse tão evidente e seguro não existiria necessidade de se prever um mecanismo para violações graves de direitos fundamentais, como podemos encontrar no art. 7º TUE; por outro lado, existem preocupações em relação à utilização de métodos extraordinários de extradição por parte de alguns EM – CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 396. Para além disto, aduz ainda KEIJZER, Nico, *The European Arrest Warrant and Human Rights*, pág. 3, alguns argumentos para que a simples confiança (presente) nos sistemas judiciais de cada EM não baste para que se retire do regime do MDE qualquer salvaguarda aos direitos fundamentais – desde logo, a situação política num país pode mudar; uma violação num caso concreto pode ocorrer, ainda que o Estado em causa tenha um bom historial de respeito por esses direitos; e ao não investigar a afirmação, por parte da pessoa procurada, de que os seus direitos poderão encontrar-se em risco no Estado de emissão, o Tribunal do Estado de execução mostra-se parcial na sua decisão contra o indivíduo.

³⁸⁷ Opinião de GARLICK, Paul, “The European Arrest Warrant and the ECHR”, in BLEKXTOON, Rob e VAN BALLEGOOIJ, Wouter, *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, TMC Asser Press, 2004, pág. 167.

³⁸⁸ Opinião AG Dámaso Colomer no caso *Advocaten voor de Wereld*, § 40.

oferece qualquer qualificação alternativa para o MDE, ficando apenas a sugestão de que é uma espécie de *tertium genus*³⁸⁹.

Por nossa parte, tendemos a partilhar das inúmeras opiniões de Tribunais nacionais³⁹⁰ que fazem coincidir com a extradição tanto o espírito da entrega ao abrigo do MDE (a cooperação em matéria penal) como a sua natureza jurídica (um processo de entrega *l.s.*), apesar dos procedimentos em si variarem exponencialmente. As considerações seguintes terão então como pressuposto estas conclusões.

4.3.1. As possíveis soluções

Ao implementarem a DQ nos respectivos ordenamentos jurídicos, os diferentes Estados-Membros fizeram-no de formas variadas em relação à protecção dos direitos fundamentais³⁹¹. Alguns países optaram por não introduzir qualquer especificidade, considerando que estes direitos se encontravam suficientemente protegidos noutros níveis que não o do MDE (p. ex., pela CEDH)³⁹²; outros preferiram integrar nas causas de recusa de cumprimento alguns direitos fundamentais, fazendo a transposição literal do art. 1º, nº 3 da DQ, dos seus considerandos 12 ou 13, ou ainda fazendo referência às suas Constituições³⁹³. Podemos então dividir os EM, neste tema, em três grupos distintos – aqueles que não contêm uma excepção ao cumprimento relacionada com os direitos fundamentais; aqueles que contêm uma cláusula de excepção, mas restrita (como é o caso de Portugal); e ainda os que têm uma cláusula de excepção irrestrita³⁹⁴.

Claro que esta não era a intenção ao desenhar o regime do MDE – se se pretendesse introduzir uma excepção ao seu cumprimento baseada em questões de direitos humanos, tal teria sido mencionado nas causas de recusa de cumprimento³⁹⁵. Mas apesar desta menção não haver sido feita, e apesar do mosaico de EM não ser uniforme na implementação desta questão nas suas leis internas, a verdade é que, no fundo, todos eles contêm um regime semelhante de defesa destes direitos no âmbito

³⁸⁹ Opinião AG Dámaso Colomer, § 38 ss em geral.

³⁹⁰ Citadas na Opinião AG Dámaso Colomer, § 38.

³⁹¹ NICHOLLS, Clive; MONTGOMERY, Clare e KNOWLES, Julian B, *The Law of extradition and mutual assistance*, 2ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2007, pág. 253.

³⁹² Foi o caso da República-Checa, Estónia, Espanha, Luxemburgo, Hungria, Polónia e Eslováquia.

³⁹³ Todos os outros EM optaram por alguma destas três vias – para um elenco detalhado, v. NICHOLLS, Clive; MONTGOMERY, Clare e KNOWLES, Julian B, *The Law of extradition...*, pág. 253 ss; Portugal foi um dos países que transpôs parcialmente o Considerando 13 da DQ, fazendo menção expressa à pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física no art. 11º da L 65/2003.

³⁹⁴ Como é o caso, por exemplo, do Reino Unido – KEIJZER, Nico, *The European Arrest Warrant...*, pág. 2.

³⁹⁵ Apesar de não existir essa causa de recusa, argumenta-se que, quando a DQ é “lida como um todo é claro que se pretendia que os Estados-Membros tenham direito de considerar o quadro geral, nomeadamente o cumprimento dos direitos humanos sob todos os instrumentos de direitos humanos de que os Estados-Membros são signatários” – GARLICK, Paul, “The European Arrest Warrant...”, pág. 169. Poderíamos arguir, no entanto, que os EM estariam obrigados a considerar os direitos fundamentais na implementação do MDE, uma vez que devem respeitar os princípios gerais da UE nessa actividade – CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law...*, pág. 382; questão em referência ao Ponto 2.1. acima.

do mandado de detenção europeu, por força de outros instrumentos que não a DQ ou a sua lei de implementação – vejamos como.

a) Os Considerandos da Decisão-quadro

Os Considerandos 12 e 13 são as primeiras disposições onde podemos encontrar alguma referência aos direitos fundamentais da pessoa procurada. No primeiro faz-se referência ao respeito pelo art. 6º TUE e também pela CEDH, e inclui-se a cláusula de proibição de discriminação; no segundo faz-se uma menção directa à proibição da pena de morte, tortura, e penas desumanas ou degradantes. O problema dos Considerandos é que não fazem estritamente parte dos art. da DQ a implementar, e o seu valor jurídico é questionável em termos de vinculação dos Estados-Membros (servindo mais correctamente como elementos de interpretação), o que faz com que esta solução encontrada seja um pouco dúbia. De todo o modo, e tendo em conta que o TJUE já se apoiou variadas vezes em Considerandos nas suas decisões, seria de esperar que um EM pudesse recusar cumprir um mandado de detenção baseado na provável violação de direitos fundamentais no Estado de emissão do mesmo³⁹⁶.

b) O art. 1º, nº 3 da Decisão-Quadro

A solução anterior poderia ser facilmente contestada, e certamente que os Tribunais nacionais podem resistir à introdução de uma causa de recusa não expressamente mencionada nas disposições da DQ, por considerarem essa atitude uma “interferência com a obrigação de executar um MDE”³⁹⁷. Surge, por isso, a segunda solução possível para que se assegurem convenientemente os direitos da pessoa procurada – o nº 3 do art. 1º da DQ, este já com o seu valor vinculativo definido (pelo menos quando aplicado pelo TJUE, e devendo ser implementado pelos EM). Dispõe esta norma que todas as obrigações dos EM derivadas do art. 6º TUE se mantêm no cumprimento de um mandado de detenção europeu, o que implica tacitamente a possibilidade de uma recusa quando se considere que os direitos fundamentais não serão/não tenham sido respeitados – e isto apesar de não existir nenhuma causa de recusa expressa nesse sentido. Doutrinalmente, a opinião é a de que os Estados devem sentir-se obrigados a assegurar o respeito por estes direitos, através desta norma³⁹⁸.

³⁹⁶ A doutrina parece aceitar pacificamente esta possibilidade, apesar da questão do valor jurídico destas disposições – veja-se, p. ex., VIARENGO, Ilaria, “Mandato d’Arresto Europeo e tutela dei Diritti Fondamentali”, in PEDRAZZI, Marco, *Mandato d’Arresto Europeo e Garanzie della Persona*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pág. 144; ou ainda VENNEMANN, Nicola, “The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 63, 2003, pág. 115.

³⁹⁷ GARLICK, Paul, “The European Arrest Warrant...”, pág. 168.

³⁹⁸ GARLICK, Paul, “The European Arrest Warrant...”, pág. 175. MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O princípio do reconhecimento...”, pág. 361, traduz em poucas palavras o sentido que considera dever atribuir-se ao nº 3 do art. 1º: “não só não impede que os Estados-Membros recusem a entrega de uma pessoa com fundamento no desrespeito pelos direitos e garantias fundamentais, como permite que, nas leis internas de transposição, seja

Por nossa parte, tendemos a concordar com a utilização deste art. para justificar o não cumprimento do MDE caso se mostre na situação em concreto que uma violação de direitos humanos iria provavelmente ocorrer, ou já haja ocorrido; se essa norma permite a introdução discricionária de quaisquer causas de recusa nas leis internas de transposição (desde que se baseiem em direitos fundamentais, quaisquer que eles sejam) já é um pouco mais questionável³⁹⁹, uma vez que se trata, nesse caso, de obrigações internacionais conflitantes e deve a questão ser resolvida enquanto tal. Quanto à possível renitência dos Tribunais nacionais em aceitar esta solução por considerarem que é contrária ao princípio do reconhecimento mútuo, concordamos quando se diz que “a existência de um procedimento de controlo relativamente ao respeito dos direitos e garantias fundamentais que informam o conjunto dos sistemas jurídicos de todos os Estados-Membros da União Europeia não deve ser, então, encarada como ferindo o princípio do reconhecimento mútuo [...] Na verdade, trata-se de uma questão que lhe é anterior – a garantia concreta do respeito pelos direitos fundamentais, enquanto base irrefutável da construção do espaço penal europeu, é pressuposto da confiança recíproca em que tal princípio se ancora”⁴⁰⁰.

c) A CEDH

Fora do quadro legislativo estabelecido pela Decisão-Quadro, devemos ainda atentar na CEDH enquanto instrumento vinculante para todos os EM. De facto, mesmo que uma solução não pudesse ser encontrada no regime do MDE, o seu cumprimento deveria continuar a ser recusado quando fosse considerado contrário a esta Convenção e aos seus parâmetros de protecção até então explicitados pelo TEDH. Deste modo, e aplicando ao MDE (um processo equivalente à extradição) toda a jurisprudência de Estrasburgo pertinente ao tema, podemos concluir que os Estados se encontram exactamente na mesma posição perante um pedido de entrega que proceda de outro EM. De facto, mesmo tendo em conta a presunção de *Bosphorus* (cujo futuro é incerto após a adesão da UE à CEDH), não podemos dizer que o EM não teve qualquer forma de discricionariedade na implementação do MDE, pelo que continua a ser responsável perante o TEDH. Isso significa que, em caso de recurso para o mesmo, o Estado de execução poderia ver-se confrontado com

consagrado um motivo de não execução baseado no não respeito concreto dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo art. 6º do Tratado da União Europeia”.

³⁹⁹ A Comissão chegou mesmo a criticar essa introdução de causas de recusa por parte dos EM: “Contrary to what certain Member States have done, the Council did not intend to make the general condition of respect for fundamental rights a ground for refusal in the event of infringement. A judicial authority is, of course, always entitled to refuse to execute an arrest warrant, if it finds that the proceedings have been vitiated by infringement of Article 6 of the Treaty on European Union and the constitutional principles common to the Member States. However, in a system based on mutual trust, such a situation should remain exceptional.” – Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 23.02.2005, pág. 6.

⁴⁰⁰ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O princípio do reconhecimento...”, pág. 362.

a sua responsabilidade internacional ao não recusar cooperar com um acto violador dos direitos do indivíduo⁴⁰¹.

Existe ainda o argumento de que, para que os Estados-Membros cumpram a CEDH de boa fé (art. 26º da Convenção de Viena), devem poder recusar o cumprimento de um mandado de detenção quando este seja contrário às suas disposições⁴⁰²; e tendo em conta a expressa referência feita à CDFUE pelo Considerando 12 da DQ, podemos ainda afirmar que a jurisprudência do TEDH deveria ser respeitada devido ao nº 3 do art. 52º da Carta – a protecção conferida deverá ser pelo menos equivalente àquela que deriva da CEDH, nunca menor.

Por último, devemos ainda ter em atenção que após a adesão da União a esta Convenção, estará aquela obrigada a assegurar vias de recurso que permitam proteger de modo adequado os direitos das pessoas (art. 13º), o que inclui poder contestar um MDE com fundamento na violação dos seus direitos, independentemente do nível de confiança existente entre os Estados-Membros.

d) As excepções gerais ao princípio do reconhecimento mútuo

A última via de protecção dos direitos fundamentais, também fora do quadro geral do MDE, prende-se com as excepções gerais ao princípio do reconhecimento mútuo já desenvolvidas no âmbito do mercado único, as quais foram já liminarmente apontadas no ponto 4.1. (*supra*). Quanto ao que às obrigações prevalentes concerne, estas resultam tanto do respeito pelos Tratados da UE (nomeadamente do art. 6º TUE e da CDFUE) como da CEDH; por outro lado, existem também considerações de *jus cogens* nos processos extradicionais, as quais não se podem ignorar mesmo entre Estados que partilham de confiança mútua. Quanto aos direitos que admitem ponderação, esta deve ser feita ainda que se venha a concluir que o interesse existente na cooperação supera o interesse do indivíduo na protecção de um direito seu (pense-se na comum situação do direito à vida privada e familiar, por exemplo); o que não é admissível é o simples dispensar da questão apenas com o argumento de que não existe essa causa de recusa na DQ.

Já as insuficiências manifestas deverão ser averiguadas em cada caso concreto, pois só em relação a uma determinada pessoa se pode avaliar a existência de uma violação de direitos fundamentais. De todo o modo, deve ser mencionado aqui o Considerando 10 da DQ, bem como o procedimento constante do art. 7º TUE aí referido – no caso de se verificar que um determinado Estado-Membro viola constantemente os direitos fundamentais, qualquer MDE do mesmo precedente deverá ser recusado automaticamente e a cooperação cessada, sem necessidade de se verificar em relação ao caso concreto se essa violação será provável – e isto porque a

⁴⁰¹ Desta mesma opinião partilham, p. ex., MARZADURI, Enrico, “Tutela dei diritti individuali e disciplina del Mandato d’Arresto Europeo: spunti problematici sui contenuti delle disposizioni introduttive della legge n. 69 del 2005”, in *L’Indice Penale*, Anno VIII, nº 3, Setembro-Dezembro 2005, pág. 894; RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal...*, pág. 208; e MACKAREL, Mark, “Human Rights as a barrier to surrender”, in KEIJZER, Nico e VAN SLIEDREGT, Elies, *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, TMC Asser Press, 2009, pág. 145.

⁴⁰² KEIJZER, Nico, *The European Arrest Warrant...*, pág. 4.

confiança mútua em que assenta o cumprimento do MDE finda assim que esse Estado deixa de cumprir um dos requisitos para a afirmação da mesma.

4.3.2. Que direitos são aplicáveis?

Mais uma vez somos confrontados com a questão de saber que direitos fundamentais, do vasto catálogo disponível, serão passíveis de aplicação no âmbito de um pedido de entrega ao abrigo de um mandado de detenção europeu. E mais uma vez devemos voltar-nos para a jurisprudência do TEDH, já que a experiência é indubitavelmente mais alargada, e já tiveram o tempo necessário à afirmação dos princípios aplicáveis neste ponto. Devemos por isso remeter para o que foi dito acerca desta mesma questão na Parte II.

Apenas como resumo, podemos mencionar aqui o direito a não ser sujeito a tortura ou tratamentos ou penas desumanos ou degradantes; o direito a não ser condenado a pena de morte (aqui sem qualquer problemática adicional, dado que no espaço da União não há previsão desta pena); o direito a um julgamento equitativo, à vida privada e familiar, e à liberdade.

Uma especial menção deverá ser feita à proibição de aplicação retrospectiva da lei penal e ao princípio *nulla poena sine lege*. A partir do momento em que o requisito da dupla incriminação é parcialmente eliminado no MDE, corre-se o risco de ferir estes dois princípios por aplicação do nº 2 do art. 2º da DQ – se o Estado de emissão reconduzir os factos a um desses domínios de criminalidade (e tendo os mesmos sido cometidos antes do regime do MDE entrar em vigor) uma pessoa procurada pode vir a ser entregue quando antes isso não seria possível, nomeadamente por esses factos não serem considerados crime no Estado de execução. O art. 32º da Decisão-Quadro dava a possibilidade aos EM de fazerem uma declaração quanto a este aspecto, excluindo os factos praticados antes da entrada em vigor do MDE do seu regime e da sua aplicação; apenas três Estados, no entanto, fizeram essa declaração (França, Itália e Áustria), o que mantém os possíveis problemas de articulação do mandado de detenção com o art. 7º CEDH.

4.3.3. Jurisprudência nacional e comunitária

Algumas questões acerca do mandado de detenção europeu já foram avaliadas pelos Tribunais, tanto nacionais⁴⁰³ como a nível da UE, nomeadamente relacionadas com a sua compatibilidade com os direitos humanos.

Assim, o High Court irlandês já recusou cumprir um mandado de detenção europeu com base numa potencial violação do art. 6º CEDH⁴⁰⁴, uma vez que os factos pelos quais era procurada a pessoa em 2006 haviam ocorrido entre 1978 e 1982, o que

⁴⁰³ Seguir neste tema MACKAREL, Mark, “Human Rights...”, pág. 151 ss; e MARGUERY, T.P., “The Protection of Fundamental Rights in European Criminal Law after Lisbon: What Role for the Charter of Fundamental Rights?”, in *European Law Review*, Vol. 37, nº 4, Agosto 2012, pág. 459 ss.

⁴⁰⁴ *Minister for Justice v. Stapleton*, apoiando-se, para a sua recusa, no Considerando 13 e no art. 1º, nº 3 da DQ, para além da sua própria lei de transposição.

dificultaria a sua possibilidade de defesa, desrespeitando assim o seu direito a um processo justo e equitativo protegido por aquele artigo da Convenção. Num outro caso avaliou o MDE em relação ao direito de ver o seu processo decidido dentro de um período de tempo razoável, concluindo que se deveria manter a entrega⁴⁰⁵. Este direito foi também avaliado pelos Tribunais holandeses, recusando estes a entrega quando um lapso de tempo considerável tenha passado entre os factos e o pedido de entrega, relacionando a recusa com o direito a um recurso efectivo⁴⁰⁶.

Já o Tribunal de Estugarda decidiu avaliar a emissão de um MDE em relação ao princípio da proporcionalidade, tendo como referente o crime pelo qual era requisitada a entrega da pessoa e a sanção que lhe seria aplicável⁴⁰⁷, concluindo que apenas em casos de grosseira desproporcionalidade entre ambos deveria a entrega ser recusada. Face a variados argumentos relacionados com direitos protegidos pela CEDH, o High Court of Judiciary escocês manteve a obrigação de cumprir o mandado de detenção, mas apenas depois de pesar os interesses da cooperação contra aqueles do indivíduo⁴⁰⁸, muito à semelhança do que acontece nos julgamentos do TEDH em relação aos direitos que podem ser restringidos. Na França, o cumprimento do MDE já se encontrou suspenso devido a razões humanitárias⁴⁰⁹.

Em Portugal, existem alguns processos com relevância para a nossa questão, desde logo o caso do Tribunal da Relação de Lisboa em que se alegou uma possível violação do art. 3º CEDH⁴¹⁰. O Tribunal, no entanto, apesar de admitir a possibilidade de invocação desta Convenção, analisa em geral o cumprimento dos direitos humanos por parte da Espanha (Estado de emissão) e conclui que não existem motivos para prever o desrespeito por aquele direito⁴¹¹. Na Relação do Porto foi tentada uma oposição com base na não prestação de garantias quanto à pena de prisão perpétua⁴¹² (sem, contudo, ter tido sucesso ou fundamento); a Relação de Évora foi já confrontada com a suposta violação do art. 6º CEDH e com a desconsideração de um pedido de asilo (questão que não julgou ser da sua competência)⁴¹³, e ainda com a interferência do MDE com a vida privada e familiar da procurada⁴¹⁴, mantendo contudo, em ambos os casos, a cooperação; por último, na Relação de Guimarães foram avaliados os motivos humanitários como fundamento de recusa, concluindo-se que estes apenas conferem a possibilidade de suspensão da entrega, não uma recusa da mesma⁴¹⁵.

⁴⁰⁵ *Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Joseph Adam*.

⁴⁰⁶ *District Court of Amsterdam, 1 July 2005, AT 8580*.

⁴⁰⁷ Decisão do Oberlandesgericht Stuttgart, de 25 de Fevereiro de 2010.

⁴⁰⁸ *Goatley v. HM Advocate*.

⁴⁰⁹ *Arrêt 06-88142, Cour de Cassation*.

⁴¹⁰ Processo 75/10.4 YRLSB, de 25.02.2010.

⁴¹¹ Processo 75/10.4 YRLSB, pág. 24 ss.

⁴¹² Processo 0516310, de 18.01.2006.

⁴¹³ Processo 48/12.2YREVR, de 05.02.2012.

⁴¹⁴ Processo 90/11.OREVR, de 12.07.2011.

⁴¹⁵ Processo 11/10.8YRGMR, de 21.12.2010.

O nosso Supremo, por outro lado, também já decidiu um caso relativo à questão dos julgamentos *in absentia* regulada pela nossa lei de transposição⁴¹⁶; mas mais importante para a nossa questão de base mostra-se um Ac. anterior⁴¹⁷, que recusa ir para além das causas de recusa mencionadas na DQ ou na lei que a implementa. Neste caso é levantada a questão de uma determinada pena ter sido considerada pelo TEDH como consistindo numa violação dos direitos do homem, o que em princípio faria com que o Estado português, verificado esse facto, recusasse a cooperação; não foi, no entanto, esse o caso. De facto, alega o STJ que essa questão “não [diz] respeito aos aspectos formais inerentes ao cumprimento do MDE e, por consequência, [é estranha] à apreciação pelo Estado-membro de execução, não podendo justificar a recusa de execução do mandado”⁴¹⁸, acrescentando ainda que essa é uma questão a ser levantada no âmbito do processo penal do país emissor. Não podemos deixar de considerar esta posição um pouco restritiva, e mesmo incorrecta face às obrigações assumidas pelo Estado português quando aderiu à CEDH – uma alegação de possível violação de direitos humanos não deveria ser desconsiderada apenas com base em aspectos formais, antes devendo ser apreciada num momento que anteceda a cooperação (ou poderia originar-se assim uma situação de responsabilidade internacional do Estado, se o caso fosse levado até ao TEDH e fosse de facto encontrada uma violação aos direitos da pessoa procurada).

Já nos casos do Tribunal Constitucional, existe um Ac. que toca levemente na questão do art. 6º CEDH (na vertente de existir um direito à tradução dos documentos processuais)⁴¹⁹, mas é rapidamente afastada pelos juízes em razão da improbabilidade da alegação do recorrente, pelo que não avaliam sequer da aplicação da CEDH ao caso.

A nível europeu existe um caso relevante nesta questão da relação do MDE com os direitos fundamentais – o Ac. *Melloni*, resultante de um reenvio prejudicial feito pela Espanha concernente ao art. 4º-A da DQ. Como vimos, este art. dá a possibilidade de recusar a cooperação quando o julgamento da pessoa procurada tenha sido *in absentia*, estabelecendo no entanto quatro excepções/situações em que não se pode considerar o julgamento como verdadeiramente decorrido na ausência do visado. Os factos do caso neste Ac. podem-se subsumir à alínea b) daquele art., que dita não se poder recusar o cumprimento do mandado de detenção com fundamento no julgamento *in absentia* quando a pessoa procurada tinha conhecimento do mesmo e conferiu mandato a um defensor para sua representação no processo. Em 1996 foi emitido pela Itália um pedido de extradição de Melloni, dirigido à Espanha, que decidiu afirmativamente o mesmo; ao ser-lhe concedida liberdade mediante caução, Melloni fugiu, e não pôde ser extraditado. Em 1997, verificada a ausência do procurado, o Tribunal italiano ordenou que as notificações passassem a ser feitas aos seus advogados (por ele escolhidos), e em 2000 foi

⁴¹⁶ Acórdão relativo ao processo 763/11.8YRLSB.S1, de 10.11.2011.

⁴¹⁷ Acórdão relativo ao processo 176/10.9YREVR.S1, de 16.12.2010.

⁴¹⁸ Acórdão citado, ponto 6.3.

⁴¹⁹ Acórdão nº 66/2008, relativo ao processo nº 7/08, de 31.01.2008.

condenado sem ter nunca comparecido ao julgamento. Em 2008, detido novamente em Espanha e existindo um MDE para a sua entrega à Itália para cumprimento de pena, opõe-se Melloni à execução daquele devido à impossibilidade de obter recurso da decisão de 2000 – e portanto o MDE deveria ficar sujeito à condição de que tal recurso fosse possível. O Tribunal espanhol responsável por averiguar do processo considerou que essas garantias não seriam de obter por parte de Itália, uma vez que Melloni havia tido conhecimento do processo e também tinha designado dois advogados para o defender na causa, que o representaram em todas as três instâncias disponíveis naquele país. Recorreu-se então para o Tribunal Constitucional espanhol, o qual integra no núcleo essencial do direito a um processo justo e equitativo (protegido pela Constituição) a possibilidade do acusado estar presente e refutar, se assim desejar, as alegações que contra ele são feitas, realizando deste modo os seus direitos de defesa; este entendimento, que procede do seu quadro constitucional, é aplicável também aos processos de entrega ao abrigo do MDE⁴²⁰. As questões colocadas pelo TC espanhol ao TJUE prendem-se, então, com os seguintes aspectos:

- O facto de o art. 4º-A impedir verdadeiramente a sujeição da cooperação à garantia de existência de um novo julgamento ou recurso;
- O facto de esse entendimento ser compatível com o direito a um julgamento equitativo previsto na CDFUE (e que se aplica ao MDE, como já vimos);
- E, no caso das respostas serem afirmativas, se não se poderia aplicar ainda o art. 53º da Carta, incluindo a garantia de um novo julgamento na condição de entrega por a protecção constitucional espanhola desse direito ser mais ampla do que aquela conferida pela CDFUE.

Aquilo que tanto o Tribunal de Justiça como o Advogado Geral vêm dizer, em relação ao primeiro aspecto, é que permitir que a autoridade nacional subordine a entrega à condição de um novo julgamento ou recurso iria contra a explícita vontade do legislador europeu ao desenhar o art. 4º-A, o qual se dirige precisamente a limitar esse motivo de recusa facultativo ao prever de forma clara as situações em que essa condição não pode ser imposta ao Estado de emissão (situações essas que já protegem os direitos da pessoa procurada)⁴²¹.

Em resposta à segunda questão colocada, após análise da jurisprudência do TEDH em relação ao art. 6º CEDH, concluem novamente tanto o Tribunal como o Advogado Geral que o art. 4º-A se encontra em conformidade tanto com a Convenção como com a Carta, uma vez que o direito em questão não é absoluto e pode ser dispensado em determinadas circunstâncias, nomeadamente quando o visado renuncia ao seu direito de forma explícita (o que se considera ser o caso quando, tendo conhecimento do julgamento, escolhe não comparecer, ou nomeia advogados para o representar – precisamente as al. a) e b) do art. da DQ em causa)⁴²².

⁴²⁰ Melloni, § 21.

⁴²¹ Melloni, § 44-46; e Conclusões AG, § 65-70.

⁴²² Melloni, § 49-54; e Conclusões AG, § 75-80.

Por último, quando questionado sobre a sobreposição de uma disposição nacional (ainda que constitucional) ao Direito da União quando aquela se revelar mais protectora dos direitos da pessoa, o TJUE responde terminantemente que tal entendimento não deverá ser admitido, desde logo por violar o princípio do primado e colocar em risco a harmonização que se pretende alcançar a nível europeu, para além de prejudicar tanto a confiança como o reconhecimento mútuo – e assim, a própria utilização eficaz do MDE⁴²³.

Até agora, então, os problemas de compatibilidade entre o regime do mandado de detenção e os direitos fundamentais colocados ao TJUE foram respondidos na afirmativa, apesar de alguma jurisprudência nacional tender a averiguar (e bem, na nossa opinião) no caso concreto as alegações de potencial violação de um direito fundamental.

4.3.4. Observações finais

Como podemos concluir do exposto nos pontos acima, os Estados-Membros acabam por ter que respeitar os mesmos parâmetros de protecção dos direitos fundamentais, ainda que do mandado de detenção europeu falemos. De facto, desde que as obrigações do Estado estejam bem priorizadas, este instrumento não afecta tanto os direitos dos indivíduos quanto uma leitura superficial indicaria, desde logo porque todos os EM pertencem à CEDH, e ainda porque, mesmo dentro da Decisão-Quadro podemos encontrar vias de protecção laterais destes direitos.

O recente julgamento do Tribunal de Justiça, apesar de impedir a aplicação do critério da protecção mais elevada, ainda assim não desprotege a pessoa – esta continua a obter pelo menos um *standard* mínimo, definido pelo TEDH (enquanto a Carta for interpretada de acordo com a jurisprudência de Estrasburgo; poderá obter um grau de protecção maior se esse for oferecido pela CDFUE posteriormente) – pelo que se observa que o espaço europeu e o espaço da União se encontram minimamente harmonizados em termos de respeito pelos direitos fundamentais.

Esta interacção entre sistemas jurídicos não é, contudo, fácil, como demonstra o pedido de decisão prejudicial feito pela Finlândia⁴²⁴ dirigido a saber que relação existe entre o processo de asilo e um MDE; entre os motivos de recusa explicitados na DQ e os Considerandos 12 e 13 da mesma; entre o dever de cooperar existente na UE e a jurisprudência do TEDH em casos de responsabilidade pela remoção indirecta; enfim, entre os princípios e regras extradicionais (do MDE) e a sua aplicabilidade a outras formas de remoção da pessoa do território do Estado-Membro. Infelizmente, estas questões tão interessantes, e que ajudariam a clarificar as problemáticas que foram sendo referidas ao longo deste escrito, ficarão por enquanto sem resposta, dado o despacho que ordenou o cancelamento do processo no TJUE. Esperemos apenas que reapareçam, e que possamos então saber a opinião de Luxemburgo.

⁴²³ Melloni, § 56-63; e Conclusões AG, § 90-102 e 137-141 quanto ao dever de se respeitar a identidade nacional de cada Estado-Membro, apesar de se concluir não estar esta em risco neste processo.

⁴²⁴ Processo C-105/10.

Conclusões

1. Não existe um vocábulo que consiga convenientemente designar as modalidades conjuntas de remoção de um indivíduo de um território. Face a essa realidade, optou-se pela utilização da expressão “entrega *lato sensu*”, para assim a distinguir do processo de entrega *stricto sensu*.
2. A extradição serve variadas funções – é uma forma de garantir que criminosos não escapam à justiça; é uma forma privilegiada de cooperação internacional; e é o processo adequado à protecção dos direitos da pessoa procurada. A segunda destas funções continua a ser aquela mais acentuada.
3. A evolução histórica e comparada permitiu gradualmente uma abertura do Direito Internacional Público ao indivíduo e aos seus direitos, penetrando estes também uma esfera que se liga tradicionalmente apenas à soberania dos Estados – a da cooperação internacional.
4. Neste contexto surge várias vezes um conflito de obrigações para os Estados – cooperar com o Estado requerente ou assegurar os direitos do indivíduo. Uma solução pode ser encontrada na extradição condicionada, na utilização do princípio *aut dedere aut judicare*, na consideração dos direitos em causa como *jus cogens*, ou ainda na existência de um julgamento internacional a cumprir.
5. A extradição pode ser qualificada como sendo activa ou passiva, referindo-se respectivamente à actividade a desenvolver pelo Estado requerente ou requerido; pode ainda ser uma reextradição ou uma extradição em trânsito, nenhum dos quais se integra nos chamados “métodos alternativos de extradição”.
6. Estes métodos alternativos, no que à extradição *de facto* activa diz respeito, podem consistir ou num rapto internacional ou em conluio internacional; na extradição *de facto* passiva podemos deparar-nos com as figuras da perseguição, exclusão, deportação ou expulsão na obtenção do resultado pretendido.
7. A utilização destes métodos tem consequências ao nível da desprotecção dos direitos individuais, das relações internacionais, e da própria percepção das normas legais pelos cidadãos do país em causa.
8. O processo no TEDH dispõe de mecanismos próprios para que se assegure um efeito protector adequado aos direitos da CEDH – as medidas cautelares, agora com alguma força vinculativa; e a função preventiva exercida pelo Tribunal na maior parte dos casos envolvendo entrega *l.s.*
9. O caso de Soering, concernente ao fenómeno do corredor da morte, foi onde primeiro se afirmou a responsabilidade do Estado extraditante por violações de direitos humanos a ocorrer no Estado requerente.
10. A violação da proibição de tortura, tratamentos ou penas desumanas ou degradantes (art. 3º CEDH) foi afirmada no caso da verificação de dois elementos

no “corredor da morte” – as condições mais severas a que estão sujeitas as pessoas nessa área, e o prolongado tempo de exposição às mesmas.

11. A aplicação das garantias da CEDH à extradição foi defendida pelo TEDH mesmo quando aos direitos dos indivíduos se contrapõem interesses legítimos do Estado requerido.
12. Apesar disso, não se pode afirmar que se verifica uma imposição da CEDH a Estados não signatários, uma vez que a responsabilidade é apenas e só do Estado extraditante (não do requerente), por expor o indivíduo a práticas contrárias à protecção conferida pela Convenção.
13. A soberania dos Estados é de facto limitada por estes julgamentos, mas considera-se esse facto aceitável, uma vez que aderiram à CEDH e se submeteram à jurisdição do TEDH.
14. Para que um direito seja considerado absoluto deve reunir algumas características – ausência de excepções ao mesmo; o seu âmbito de protecção deve ser definido com a maior precisão possível; não admitem ponderação de interesses (são inderrogáveis); exigem uma rigorosa investigação quando se alega uma violação; devem integrar o acervo de *jus cogens*; e impõem uma compensação no caso de serem violados.
15. As normas de *jus cogens*, para serem como tal consideradas, apresentam também determinadas características – devem ser reconhecidas pela comunidade dos Estados no seu todo; deve-se aceitar que a derrogação daquela norma não é permitida; e a sua modificação só pode ocorrer pela superveniência de uma outra norma de *jus cogens*.
16. O “tratamento desumano”, “tratamento degradante” e a “tortura” definem-se casuisticamente e diferem pelo grau de intensidade das condutas em causa – existem, por isso, variados comportamentos que se podem aqui integrar.
17. Apesar de se arguir que o TEDH tende a baixar a gravidade das condutas que integra no âmbito do art. 3º CEDH, após uma análise da sua jurisprudência deve-se discordar dessa posição.
18. Quando existem garantias prestadas pelo Estado requerente, estas devem ser rigorosamente avaliadas também na prática, não se bastando o TEDH com a situação teoricamente existente nesse país.
19. A responsabilidade do Estado extraditante tem na sua base dois requisitos essenciais – razões substanciais da violação, avaliadas no seu conjunto em relação ao indivíduo; e um risco sério, avaliado no período de tempo relevante *in casu*.
20. Existem várias teorias que tentam explicar penalmente essa responsabilidade do Estado – as já propostas sugerem a utilização dos conceitos de tentativa, cumplicidade, jurisdição, e obrigações assumidas perante a CEDH.

21. Esta responsabilidade mantém-se mesmo quando o Estado remove o indivíduo para um país intermediário; o Estado de destino é também signatário da CEDH; ou o procedimento de entrega não é o correcto.
22. Existem várias categorias de direitos na CEDH – os direitos que podem sofrer restrições; aqueles que só são restringidos nas situações do art. 15º; e os direitos absolutos. Todos eles têm a mesma dignidade intrínseca, e pelo menos os direitos da segunda categoria devem poder ser aplicados aos procedimentos de entrega.
23. O direito à vida normalmente não tem um tratamento diferenciado do art. 3º, exceptuando nos casos em que compromissos foram assumidos ao nível do Protocolo 6 ou 13. Devido às assinaturas destes dois Protocolos, podemos afirmar já uma mudança a nível penológico europeu no que toca à pena de morte.
24. A responsabilidade do Estado pode também ser implicada através do art. 5º CEDH quando se verificarem meios extraordinários de extradição – o elemento de má fé torna a detenção arbitrária, e logo, ilegal.
25. O art. 6º também pode ser implicado na questão da cooperação, e apesar de variados aspectos terem sido afastados pelo TEDH, em 2012 foi aconselhada a recusa de cooperação devido à utilização de provas obtidas sob tortura.
26. O art. 8º, apesar de algumas vezes ter sido invocado, nunca foi utilizado pelo Tribunal para negar um pedido de extradição. Foi, no entanto, base de responsabilidade do Estado em casos de expulsão ou deportação manifestamente infundadas, e ainda no caso de uma extradição disfarçada.
27. A afirmação desta responsabilidade levantou várias problemáticas – a aplicação do mesmo raciocínio em relação a outros instrumentos de protecção dos direitos humanos; a resolução do conflito de obrigações que se verificava; a tensão nas relações internacionais; os Estados como potenciais abrigos para criminosos; medidas de segurança mais apertadas; a abolição de facto da pena de morte; e a possível diminuição de garantias processuais nos países que ainda aplicam aquela pena.
28. A responsabilidade do Estado afirma-se não só em relação a actuações das autoridades, mas também de terceiros, e mesmo em situações médicas – é portanto abrangente.
29. Apesar da UE ter sido criada com intuítos meramente económicos, viu-se forçada a incluir na sua actuação considerações acerca dos direitos fundamentais, passando de uma evolução jurisprudencial à inclusão destes nos Tratados.
30. Uma das soluções para a crítica à baixa protecção dos direitos fundamentais na União era a criação de um catálogo próprio, daí o surgimento da CDFUE. A Carta pode ser aplicada a um MDE, e o nível de protecção concedido não poderá nunca ser menor àquele reconhecido já pela CEDH.

31. A segunda solução seria a adesão à CEDH por parte da UE, algo que agora é expressamente previsto pelo TUE; depois de um período de recusa inicial, reuniram-se as condições necessárias a essa adesão.
32. Já antes da adesão poderia haver algum controlo por parte do TEDH em relação a actos pertinentes ao Direito da União – quando exista poder discricionário por parte do EM; quando não exista presume-se o respeito, por parte da UE, dos direitos fundamentais; ou quando é um acto da União poder-se-á demandar a colectividade de EM.
33. Esta adesão levanta alguns problemas, nomeadamente de índole institucional, processual e substantiva. A relação entre ambos os Tribunais (TEDH e TJUE) continua a ser uma de mútuo diálogo.
34. O sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE é integrado por várias plataformas interligadas – a nacional, a da União, e a europeia.
35. O sistema de cooperação judiciária em matéria penal na UE foi fruto de uma longa evolução histórica, que culminou recentemente no aprofundar da relação de confiança mútua entre os países, e deu origem à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo também na área de liberdade, segurança e justiça.
36. Para além das causas de recusa de cooperação previstas na DQ relativa ao MDE, existem outras excepções gerais ao princípio do reconhecimento mútuo – obrigações prevalentes, insuficiências manifestas, e decisões conflituantes.
37. Uma das inovações do regime do MDE foi a dispensa parcial do princípio da dupla incriminação em procedimentos de entrega – em relação às áreas de criminalidade não incluídas na lista taxativa da DQ, pode haver esse controlo. De todo o modo, o controlo abstracto da dupla incriminação continua na disposição dos EM.
38. Uma das críticas mais preocupantes ao MDE é a sua aparente desconsideração pelos direitos das pessoas procuradas. Esta questão poderá ser solucionada através de vários métodos, se tivermos em atenção que o mandado é, na sua natureza, um procedimento de entrega *l. s.*
39. As soluções possíveis integram o disposto nos Considerandos 12 e 13; a utilização do nº 3 do art. 1º da DQ; a aplicação da CEDH à questão; e a utilização das excepções gerais ao princípio do reconhecimento mútuo.
40. O MDE foi já contestado por motivos de direitos fundamentais em vários EM, sendo que em alguns casos foi mesmo recusada a cooperação. A nível da União continua a defender-se a sua total compatibilidade com estes direitos, e a proclamar-se uma não extensão das causas de recusa de cumprimento.

Bibliografia

“In the Aftermath of Soering, is interstate extradition to Virginia illegal?”, *in* Washington and Lee Law Review, Vol. 48, Issue 4, disponível em <http://scholarlycommons.law.wlu.edu> [16.01.2012]

“The Eichmann Case”, *in* American Jewish Year Book, disponível em http://www.ajcarchives.org/ajc_data/files/1961_7_international.pdf [27.02.2013]

ABDEL-MONEM, Tarik, “Precedent of the European Convention on Human Rights to the CIA’s High Value Detainees Program in and through Europe”, disponível em <http://digitalcommons.unl.edu/> [16.01.2012]

ABREU, Carlos Pinto, “Direitos do Homem. União Europeia e Justiça. Para um espaço e uma cultura de maior liberdade, segurança e responsabilidade”, *in* Direito e Justiça, Vol. XVIII, Tomo II, 2004

ADDO, Michael K. and GRIEF, Nicholas, “Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, *in* European Journal of International Law, Vol. 9, No. 3, 1998

ADEN, Hartmut, “Human rights before the courts: Concurrence or complementarity protection by the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and by national constitutional courts?”, *in* BROSIG, Malte (Ed.), *Human Rights in Europe. A Fragmented Regime?*, Frankfurt am Main, Peer Lang, 2006

ALBRECHT, Peter Alexis, *Die Vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, Berlin, BWV, 2003

ALEGRE, Susie e LEAF, Marisa, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant”, *in* European Law Journal, Vol. 10, Issue 2, Março 2004

ALKEMA, Evert Albert, “The third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the European Convention on Human Rights”, *in* MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990

ALLDRIDGE, Peter e BRANTS, Chrisje (ed.), *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2001

ALSTON, Philip e WEILER, J. H. H., “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights”, *in* ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999

ALT, Hans-Peter, *Das Problem der Todesstrafe*, München, Kaiser Verlag, 1960

AMALFITANO, Chiara, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni pelani nell’Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2006

AMBOS, Kai, *Processo Penal Europeu: Preservação das garantias e direitos individuais (Princípios processuais e análise da Convenção Européia de Direitos Humanos)*, trad. brasileira de Marcellus Polastri Lima, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008

AMBOS, Kai, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006

ANDRYSEK, Oldrich, “Protecting Refugees and Persons in Refugee-Like Situations”, in ALFREDSSON, Gudmundur; GRIMHEDEN, Jonas; RAMCHARAN, Bertram G. e ZAYAS, Alfred de (eds.), *International Human Rights monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Vol. 7, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001

AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed, “Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights. The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment”, in AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed (Ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1991, disponível em <http://www.fd.unl.pt/Bibliotecadocs/AN-NAIM,%20Abdullahi%20Ahmed%20-%20Toward%20a%20cross-cultural%20approach%20to%20defining%20international%20standards%20of%20human%20rights.pdf> [27.11.2012]

ASHWORTH, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 4ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2003

ASP, Peter, “The European Arrest Warrant”, in SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2007

AYDIN, Yavuz, “The European Court of Human Rights approaches to the prohibition of Torture, inhuman and degrading treatment or punishments”, disponível em - http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/Prohibition_Torture.pdf [16.01.2012]

BACIGALUPO, Enrique, *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002

BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Aequitas, 1995

BASSIOUNI, M. Cherif, *International extradition and world public order*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1974

BECERRA, Manuel José Terol; MICHEO, Fernando Álvarez-Ossorio e ORTEGA, Abraham Barrero, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005

BLAKESLEY, Christopher L., “Ruminations on Extradition & Human Rights”, in DONATSCH, Andreas; FORSTER, Marc e SCHWARZENEGGER, Christian (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrecht. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 2002

BLANCO, Sagrario Morán, “Cuestiones en torno de la cooperación para el desarrollo de la Unión Europea y los Derechos Humanos”, *in* Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 25, año 10, Septiembre/Diciembre 2006

BRANDTNER, Barbara e ROSAS, Allan, “The EU as an External Human Rights Actor”, *in* ALFREDSSON, Gudmundur; GRIMHEDEN, Jonas; RAMCHARAN, Bertram G. e ZAYAS, Alfred de (eds.), *International Human Rights monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Vol. 7, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001

BUQUICCHIO-DE BOER, Maud, “Interim Measures by the European Commission of Human Rights”, *in* SALVIA, Michele de, e VILLIGER, Mark E. (Eds.), *The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Carl Aage Nørgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998

BUTLER, Israel de Jesús, “Ensuring Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Legislative Drafting: The Practice of the European Commission”, *in* European Law Review, Vol. 37, nº 4, Agosto 2012

CABALLERO, Susana Sanz, “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los Derechos Fundamentales en Europa?)”, *in* Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 8, nº 17, Janeiro-Abril, 2004

CADILHA, António, “O impacto da Carta dos Direitos Fundamentais da EU no sistema de tutela jusfundamental no espaço europeu”, *in* FREITAS DO AMARAL, Diogo; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, e ALMEIDA, Marta Tavares de (orgs.), *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008

CAEIRO, Pedro, “Cooperação Judiciária na União Europeia”, *in* COSTA, José de Faria e MARQUES DA SILVA, Marco António, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*, São Paulo, Quartier Latin, 2006

CAEIRO, Pedro, “Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado. O caso português”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

CALDAS, Marta Alexandra Mendes, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa [s.n.], 2007 - Relatório de mestrado para a cadeira de Contencioso Comunitário apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

CALLEWAERT, Johan, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et la matière pénale”, *in* TULKENS, Françoise e BOSLY, Henri-D. (eds.), *La justice pénale et l’Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996

CANNIZZARO, Enzo, “The Scope of the EU Foreign Power. Is the EC competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?”, *in* CANNIZZARO, Enzo (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, Kluwer Law International, 2002

- CANOR, Iris, “*Primus inter pares*. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, in *European Law Review*, Vol. 25, nº 1, Fevereiro 2000
- CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica, e WEILER, Joseph (Ed.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1986
- CEREZO, A. Calderón e MONTALVO, J. A. Choclán, *Derecho Penal*, Tomo I, 2ª Edição, Barcelona, Bosch, 2001
- CHALMERS, Damian e SZYSZCZAK, Erika, *European Union Law*, Vol. II, Aldershot, Ashgate, 1998
- CHALMERS, Damian, *European Union Law*, Vol. I, Aldershot, Ashgate, 1998
- CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth e MONTI, Giorgio, *European Union Law: Cases and Materials*, 2ª Edição, Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- COLNERIC, Ninon, *Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities*, in <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/pdfs/working2colneric.pdf> [06.07.2012]
- COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan, “Introduction”, in COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds.), *Human Rights in the investigation and prosecution of crime*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere, disponível em http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm [28.05.2013]
- COSTA, Jorge, “O Mandado de Detenção Europeu e a protecção dos Direitos Fundamentais”, in Tribunal Constitucional, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007
- COSTA, Paulo Manuel Abreu da Silva, “A protecção dos estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem perante processos de asilo, expulsão e extradição”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, I, Lisboa, Janeiro 2000
- Council of Europe, *Extradition: European Standards. Explanatory notes on the Council of Europe convention and protocols and minimum standards protecting persons subject to transnational criminal proceedings*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006
- CRAIG, Paul, e BÚRCA, Gráinne de, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 5ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2011
- CROIRIE, Benedita Mac, “A pena de morte como tortura ou tratamento desumano ou degradante”, in FREITAS DO AMARAL, Diogo; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, e ALMEIDA, Marta Tavares de (orgs.), *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008
- CRUZ VILAÇA, José Luís da, “A protecção dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica comunitária”, in ALMEIDA, Aníbal [et al.], *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

DALIA, Gaspare, “L’adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali”, in KALB, Luigi (ed.), *Mandato di Arresto Europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè Editore, 2005

DANELIUS, Hans, “The Case-Law of the European Commission of Human Rights as regards the Right to Life and the Prohibitions against Torture and Forced Labour (articles 2, 3 and 4 of the Convention”, in SALVIA, Michele de, e VILLIGER, Mark E. (Eds.), *The Birth of European Human Rights Law. Liber Amicorum Carl Aage Nørgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998

DE BÚRCA, Gráinne, “The drafting of the European Union Charter of fundamental rights”, in *European Law Review*, Vol. 26, n° 2, Abril 2001

DECAUX, Emmanuel e TAVERNIER, Paul, “Cour européenne des droits de l’homme”, in *Journal du Droit International*, n° 3, Juillet-Août-Septembre 2008

DELLA Monica Giuseppe, “La Consegna della persona ricercata”, in KALB, Luigi (ed.), *Mandato di Arresto Europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè Editore, 2005

DRZEMCZEWSKI, Andrew, “Un Etat en violation de la Convention européenne des Droits de l’Homme : l’exécution interne des décisions des institutions de Strasbourg”, in MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990

DUARTE, Maria Luísa, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – uma nova etapa (Protocolo nº 11)”, in MOTA DE CAMPOS, João (coord.), *Organizações Internacionais*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999

DUARTE, Maria Luísa, “O Modelo Europeu de protecção dos Direitos Fundamentais – dualidade e convergência”, in *Revista de Estudos Europeus*, Ano 1, nº 1, 2007

DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais”, in PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000

DUGARD, John and WYNGAERT, Christine van den, *International Criminal Law and Procedure*, Aldershot, Dartmouth, 1996

DUGARD, John e WYNGAERT, Christine Van den, “Reconciling extradition with Human Rights”, in *American Journal of International Law*, Vol. 92, nº 2, Abril 1998

E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Observation Thématique nº 2: Les Droits Fondamentaux dans l’action extérieure de l’Union Européenne en matière de Justice et d’Asile et Immigration*, in http://webopac.sib.uc.pt/search~S20*por?/Xextradi{u00E7}ao&searchscope=20&SORT=D/Xextradi{u00E7}ao&searchscope=20&SORT=D&SUBKEY=extradi%C3%A7ao/1

%2C83%2C83%2CX/1856&FF=Xextradi{u00E7}ao&searchscope=20&SORT=D&11%2C11%2C%2C1%2C0 [20.11.2012]

EDELMAN, Bernard, “Universalité et droits de l’homme”, in DELMAS-MARTY (ed.), Mireille, *Procès Pénal et droits de l’homme. Vers une conscience européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992

ERMACORA, Felix, “Problems about the Application of the European Convention on Human Rights in Asylum Cases”, in LAWSON, Rick e DE BLOIS, Matthijs (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994

ERRERA, Roger, “Extradition et droits de l’homme”, in Collected Courses of the Academy of European Law, *The Protection of Human Rights in Europe*, Vol. VI, Book 2, 1995

European Parliament, Committee on Constitutional Affairs, “Draft Report on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, 2/02/2010, disponível em http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/pr/803/803011/803011en.pdf [22.05.2013]

FERNANDES, António Teixeira, *A Europa e os desafios aos Direitos do Homem*, Porto, Separata da Revista da Faculdade de Letras, I Série, Vol. 5, 1995

FERNÁNDEZ Tomas, Antonio F., *La Adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario*, in [http://www.fd.unl.pt/bibliotecadocs/FERNANDEZ%20TOMAS,%20Antonio%20F.%20-%20La%20adhesión%20de%20las%20Comunidades%20Europeas%20al%20convenio%20europeo%20para%20la%20proteccion%20de%20los%20derechos%20humanos%20\(CEDH\).pdf](http://www.fd.unl.pt/bibliotecadocs/FERNANDEZ%20TOMAS,%20Antonio%20F.%20-%20La%20adhesión%20de%20las%20Comunidades%20Europeas%20al%20convenio%20europeo%20para%20la%20proteccion%20de%20los%20derechos%20humanos%20(CEDH).pdf) [27.11.2012]

FICHERA, Massimo, *The Implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Portland, Intersentia, 2011

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

FORDE, Michael e KELLY, Kieran, *Extradition Law and Transnational Criminal Procedure*, 4ª Edição, Dublin, Round Hall, 2011

FRANCHIMONT, Michel, “La Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales et les questions pénales”, in TULKENS, Françoise e BOSLY, Henri-D. (eds.), *La justice pénale et l’Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996

FRWEIN, Jochen Abr., “Dis Verklammerung der Europäischen Union als Verfassungsgemeinschaft mit der EMRK”, in DONATSCH, Andreas; FORSTER, Marc e SCHWARZENEGGER, Christian (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und*

Menschenrecht. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich, Schulthess, 2002

FROMEIN, Jochen Abr., “The Binding Force of ECHR Judgments and its Limits” , in BREITENMOSER, Stephan; EHRENZELLER, Bernhard; SASSÒLI, Marco; STOFFEL, Walter e PFEIFER, Beatrice Wagner (Eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007

GARCÍA, Javier Hernández, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho a un Proceso Penal Equitativo”, in Centro General del Poder Judicial, *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Madrid, Centro General del Poder Judicial, Centro de Documentation Judicial, 2010

GARLICK, Paul, “The European Arrest Warrant and the ECHR”, in BLEKXTOON, Rob e VAN BALLEGOOIJ, Wouter, *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, TMC Asser Press, 2004

GASPAR, António Henriques, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Direito Penal”, in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de [et al.] (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

GEARTY, Conor, *Are Human Rights Truly Universal?*, in www.conorgearty.co.uk/pdfs/Chapter_29_UniversalityFINAL.pdf [14.04.2011]

GILBERT, Geoff, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991

GILBERT, Geoff, *Transnational Fugitive offenders in International Law. Extradition and other Mechanisms*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998

GOMIEN, Donna, “Short Guide to the European Convention on Human Rights”, disponível em <http://www.humanrights.coe.int/aware/GB/publi/materials/1062.pdf> [16.01.2012]

HAAS, Nina, *Die Schengener Abkommen und ihre strafprozessualen Implikationen*, Wien, WUV, 2001

HENNING, Matthew W., “Extradition Controversies: How Enthusiastic Prosecutions Can Laed to International Incidents”, in Boston College International & Comparative Law Review disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu> [16.01.2012]

HORNE, Alexander, *Extradition and the European Arrest Warrant – Recent Developments*, in

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=89&ved=0C1kBEBYwCDhQ&url=http%3A%2F%2Fwww.parliament.uk%2Fbriefing-papers%2Fsn06105.pdf&ei=fcr_UKqjAc3GtAb4oYDgCQ&usg=AFQjCNGtHcMDK2-3YH_7b7pkH33qc1hHhw [23.01.2013]

House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights Implications of UK Extradition Policy. Fifteenth Report of Session*

2010-12, *in*

<http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtrightts/156/156.pdf>

HUDSON, Patrick, “Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisoner’s Human Rights under International Law?”, *in* *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 4, Dezembro 2000

Index 1998-2000 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2001 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2002 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2003 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2004 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2005 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2006 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2007 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2008 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2009 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2010 to the Information Notes on the Court's case-law

Index 2011 to the Information Notes on the Court's case-law

Interights Manual for Lawyers, “Right to a fair trial under the European Convention on Human Rights (Article 6)”, disponível em

<http://www.interights.org/document/106/index.html> [16.01.2012]

JACOBS, Francis G., “European Community Law and the European Convention on Human Rights”, *in* CURTIN, Deirdre, e HEUKELS, Ton (Ed.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994

JACOBS, Francis G., “Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, *in* *European Law Review*, Vol. 26, nº 4, Agosto 2001

JACOBS, Francis G., “Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities”, *in* BERNHARDT, Rudolf (Ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Heidelberg, Springer-Verlag, 1995

JAECKEL, Liv, “The duty to protect fundamental rights in the European Community”, *in* *European Law Review*, Vol. 28, Agosto 2003

JANIK, Cornelia e KLEINLEIN, Thomas, “When Soering Went to Iraq...: Problems of Jurisdiction, Extraterritorial Effect and Norm Conflicts in Light of the European Court of Human Rights’ *Al-Saadoon* Case”, *in* *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 1, nº 3, 2009, disponível em <http://www.gojil.eu/>

- JANIS, Mark W., “Fashioning a Mechanism for Judicial Cooperation on European Human Rights Law among Europe’s Regional Courts”, in LAWSON, Rick e DE BLOIS, Matthijs (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994
- JANKOWSKA-GILLBERG, Magdalena, *Extraterritorialität der Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008
- JONES, John RWD, “Extradition”, in COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds.), *Human Rights in the investigation and prosecution of crime*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- KAMMINGA, Steven H. J., “Soering v. United Kingdom, European Court of Human Rights, 7th July 1989”, disponível em <http://pt.scribd.com/doc/34316280/Soering-v-United-Kingdom> [16.01.2012]
- KAPFERER, Sibylle, “The Interface between Extradition and Asylum”, disponível em <http://www.unhcr.org/3fe84fad4.pdf> [16.01.2012]
- KEIJZER, Nico, *The European Arrest Warrant and Human Rights*, in http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=8&level1=10784&level2=10864&level3=11052 [23.01.2013]
- KELLER, Rainer, “Auslieferung und Grundrechte”, in DEGENER, Wilhelm e HEGHMANN, Michael (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012
- KERCHOVE, Gilles de, e WEYEMBERGH, Anne (Ed.), *Vers un espace judiciaire pénal européen – Towards a European judicial criminal area*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2000
- KLIP, André, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2^a Edição, Cambridge, Intersentia, 2012
- KOJI, Teraya, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, in *European Journal of International Law*, Vol. 12, nº 5, 2001
- KONSTADINIDES, Theodore, “The perils of the ‘Europeanisation’ of extradition procedures in the EU. Mutuality, Fundamental Rights and Constitutional Guarantees”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 14, nº 2, 2007
- KOWALSKI, Mateus, “O direito à vida no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in Martins, Ana Maria Guerra (coord.), *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina, 2005
- LAMBERT, Pierre, “Extradition et expulsion d’étrangers dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, in União dos Advogados Europeus, *Les nouveaux droits de l’homme en Europe : XI Congrès*, Bruxelles, Bruylant, 1999

- LEACH, Philip; HARDMAN, Helen; STEPHENSON, Svetlana e BLITZ, Brad K., *Responding to Systematic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Antwerp, Intersentia, 2010
- LEANZA, Umberto, “Sulla’adesione della Comunità Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, in União dos Advogados europeus, *La Tutela Giurisdizionale dei Diritti nel Sistema Comunitario*, Bruxelles, Bruylant, 1997
- LEBEN, Charles, “Is there a European Approach to Human Rights?”, in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- LECLERC, Stéphane; AKANDJI-KOMBÉ, Jean François, e REDOR, Marie-Joëlle, *L’Union Européenne et les Droits Fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999
- LECOURT, Robert, “Cour européenne des Droits de l’Homme et Cour de justice des Communautés européennes”, in MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990
- LENAERTS, Koen, “Fundamental rights in the European Union”, in *European Law Review*, Vol. 25, nº 6, Dezembro 2000
- LINDERFALK, Ulf, “The Creation of Jus Cogens – Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 71, 2011, disponível em <http://www.zaoerv.de/>
- LOCK, Tobias, “EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg”, in *European Law Review*, Vol. 35, nº 6, Dezembro 2010
- LOPES, José Eduardo Gonçalves, *A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – o caso português*, Lisboa, Aafdl, 2009
- LÓPEZ, Jacobo e GARCÍA, León, “Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008
- MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010
- MACKAREL, Mark, “Human Rights as a barrier to surrender”, in KEIJZER, Nico e VAN SLIEDREGT, Elies, *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, TMC Asser Press, 2009
- MAHONEY, Paul, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights from the perspective of the European Convention”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, nº 8-12, Dezembro 2002
- MANES, Vittorio, “As garantias fundamentais em matéria penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos do Homem”, in D’AVILA, Fabio Roberto (org.), *Direito Penal e política criminal no terceiro milênio. Perspectivas e tendências*, Porto Alegre, ediPUCRS, 2011

- MARGUERY, T.P., “The Protection of Fundamental Rights in European Criminal Law after Lisbon: What Role for the Charter of Fundamental Rights?”, *in* *European Law Review*, Vol. 37, nº 4, Agosto 2012
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011
- MARTINS, Patrícia Fragoso, “Princípio das Competências Atribuídas e Princípio das Competências Implícitas”, *in* PAIS, Sofia Oliveira (coord.), “Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial”, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012
- MARTINS, Patrícia Fragoso, *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais – Em busca de um due process of law na União Europeia*, Estoril, Principia, 2007
- MARZADURI, Enrico, “Tutela dei diritti individuali e disciplina del Mandato d’Arresto Europeo: spunti problematici sui contenuti delle disposizioni introduttive della legge n. 69 del 2005”, *in* *L’Indice Penale*, Anno VIII, nº 3, Setembro-Dezembro 2005
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, “Derechos Humanos «débiles» y Derechos Humanos «absolutos»”, *in* *O Direito*, Ano 123, nº 1, Janeiro-Março, 1991
- MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu”, *in* *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, nº 3, Julho-Setembro, 2004
- MATSCHER, Franz, “Bemerkungen zur extraterritorialen oder indirekten Wirkung der EMRK”, *in* DONATSCH, Andreas; FORSTER, Marc e SCHWARZENEGGER, Christian (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Basel, Schulthess, 2002
- MCBRIDE, Jeremy, “Imperfect Limits to Unacceptable Treatment”, *in* *European Law Review Human Rights Survey*, 2000
- MESQUITA, Maria José Rangel de, “Reflexões breves sobre a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz do Tratado de Lisboa”, *in* MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010
- MILITELLO, Vincenzo, “Die Todesstrafe als internationales Problem”, *in* MOMSEN, Carsten; BLOY, René e RACKOW, Peter, *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003
- MÖHRENSCHLAGER, Manfred, “Ausländische und internationale Bestrebungen gegen die Todesstrafe. Ein Überblick”, *in* HANACK, Ernst-Walter; RIEB, Peter e WENDISCH, Günter (eds.), *Festschrift für Hanns Dünnebieer zum 75. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 1982

- MONIZ, Graça, *A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem – uma história sem Fim, Working Paper #26*, Observatório Político, publicado em 17/04/2013, disponível em: www.observatoriopolitico.pt [20.05.2013]
- MOREIRA, Vital, “A ‘Constitucionalização’ dos Direitos Fundamentais na União Europeia (EU)”, in Tribunal Constitucional, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003
- MORIKAWA, Márcia Mieko, *Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos Direitos do Homem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006
- MOURA RAMOS, Rui Manuel, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, in ALMEIDA, Aníbal [et al.], *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- MULLALLY, Siobhán, “Subsidiary Protection: Case Law Project”, disponível em http://ulster.academia.edu/DrLiamThornton/Papers/107483/Subsidiary_Protection_Case_Law_Project [16.01.2012]
- MÜLLER-RAPPARD, Ekkehart, “Inner-State Cooperation in Penal Matters Within the Council of Europe Framework”, in BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. II, 2ª Edição, New York, Transnational Publishers, 1999
- NASCIMBENE, Bruno (ed.), *Expulsion and detention of aliens in the European Union Countries*, Milano, Giuffrè, 2001
- NICHOLLS, Clive; MONTGOMERY, Clare e KNOWLES, Julian B, *The Law of extradition and mutual assistance*, 2ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2007
- O’HIGGINS, Paul, “Disguised Extradition: The Soblen Case”, in *The Modern Law Review*, Vol. 27, nº 5, Setembro 1964
- OETER, Stefan, “*Ius Cogens* und der Schutz der Menschenrechte”, in BREITENMOSER, Stephan; EHRENZELLER, Bernhard; SASSÒLI, Marco; STOFFEL, Walter e PFEIFER, Beatrice Wagner (Eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007
- OLIVARES, Gonzalo Quintero, “Derecho Penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El Espacio Judicial Europeo”, in Centro General del Poder Judicial, *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Madrid, Centro General del Poder Judicial, Centro de Documentation Judicial, 2010
- OLIVEIRA, Álvaro Castro, “Direitos Humanos em Situações de Fronteira. A Definição do âmbito de aplicação do Direito Comunitário e a sua relevância para a protecção dos direitos humanos dos beneficiários de normas comunitárias”, in *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, Ano 1, nº 1, 1998
- ORAKHELASHVILI, Alexander, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, in *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 3, Junho 2003

- OREJA, Marcelo, “Souveraineté des Etats et respect des droits de l’homme”, in MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990
- OVEY, Clare e WHITE, Robin, *The European Convention on Human Rights*, 4ª Edição, Oxford, Oxford University Press, 2006
- PACHECO, Maria de Fátima, “O sistema de protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia – entre a autonomia e o compromisso”, in *Julgar*, nº 14, Maio-Agosto 2011
- PAIS, Ana Isabel Rosa, “A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da decisão-quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007”, in COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João e AIRES DE SOUSA, Susana (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2012
- PEERS, Steve, “Human Rights and the Third Pillar”, in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- PELLONPÄÄ, Matti, “Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Aufbau des Rechtsstaats in den neuen Demokratien”, in DONATSCH, Andreas; FORSTER, Marc e SCHWARZENEGGER, Christian (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrecht. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 2002
- PÉREZ, Marta del Pozo, “La extradición: la más tangible manifestación de colaboración entre Estados en orden a evitar la impunidad de los delitos”, in DIAZ-SANTOS, M^a Rosario Diego e LOPEZ, Virginia Sanchez (coords.), *Hacia un Derecho Penal sin Fronteras*, Madrid, Editorial Colex, 2000
- PERILLO, Ezio, “L’adesione delle Comunità alla Convenzione Europea sulla Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo: il parere della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”, in União dos Advogados europeus, *La Tutela Giurisdizionale dei Diritti nel Sistema Comunitario*, Bruxelles, Bruylant, 1997
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo e BRANCO, José (coord.), *Comentário das leis penais extravagantes*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010
- PINTO, Ana Luísa, *A pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota, “A Cooperação Judiciária Internacional” in PALMA, Maria Fernanda (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004

PLACHTA, Michael, *Contemporary problems of extradition: Human Rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare*, disponível em http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-07.pdf [23.01.2013]

POLAKIEWICZ, Jörg, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Heidelberg, Springer-Verlag, 1993

PONCET, Dominique e GULLY-HART, Paul, “The European Approach”, in BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. II, 2ª Edição, New York, Transnational Publishers, 1999

PRINO, Carla Sofia Abreu, “Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da EU à CEDH”, in *Debater a Europa*, nº 4, Janeiro/Julho 2011, disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>

Proceedings of the 2nd Colloquy on the European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-seekers and Displaced Persons: Strasbourg, 19-20 May 2000, disponível em <http://books.google.pt/> [16.01.2012]

RAGAZZI, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997

RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004

RAMOS, Vânia Costa, *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

RAULUS, Helena, “Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice”, in WOLFF, Sarah, GOUDAPPEL, Flora e ZWAAN, Jaap de (Eds.), *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, The Hague, TMC Asser Press, 2011

REBANE, Kai I., “Extradition and Individual Rights: The Need for an International Criminal Court to Safeguard Individual Rights”, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 11, Issue 4, 1995, disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu>

Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 23.02.2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:EN:PDF> [22.05.2013]

RÍQUITO, Ana Luísa, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes, *Para uma Política Criminal Europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

- RODRIGUES, Simone Martins, *Segurança Internacional e Direitos Humanos. A Prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000
- ROHLFF, Daniel, *Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003
- SALCUNI, Giandomenico, “Il cammino verso l’abolizione della pena di morte”, in *L’Indice Penale*, Anno XII, nº 1, Janeiro-Junho 2009
- SANTOS, Luciana, *Os Direitos Fundamentais na União Europeia – as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa*, Porto: Universidade do Porto. Dissertação de Mestrado
- SATZGER, Helmut, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005
- SCHABAS, William A., “Indirect Abolition: Capital Punishment’s Role in Extradition Law and Practice”, in *Loy. L.A. Int’l & Comp. Law Review*, Vol. 25, disponível em <http://ilr.lls.edu/issues/25/SCHABAS.pdf> [16.01.2012]
- SCHABAS, William A., *The Death Penalty As Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged In the World’s Courts*, Boston, Northeastern University Press, 1996
- SCHEECK, Laurent, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 65, 2005, disponível em <http://www.zaoerv.de/>
- SCHLÜTER, Karen, “The Council of Europe, the Standard-setter”, in BROSIG, Malte (Ed.), *Human Rights in Europe. A Fragmented Regime?*, Frankfurt am Main, Peer Lang, 2006
- SCHÖCH, Heinz, “Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten”, in HEINRICH, Marfred [et al.] (ed.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, De Gruyter, 2011
- SCHRÖDER, Christian, “Perspektiven der Europäisierung des Strafrechts nach Lissabon: Neues Denken oder alte Fehler?”, in HELLMANN, Uwe e SCHRÖDER, Christian (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011
- SISKOVA, Naděžda, “Treaty of Lisbon and Charter of Fundamental Rights of the EU. Future Prospects”, in *Temas de Integração*, nº 26, 2º Semestre de 2008
- SOARES, António Goucha, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- SOARES, António Goucha, *A União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2006
- SOTTIAUX, Stefan, “The ‘Clear and Present Danger’ Test in the Case Law of the European Court of Human Rights”, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 63, 2003, disponível em <http://www.zaoerv.de/>

SPIELMANN, Dean, “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities”, in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999

STRÁŽNICKÁ, Viera, “Human Rights Protection in the European Union”, in BREITENMOSEER, Stephan; EHRENZELLER, Bernhard; SASSÒLI, Marco; STOFFEL, Walter e PFEIFER, Beatrice Wagner (Eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2007

SUMMERS, Sarah J., *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007

TAMS, Christian J., “Interim Orders by the European Court of Human Rights – Comments on *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*”, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 63, 2003, disponível em <http://www.zaoerv.de/>

TEIXEIRA, Sónia, *A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, AAFDL, 1998

The Human Rights Commission, *Observations on the European Arrest Warrant Bill*, 2003, in

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=37&ved=0CG8QFjAGOB4&url=http%3A%2F%2Fwww.ihrc.ie%2Fdownload%2Fdoc%2Fobs_euro_arrests_warrents_bill_200309.doc&ei=kNT_UKb4Js67hAfGu4GIBQ&usg=AFQjCNHAbLMM61aWor6ijnx775wBcA5Txx [23.01.2013]

THIRLWAY, H.W.A., “The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice”, in BERNHARDT, Rudolf (Ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Heidelberg, Springer-Verlag, 1995

TOMUSCHAT, Christian, “What is a ‘Breach’ of the European Convention on Human Rights?”, in LAWSON, Rick e DE BLOIS, Matthijs (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994

Tribunal Constitucional, *Estradizione, mandato di arresto europeo e altre forme di cooperazione in materia penale*, Incontro di studio tra la Corte Costituzionale ed i Tribunali Costituzionali di Spagna e Portogallo, 2012, (cópia cedida pelo Tribunal Constitucional português)

Tribunal Constitucional, *Extradicação e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade*, XIV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2012 (cópia cedida pelo Tribunal Constitucional português)

Tribunal Constitucional, *Extradición y euroorden como formas de cooperación internacional. Doctrina constitucional*, Encuentro trilateral de los Tribunales

Constitucionales de Italia, Portugal y España, 2012 (cópia cedida pelo Tribunal Constitucional português)

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra, Almedina, 2006

VALLEJO, Manuel Diez, *Las Organizaciones Internacionales*, 10ª Edição, Madrid, Tecnos, 1997

VAN DJIK, Pieter; VAN HOOF, Fried; VAN RIJN, Arjen e ZWAAK, Leo (Eds.), *Theory and Practice of the European Covention on Human Rights*, 4ª Edição, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006

VASSALI, Giuliano, *Scritti Giuridici*, Volume I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1997

VENNEMANN, Nicola, “The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications”, *in* Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 63, 2003, disponível em <http://www.zaoerv.de/>

VIARENGO, Iliaria, “Mandato d’Arresto Europeo e tutela dei Diritti Fondamentali”, *in* PEDRAZZI, Marco, *Mandato d’Arresto Europeo e Garanzie della Persona*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

VILLIGER, Marc E., “Expulsion and the right to respect for private and family life (Article 8 of the Convention) – an introduction to the Commission’s Case Law”, *in* MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990

VITORINO, António, “Perspectivas de futuro para a União Europeia: desenvolver o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e reforçar a tutela dos Direitos Fundamentais”, *in* Tribunal Constitucional, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

VOGLER, Theo, “Auslieferung bei drohender Todesstrafe und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)”, *in* GEPPERT, Klaus e DEHNICKE, Diether (eds.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, Walter de Gruyter, 1990

VOGLER, Theo, “The Scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights”, *in* MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990

WEILER, Joseph H.H., “The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action”, *in* F. CAPOTORTI [et al.], *Du droit international au droit de l’intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987

WET, Erika de, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, *in* European Journal of International Law, Vol. 15, nº 1, Fevereiro 2004

WILKITZKI, Peter, “The Council of Europe”, *in* BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. II, 2ª Edição, New York, Transnational Publishers, 1999

WOUTERS, C. W., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerp, Intersentia, 2009

ZÜHLKE, Susanne and PASTILLE, Jens-Christian, “Extradition and the European Convention – *Soering* Revisited”, *in* *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 59, 1999, disponível em <http://www.zaoerv.de>