



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**OS LIMITES AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA MÚTUA E A TUTELA DO
ESTADO DE DIREITO NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL PENAL:
A NECESSIDADE DA RECONFIGURAÇÃO DE UM EQUILÍBRIO À LUZ DA
SITUAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA POLÓNIA**

Dissertação de Mestrado em Direito Forense sob a orientação da Professora Doutora
Inês Quadros

Maria Francisca Góis Figueira Almeida Andrade

Lisboa, junho de 2021

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

**OS LIMITES AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA MÚTUA E A TUTELA DO
ESTADO DE DIREITO NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL PENAL:
A NECESSIDADE DA RECONFIGURAÇÃO DE UM EQUILÍBRIO À LUZ DA
SITUAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA POLÓNIA**

Dissertação de Mestrado em Direito Forense sob a orientação da Professora Doutora
Inês Quadros

Maria Francisca Góis Figueira Almeida Andrade

Lisboa, junho de 2021

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Agradecimentos

Aos Pais por me terem ensinado a gostar de aprender, à minha irmã Madalena pelo ânimo, à Avó Kiki, e a quem procurou saber como corria a escrita da tese, em especial, à Kika, à Pipa e à Vera, obrigada.

Em especial, muito obrigada à Professora Doutora Inês Quadros, pelo exemplo que foi como Professora e por toda a paciência e orientação durante este ano. Sei que não foi fácil.

Palavras-chave

Confiança mútua; direitos fundamentais; Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça; Estado de Direito; mandado de detenção europeu; reconhecimento mútuo; violação sistémica

Índice

Siglas e abreviaturas.....	6
I. Introdução.....	7
II. A figura do MDE.....	9
a. Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) e a cooperação judiciária em matéria penal.....	9
b. A Decisão-Quadro 2002/584, de 13 de junho.....	10
c. Conceito de MDE.....	10
d. Os princípios da confiança e do reconhecimento mútuos.....	11
e. Motivos de não execução do MDE e os direitos fundamentais.....	13
III. O Princípio do Estado de Direito.....	18
a. Conceito e relevância do princípio do Estado de Direito.....	18
i. O corolário da tutela jurisdicional efetiva.....	18
b. Garantias de Estado de Direito.....	20
c. As falhas sistémicas no Estado de Direito na Polónia.....	22
IV. A possibilidade de recusa de execução de um MDE com fundamento da violação do princípio do Estado de Direito.....	27
a. Enquadramento factual e jurisprudencial.....	27
b. Questões prejudiciais.....	29
c. Decisão do TJUE.....	31
d. Uma abordagem alternativa.....	34
i. Sistema Europeu Comum de Asilo e o Regulamento Dublin II.....	34
ii. Enquadramento factual e jurisprudencial.....	36
iii. Questões prejudiciais.....	37
iv. A abordagem do TJUE.....	38
v. Confronto de soluções e a prevalência da “abordagem grossista”.....	42
V. Conclusão.....	48
Lista de jurisprudência relevante.....	52
Bibliografia.....	53
Documentos oficiais.....	54
Imprensa.....	55

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Carta – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Comissão – Comissão Europeia

CNM – Conselho Nacional de Magistratura

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUE – Direito da União Europeia

ELSJ – Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

EM – Estado-Membro

MDE – Mandado de Detenção Europeu

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

I. Introdução

Segundo a lógica de que “A Europa não se fará de uma só vez, nem de acordo com um plano único”¹, a construção do projeto europeu assente em valores e princípios comuns aos Estados-Membros² que espelham uma identidade e tradições constitucionais comuns, evoluiu de uma consideração primordial da promoção da paz para outras dimensões económicas ou de cooperação judiciária, estando a estrutura legal da União Europeia (UE) assente nesses vetores comuns.

O projeto europeu não seguiu sempre um caminho linear e isento de vicissitudes. De facto, verificaram-se ocorrências que dificultaram a implementação concreta dos valores basilares nos Estados-Membros, como o do respeito pelo Estado de Direito. Pense-se, por exemplo, no caso do governo da Áustria, no ano de 2000, assumido por uma coligação de extrema-direita³ e, mais recentemente, nas deficiências judiciais na Hungria e Polónia. Perante estas vicissitudes, há que atender ao facto de que, mesmo tendo identidades, culturas e ordens jurídicas próprias, de onde resultam diferenças entre os Estados-Membros, não se pode admitir que estes não partilhem os mesmos valores comuns, uma vez integrados na (UE), ou que assumam diferentes conceções desses valores; pois os pilares da UE têm de ser transversal e uniformemente aplicados.

Perante as ofensas, ou risco de ofensas aos pilares da UE, esta não se mostra indiferente, e prevê a adoção de uma postura vigilante através do acionamento do mecanismo do art.7º TUE, reconhecendo-se a necessidade de adoção de uma resposta adequada a essas ofensas. Por outro lado, nota-se um esforço da UE no sentido de adotar medidas promotoras do Estado de Direito, como as que determinam a suspensão da atribuição de fundos europeus aos Estados-Membros que não respeitem o Estado de Direito⁴.

Neste cenário coloca-se a questão, com a qual o TJUE tem sido confrontado, de saber se se pode admitir a exceção à confiança mútua de tal forma que, perante falhas

¹ Declaração de Schuman

² Art.2º TUE

³ Verificou-se uma coligação de extrema-direita que justificou uma “onda de protestos internos e internacionais de vasto alcance e originou a tomada de posição especialmente dura por parte da União Europeia, a qual colocou aquele país sob vigilância” (ASSI, Francisco, “*Os valores europeus*”, in jornal Público)

⁴ Assim se nota como o Estado de Direito releva para o funcionamento da própria UE

sistémicas ou generalizadas na concretização do princípio do Estado de Direito por parte do Estado-Membro de emissão de um Mandado de Detenção Europeu (MDE), se possa admitir a recusa de execução de qualquer MDE proveniente daquele, independentemente do modo como essas falhas se refletem no caso concreto.

O interesse da questão parte do facto de ilustrar a frequente tensão que surge entre a concretização do princípio da confiança mútua⁵ e a tutela de valores e princípios fundamentais e que têm de ser ponderados pelas autoridades na resposta ao problema, sendo que, apesar da grande relevância que a confiança mútua assume na UE, não se sobrepõe em absoluto à consideração de outros valores.

Partindo da questão exposta, a presente tese começa por enquadrar a figura do MDE, representativa de um avanço considerável na consolidação do projeto europeu. Por outro lado, atendendo-se à centralidade do Estado de Direito na UE e ao facto de se encontrar ameaçado nalguns dos seus Estados, atende-se às especificidades do princípio e ao modo como é (ou não) implementado na Polónia.

A consideração específica do cenário polaco prende-se com o facto de o TJUE ter sido confrontado múltiplas vezes a título prejudicial sobre a possibilidade de recusa indiscriminada de execução de MDE emitidos pela Polónia, tendo em conta as falhas sistémicas que os órgãos de reenvio aí identificam.

Por fim, será feito o confronto entre a resposta do TJUE para a questão com a postura que este acolhe em matéria de asilo, procurando-se uma solução que faça face às insuficiências dos mecanismos institucionais de tutela do Estado de Direito e dos direitos fundamentais e que promova uma leitura uniforme da confiança mútua.

⁵ Princípio central na construção europeia e que está na base da cooperação judiciária penal, desde logo, através do mecanismo do MDE

II. A figura do MDE

a. Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) e a cooperação judiciária em matéria penal

A criação do ELSJ, com vista à transposição da relevância da liberdade no mercado interno para outros domínios de integração e prosperidade europeia, foi impulsionada pelo Tratado de Amsterdão e concretizada com o Tratado de Lisboa, com a introdução do Título V TFUE.

O Conselho de Tampere introduziu as linhas de orientação e as prioridades na concretização da UE enquanto ELSJ. Em matéria de justiça, previu-se a necessidade de promoção da igual facilidade no acesso às autoridades judiciais de qualquer Estado-Membro, e de vedação da possibilidade de criminosos beneficiarem das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos e administrativos dos Estados-Membros e escaparem ao exercício da justiça⁶. Visou-se ainda o combate à criminalidade organizada e às ameaças às liberdades e direitos dos indivíduos. Para tal, pugnou-se pela promoção da confiança nas autoridades (por exemplo, através da adoção de padrões comuns sobre a sua integridade, ou o respeito pelos princípios da transparência e da democracia) e do respeito e aplicação de decisões judiciais em toda a UE, fator de promoção da segurança jurídica dos indivíduos e dos operadores económicos.

Tipicamente, as matérias integradas no ELJS apresentam-se como sensíveis para os Estados-Membros, entre as quais a matéria penal⁷, sobre a qual os Estados-Membros procuram reter competência. Assim se explica o porquê de ter prevalecido o modelo de cooperação intergovernamental até ao Tratado de Lisboa, ainda que o Tratado de Maastricht tenha previsto a cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos⁸ como um dos 3 pilares da União, que acabou por ser integrado no âmbito de uma cooperação reforçada no ELSJ com o Tratado de 1997.

Na cooperação intergovernamental, prevalecia o princípio do pedido, nomeadamente, em matéria de extradição, gerando incerteza e morosidade na

⁶ Para. 28 das Conclusões do Conselho de Tampere

⁷ Matéria integrada no ELSJ com o Tratado de Amsterdão que consagrou normas sobre prevenção e combate à criminalidade

⁸ Títulos I e VI Tratado de Maastricht

concretização dos objetivos, pelo facto de os Estados-Membros poderem, ou não, atuar conforme o pedido. Porém, com introdução do ELSJ, concretamente, com o art.67º, nº3 e com o capítulo 4 do Título V do TFUE, o princípio do reconhecimento mútuo assume-se como pedra angular para a cooperação judiciária, afastando o modelo tradicional.

b. A Decisão-Quadro 2002/584, de 13 de junho

Procurando substituir o procedimento formal de extradição⁹, o Conselho adotou a Decisão-Quadro 2002/584, 13 de junho (Decisão-Quadro) relativa ao MDE e aos processos de entrega entre Estados-Membros, representativa de uma importante conquista na cooperação judicial penal.

A substituição visa acelerar e simplificar o processo de cooperação judiciária penal, o que não é devidamente alcançado pela atuação unilateral dos Estados-Membros. Assim, a Decisão-Quadro introduz normas comuns para os Estados com vista à concretização daqueles objetivos através da livre circulação de decisões judiciais penais e da entrega de pessoas visadas pela prática de um crime, segundo o princípio do reconhecimento mútuo¹⁰.

c. Conceito de MDE

Do art.1º, nº1 Decisão-Quadro a decisão judicial emitida na qual um Estado-Membro¹¹ reclama a outro Estado-Membro¹² a entrega de uma pessoa para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de sanção privativa da liberdade é classificada como MDE, sendo a primeira e principal figura (mas não única) concretizadora do princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal no ELSJ¹³.

⁹ Assente na adesão a Convenções por parte dos Estados-Membros e inserido num modelo de cooperação intergovernamental.

¹⁰ Para. 37 das Conclusões do Conselho de Tampere.

¹¹ Estado de emissão.

¹² Estado de execução.

¹³ Considerando 6 Decisão-Quadro.

A emissão de um MDE observa o princípio da especialidade¹⁴, podendo apenas executar-se um MDE pelas infrações nele previstas, pelo que, querendo a autoridade de emissão considerar uma outra não contemplada cabe-lhe a emissão de um novo MDE¹⁵.

Para que se considere um verdadeiro MDE, é necessário que todas as autoridades implicadas no processo de execução do MDE¹⁶ verifiquem, nas respetivas decisões, os requisitos de independência e imparcialidade por se tratar de garantias específicas de qualquer decisão judicial¹⁷. Só assim se estabelecerá a base de confiança necessária para o funcionamento do mecanismo.

d. Os princípios da confiança do reconhecimento mútuos

Não existe uma definição legal da confiança e do reconhecimento mútuos, sendo relevante o contributo jurisprudencial¹⁸ para o escrutínio do seu conteúdo. Em todo o caso, é comumente aceite que o segundo assenta no primeiro.

A confiança mútua, cujo conteúdo flexível está em constante construção, é encarada como “*raison d’être*” da União¹⁹, logo, também do ELSJ.

A partilha de valores comuns entre os Estados-Membros²⁰, na qual se funda a igualdade nas relações entre estes, está também na base na confiança mútua²¹, na medida em que os Estados confiam que os demais respeitam e atuam conforme esses valores comuns.

O princípio do reconhecimento mútuo, visto pelo Conselho como “pedra angular da cooperação judiciária”²², promove a unidade em cenários marcados pela diferença de

¹⁴ Art.27º Decisão-Quadro.

¹⁵ LENAERTS, Keon, “*La Vie Après L’Avis: Exploring The Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*”, p. 815, in *Common Market Law Review*, vol.54, issue 3, 2017

¹⁶ Autoridade de emissão, de execução e que tenha determinado a sanção que se pretende fazer executar com a emissão do MDE, ou seja competente para o processo ao qual a pessoa reclamada será sujeita, ao ser entregue.

¹⁷ Para. 56 do ac. TJUE de 25.07.2018, C-216/18 PPU (LM) e para. 64 das Conclusões do Advogado Geral Tanchev de 28.06.2018 relativas ao caso LM.

¹⁸ Nomeadamente, pelo diálogo entre o TJUE, TEDH e tribunais internos (cfr. LENAERTS, Keon, cit. p. 807, in *Common Market Law Review*, vol.54, issue 3, 2017)

¹⁹ Parecer 2/13 do TJUE, 18.12.2014 (Parecer 2/13).

²⁰ Entre os quais, o Estado de Direito.

²¹ Para. 35 do ac. TJUE de 25.07.2018, C-216/18 PPU (LM).

²² Para. 33 das Conclusões do Conselho de Tampere.

sistemas judiciais, ou a coexistência de diferentes padrões legais no mesmo ordenamento²³.

Não existindo sempre medidas de harmonização para todas as matérias relevantes para o relacionamento entre os Estados-Membros, considera-se o conteúdo normativo do princípio do reconhecimento mútuo um meio alternativo para que se tracem essas relações no seio da UE. O conteúdo desdobra-se na inadmissibilidade de verificação por parte dos Estados-Membros se outros Estados-Membros obedecem ao Direito da União, inclusive às normas relativas a direitos fundamentais, e na recusa de exigência de adoção um nível de tutela de direitos fundamentais por parte de outros Estados-Membros superior ao resultante do ordenamento da União, havendo confiança nos padrões de tutela implementados pelos Estados.

Correspondendo à primeira concretização do reconhecimento mútuo em matéria penal²⁴, o mecanismo do MDE expressa bem aquele conteúdo. Desde logo, o art.1º, nº2 da Decisão-Quadro prevê a regra de que cabe ao Estado de execução a implementação do MDE como se se tratasse de uma decisão por si tomada, mesmo que a solução fosse distinta no caso de ter resolvido a questão. Esta regra traduz uma expectativa de legalidade no processo judicial e de execução da sanção penal e a presunção de que o Estado-Membro de emissão cumpre com o Direito da União. Implementa ainda uma responsabilidade distribuída entre o Estado-Membro de emissão e de execução pelo controlo do processo de execução do MDE que se desenrola no seu espaço interno, inclusive no que respeita à tutela dos direitos fundamentais.

Atendendo à relevância que a confiança mútua assume para a execução do MDE, conclui-se que, uma vez não cumpridos os requisitos inerentes à natureza de verdadeiro MDE, não se pode exigir o respeito pela regra do art.1º, nº2 Decisão-Quadro²⁵.

Estes princípios são, muitas vezes, preferidos pelos Estados-Membros, como forma de evitar a adoção de medidas de harmonização que limitem o espaço de exercício da soberania nacional na regulação das relações que traçam com outros Estados,

²³ BLOCKS, Suzanne Andrea e BRINCK, Ton van den, “*The Impact on National Sovereignty of Mutual Recognition in the AFSJ. Case-Study of the European Arrest Warrant*”, p.54, in *German Law Journal*, vol.22, issue 1, janeiro de 2021

²⁴ Cfr. considerando 6 Decisão-Quadro

²⁵ Para. 64 das Conclusões do Advogado Geral Tachev, de 28.06.2018, relativas ao processo C-216/18 PPU (LM), citando o Advogado Geral M. Bobek

nomeadamente no âmbito penal. Porém, tal não leva à eliminação daquelas medidas, como se vê, desde logo, com a Decisão-Quadro, sendo, muitas vezes, mais eficazes em evitar que se chegue a contextos nos quais se verifiquem vicissitudes relacionadas com a implementação do Estado de Direito, pelo facto de introduzirem padrões comuns a ser adotados pelos Estados e que sustentam a confiança mútua.

e. Motivos de não execução do MDE e os direitos fundamentais

Ainda que se admitam desvios à confiança²⁶ e reconhecimento mútuos, pela relevância dos princípios na UE, essas limitações que, de certa forma, favorecem o protecionismo dos Estados, devem permitir uma restauração rápida dos princípios de modo que não se desagregue o funcionamento da UE, em especial, do ELSJ.

Para o MDE, a Decisão-Quadro prevê um elenco de motivos que podem levar a uma recusa obrigatória (art.3º) ou facultativa (art.4º), ou a um condicionalismo da sua execução (art.5º). Mesmo flexibilizando a confiança e reconhecimento mútuos, sendo elencos taxativos²⁷, não é totalmente afastada a concretização dos princípios e dos seus objetivos de simplificação e aceleração da cooperação judicial.

Por outro lado, deve-se atender a que, apesar da exaustão dos elencos, os Estados-Membros e o TJUE introduziram uma maior flexibilização dos princípios como reação à tensão recorrente entre a execução de MDE e a tutela de direitos fundamentais. Essa flexibilização apoia-se na referência do art.1º, nº3 e dos considerandos 12 e 13²⁸ da Decisão-Quadro à tutela de direitos fundamentais, de onde resulta que o respeito por esses direitos é uma condição adicional para a execução de MDE²⁹.

²⁶ Os desvios à confiança mútua levam ao afastamento da conceção “cega” ou absoluta do princípio.

²⁷ Sobre a natureza taxativa, cfr. para.80 ac. do TJUE de 05.04.2016, C-404/15 e C-659/15 PPU (Aranyosi e Căldăraru).

²⁸ Relevando o preâmbulo para efeitos interpretativos da Decisão-Quadro, o facto de se referir à tutela de direitos fundamentais leva a que a referência expressa nas leis internas ao respeito dos direitos fundamentais como requisito para a execução de MDE mais não seja do que a concretização da própria Decisão-Quadro.

²⁹ Ralli, Evgenia, “*The Principle of Mutual Recognition Based on Mutual Trust and the Respect for Fundamental Rights: The Case of the Framework Decision on the European Arrest Warrant*”, p.5, in *European Law Institute* (ELI)

De facto, vários Estados-Membros³⁰ previram, na transposição da Decisão-Quadro para o seu ordenamento, outros motivos de não execução de MDE, entre os quais, a violação de direitos fundamentais no Estado de emissão³¹.

Também o TJUE veio, nos acórdãos Aranyosi e Căldăraru e LM, admitir a oposição à execução do MDE quando haja um risco real de violação de direitos fundamentais absolutos e não absolutos, respetivamente. Com isto, procurou um maior equilíbrio entre a tutela dos direitos fundamentais e a o reconhecimento mútuo no âmbito da execução de MDE.

A questão prejudicial subjacente à primeira decisão prendia-se com saber se a entrega da pessoa reclamada devia ser considerada ilícita quando a autoridade de execução dispusesse de elementos sérios e comprovados de onde decorresse a incompatibilidade entre as condições de detenção no Estado-Membro de emissão e os direitos fundamentais da pessoa reclamada, em especial, o direito consagrado no art.4º da Carta e 3º CEDH, e os princípios gerais do art.6º TUE; ou se, pelo contrário, devia proceder à entrega mediante a prestação de garantias sobre as condições de detenção pela autoridade de emissão.

O TJUE interpretou da Decisão-Quadro no sentido de se permitir o adiamento da execução do MDE, perante motivos sérios, precisos, fiáveis e devidamente atualizados que levem a concluir pela existência de falhas sistémicas ou generalizadas no Estado-Membro de emissão, com repercussão na situação concreta da pessoa reclamada, afetando o seu direito fundamental do art.4º Carta. Ou seja, o adiamento da execução apenas é admitido restritamente, mediante a observância de duas etapas de avaliação³².

Esta possibilidade sustenta-se no facto de o direito em risco de ser violado ter natureza absoluta, à interpretação do art.1º, nº3 Decisão-Quadro, e ao facto de o Parecer 2/13 reconhecer a suscetibilidade de limitação da confiança mútua em circunstâncias excecionais, sendo o risco de violação de um direito dessa natureza encarado como uma

³⁰ V.g. a Alemanha (cfr. Europäisches Haftbefehlsgesetz), Grécia ou Países Baixos

³¹ Considere-se, v.g., o art.11º da Overleveringswet (lei que transpõe a Decisão-Quadro para o ordenamento holandês). No caso português, tal referência não foi feita, atendendo-se a que as autoridades de execução nacionais devem atuar em conformidade com essa tutela por serem relevados os direitos fundamentais na CRP

³² A necessidade dessa avaliação bipartida mantém-se para o segundo caso (paras.60, 61 e 68 do ac. LM)

dessas circunstâncias excepcionais, pois a concretização do princípio da confiança mútua “não pode conduzir a um trato desumano ou degradante dessa pessoa”³³.

O segundo caso corresponde à primeira vez que se admitiu a exceção à confiança mútua em nome da tutela de um direito não absoluto. De facto, mesmo podendo ser limitado por não ter natureza absoluta, o conteúdo essencial do direito a um processo equitativo não pode ser prejudicado, devendo as limitações observar o princípio da proporcionalidade. Isto significa que as limitações têm de ser necessárias, em nome da satisfação de interesses gerais considerados pelo Direito da União, ou da tutela de direitos e liberdades de terceiros. Ou seja, “um risco de violação do artigo 47.º da Carta não pode [ser desconsiderado, podendo] levar ao adiamento da execução de um mandado de detenção europeu”³⁴. Acrescenta-se ainda o facto de não resultar do art.1º, nº3 Decisão-Quadro qualquer diferença entre os casos em que esteja em causa um direito fundamental absoluto ou não absoluto³⁵, e a circunstância de o TEDH admitir a proibição de expulsão quando daí resulte um risco de denegação flagrante de justiça, e violação do art.6ºCEDH³⁶. Considera-se ainda que a concretização do reconhecimento mútuo no mecanismo do MDE implica a existência de decisões judiciais emitidas por autoridades cumpridoras do art.47º, 2º parágrafo Carta³⁷, ou seja, com observância de garantias específicas que implicam de independência e imparcialidade, de modo a promover uma tutela jurisdicional efetiva e permitir a tutela de direitos fundamentais e a fiscalização de qualquer procedimento de entrega entre Estados-Membros³⁸, pelo que, “se houver um risco real de que o processo que decorre no Estado-Membro de emissão não respeite os requisitos do artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, não se verifica o pressuposto em que assenta a obrigação de executar qualquer mandado de detenção europeu, prevista no artigo 1.º, n.º 2, da Decisão-Quadro”³⁹.

Por não se tratar de um direito absoluto⁴⁰, o TEDH já ter seguido a mesma orientação em matéria de extradição⁴¹, e através de uma leitura restrita dos limites da confiança mútua, o Advogado Geral Tanchev limita a possibilidade de adiamento da

³³ Cfr. paras.83 a 88 do ac. Aranyosi e Căldăraru e 45 do ac. LM.

³⁴ Para.58 das Conclusões do Advogado Geral.

³⁵ Para.59 das Conclusões do Advogado Geral.

³⁶ Para.66 das Conclusões do Advogado Geral.

³⁷ Paras.60 e 61 das Conclusões do Advogado Geral.

³⁸ Para. 56 da decisão do TJUE.

³⁹ Para. 65 das Conclusões do Advogado Geral.

⁴⁰ Para. 77 das Conclusões do Advogado Geral.

⁴¹ Para. 79 das Conclusões do Advogado Geral.

execução do MDE aos casos em que o risco de denegação de justiça, em violação do art.47º da Carta, seja flagrante⁴². Uma violação flagrante implica que o conteúdo essencial do direito a um processo equitativo seja afetado com um risco de “violação do princípio da equidade do processo garantido pelo artigo 6.º [da CEDH] que seja tão grave que implique a anulação ou até a destruição da própria essência do direito protegido por esse artigo”⁴³.

Como se referiu, o afastamento da execução de um MDE quando esteja em causa um risco real de violação de um direito fundamental implica, numa primeira fase, a consideração de elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados⁴⁴ relativos às condições de detenção existentes ou ao funcionamento do sistema judicial⁴⁵ no Estado-Membro de emissão, de onde se retire a existência de falhas sistémicas ou generalizadas.

A segunda etapa considera a repercussão das falhas sistémicas ou generalizadas no caso concreto⁴⁶. Para o efeito, atende a motivos sérios e comprovados que levem a crer que a pessoa reclamada, a ser entregue, será sujeita a um risco real de ver violado o seu direito fundamental, não podendo a mera identificação de falhas sistémicas ou genéricas levar à conclusão automática de que a pessoa reclamada corre um risco de que seja violado o seu direito⁴⁷. A avaliação do caso concreto depende da consideração de informações complementares, fornecidas ao abrigo do art.15º, nº2 Decisão-Quadro pela autoridade de emissão, ou quaisquer outras informações que essa autoridade disponha e

⁴² Paras. 72 e 85 das Conclusões do Advogado Geral.

⁴³ Para. 81 das Conclusões do Advogado Geral, citando-se o TEDH.

⁴⁴ O TJUE admite decisões judiciais internacionais, como acórdãos do TEDH, decisões judiciais do Estado-Membro de emissão, decisões, relatórios e outros documentos elaborados pelos órgãos do Conselho da Europa ou pertencentes ao sistema das Nações Unidas (para.89 ac. Aranyosi e Căldăraru), propostas fundamentadas apresentadas pela Comissão nos termos do art.7ºTUE (para. 61 ac. LM).

⁴⁵ Para. 61 ac. LM, sendo que a avaliação deve atender ao padrão de tutela e às exigências ou requisitos de processo equitativo resultantes do art.47º, 2º parágrafo Carta (para. 62 ac. LM).

⁴⁶ A necessidade de uma avaliação do caso concreto prende-se, no entender do TJUE, com o facto de que a circunstância de se conhecerem falhas sistémicas ou generalizadas não leva automaticamente a um impacto no caso concreto, em caso de entrega (paras. 91 a 94 do acórdão Aranyosi e Căldăraru), e mantém-se mesmo quando tenha sido emitida uma proposta fundamentada pela Comissão (para. 69 acórdão LM)

⁴⁷ Para o Advogado Geral E. Tanchev, em coerência com a possibilidade de recusa de entrega quando haja elementos objetivos que sustentem que o MDE apenas foi emitido com o objetivo de punir a pessoa visada pelos motivos elencados nesse considerando (considerando 12 da Decisão-Quadro), cabe ao opositor da execução do MDE fazer prova da existência desse risco real de denegação de justiça flagrante, através da demonstração de circunstâncias relacionadas com a sua pessoa (v.g., se é opositor político ou se pertence a um grupo social ou étnico que é objeto de discriminações), ou com a infração (v.g., se se trata de uma infração de natureza política ou se o poder em funções fez declarações públicas relativamente a essa infração ou à sua punição) que a expõe, necessariamente a esse risco.

que sejam relevantes para a avaliação do caso concreto, devendo também ser consideradas quaisquer preocupações específicas demonstradas pela pessoa reclamada.

Não podendo as decisões judiciais ser contaminadas politicamente, o facto de haver uma proposta fundamentada da Comissão que considera a existência de um risco manifesto de violação do art.2ºTUE, mantem-se a obrigatoriedade desta fase, na medida em que deve haver uma decisão judicial independente nesse sentido para a recusa de execução do MDE. Mas, a haver tal proposta, esta não deve ser ignorada pelo Tribunal, mesmo que não se possa dominar a sua decisão final.

Assim, só no caso de a pessoa reclamada correr um risco real de que seja violado o seu direito fundamental em caso de entrega, “a execução desse mandado deve ser adiada mas não pode ser abandonada”⁴⁸, ainda que se deva pôr termo ao processo de entrega no caso de essa conclusão não poder ser afastada em prazo razoável, como resulta do para.104 do acórdão Aranyosi e Căldăraru ⁴⁹. Porém, quando a autoridade de execução dispuser de informações que afastem a necessidade de adiamento da entrega da pessoa reclamada, por não se verificar um risco concreto de violação do seu direito fundamental, deve executar o MDE.

⁴⁸ Para. 98 ac. Aranyosi e Căldăraru.

⁴⁹ No caso de a pessoa reclamada se encontrar detida no EM de execução e tiver sido decidido o adiamento da sua entrega, a detenção apenas se deverá manter por tempo determinado e não excessivo e conforme os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência (paras.100 e 101 ac. Aranyosi e Căldăraru). A ser posto termo à detenção, no entanto, deverão ser adotadas medidas adequadas a evitar a fuga da pessoa reclamada e a assegurar as condições necessárias para que se possa continuar a proceder à sua entrega, até que seja tomada a decisão definitiva quanto à implementação do MDE (para. 103 ac. Aranyosi e Căldăraru).

III. O Princípio do Estado de Direito

a. Conceito e relevância

O valor fundamental do Estado de Direito é consagrado em vários instrumentos europeus⁵⁰, internacionais e organizacionais, ainda que de nenhum resulte a sua definição, pelo que, para esse efeito, relevam os contributos jurisprudenciais e institucionais na identificação dos seus corolários essenciais⁵¹.

A relevância do princípio no contexto da UE prende-se, primeiro o facto de o seu respeito ser condição *sine qua non* de adesão à UE (art.49ºTUE), devendo manter-se esse respeito uma vez já integrados na UE, como resulta da conjugação dos arts.2º e 7º TUE, importando também no âmbito da ação externa da UE (art.21ºTUE). Por outro lado, o princípio está na base da confiança mútua e, estando esta na base do ELSJ, também o cumprimento do Estado de Direito fortalece o ELSJ. Acrescenta-se que, sendo um valor comum aos Estados da UE, a responsabilidade pela sua tutela é partilhada entre estes, para além de que, sendo o princípio lesionado num determinado Estado, tal impacta outros Estados e à base jurídica, política e económica da UE no seu todo, como resulta claro do mecanismo do MDE, pelo facto de a atuação do Estado de execução ser afetada pela existência de falhas na concretização do Estado de Direito no Estado de emissão.

Tendo em conta a relevância do princípio, percebe-se que o Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito preveja o reforço do princípio de Estado de Direito como prioridade para o funcionamento eficaz da União.

i. O corolário da tutela jurisdicional efetiva

Este corolário do Estado de Direito encontra o seu conteúdo essencial no art.47º da Carta. Daí decorrem as exigências de fiscalização jurisdicional da ordem jurídica da UE pelo TJUE e pelos tribunais nacionais, e de existência de um processo equitativo.

Assim, deve ser assegurada uma via de recurso em cada Estado-Membro, à luz do art.19º, nº1, 2º parágrafo TUE, que promova a tutela dos valores fundamentais e dos

⁵⁰ Cfr. preâmbulo e art.2º TUE, havendo diversas normas avulsas, como o art.19ºTUE, que concretizam o princípio.

⁵¹ Destes, destacam-se o da legalidade, separação de poderes, tutela jurisdicional efetiva e a proibição da arbitrariedade do poder executivo.

direitos conferidos pelo Direito da União, possibilitando também uma reação em caso de violações a esses direitos e valores. Em nome da eficácia dessa via de recurso, as instâncias que a integram devem valer como verdadeiros órgãos jurisdicionais nos termos do Direito da UE⁵², cumprindo os requisitos do art.47º, 2º parágrafo Carta.

O requisito da independência, inerente à missão de julgar e parte do conteúdo essencial do direito a um processo equitativo, deve-se verificar relativamente a juízes do TJUE e TEDH, a Advogados Gerais, e aos órgãos jurisdicionais internos dos EM. Este tem uma dimensão externa e interna.

A vertente externa “requer que a instância em causa exerça as suas funções com total autonomia, sem estar submetida a nenhum vínculo hierárquico ou de subordinação em relação a nenhuma entidade e sem receber ordens ou instruções de nenhuma proveniência, estando assim protegida contra intervenções ou pressões externas suscetíveis de afetar a independência de julgamento dos seus membros e influenciar as suas decisões”⁵³. A outra dimensão associa-se à ideia de imparcialidade, ou seja, um igual distanciamento por parte do julgador aos interesses das partes, assumindo como único e preponderante interesse o de aplicação objetiva do Direito.

A tutela da independência exige garantias⁵⁴ para afastar eventuais dúvidas sobre a impermeabilidade e neutralidade da instância face a elementos externos e aos interesses em confronto, respetivamente.

Como considera o TJUE, “A independência dos órgãos jurisdicionais nacionais é essencial, em particular, ao bom funcionamento do sistema de cooperação judiciária (...) na medida em que, (...) esse mecanismo só pode ser acionado por uma instância encarregue de aplicar o direito da União, que satisfaça, designadamente, esse critério de

⁵² Para o TJUE, a aferição do carácter de “órgão jurisdicional” implica considerar a origem legal da instância, a sua permanência, o carácter vinculativo das suas decisões, se é respeitado o contraditório no âmbito do processo e se são aplicadas as regras de Direito, e se o órgão é dotado de independência (para. 38 do ac. TJUE de 27 de fevereiro de 2018, C-64/16).

⁵³ Para. 72 ac.do TJUE de 24.06.2019, C-619/18 (Comissão c. Polónia (C-619/18)).

⁵⁴ V.g. relativas à composição da instância, motivos subjacentes à nomeação ou destituição de juízes, duração do exercício de funções, ou à inamovibilidade. As últimas visam a tutela dos magistrados com a sua manutenção em exercício de funções até atingirem a idade obrigatória de aposentação, ou até ao termo do seu mandato, no caso deste ter uma duração pré-determinada. Não tendo o princípio da inamovibilidade natureza absoluta as limitações de que pode ser objeto apenas se admitem quando haja motivos legítimos e imperiosos que o justifiquem (v.g.: incapacidade ou falta grave que impeçam a continuidade do exercício das suas funções), e sempre com respeito pelo princípio da proporcionalidade.

independência”⁵⁵, referindo-se ao mecanismo do MDE, o que ilustra a relevância prática da independência para a confiança mútua.

O TJUE tem admitido a aplicação do art.19ºTUE a “qualquer situação coberta pelo âmbito material do Direito da União”⁵⁶. De facto, podendo os tribunais internos pronunciar-se sobre questões relacionadas com a aplicação e interpretação de Direito da UE, qualquer litígio pode caber no âmbito material do ordenamento europeu. Assim, o art.19ºTUE pode relevar para avaliação das regras que presidem ao funcionamento e organização do sistema judicial. De facto, o reconhecimento de obrigações decorrentes a ser observadas no seio do sistema judicial não significa que a UE reclame para si o exercício da competência de determinação do modelo judicial adotado em cada EM⁵⁷. No entanto, a exigibilidade de que os Estados-Membros cumpram as exigências decorrentes do art.19º, nº1, 2º parágrafo TUE e da competência da UE para avaliar o cumprimento dos requisitos do art.47ºCarta por cada EM são temas controversos, tendo em conta que o modo como os EM desenham os seus sistemas judiciais recai na sua competência reservada, não prevendo os arts.19º TUE ou 47º Carta qualquer derrogação, impedindo ainda o art.51º Carta a extensão da aplicação do Direito da UE a matérias não compreendidas nas suas competências.

b. Garantias de Estado de Direito

À partida, os Estados-Membros espelham o Estado de Direito nos seus modelos constitucionais, cabendo a tutela desse valor, em primeiro lugar, a cada Estado da UE. Mas a UE não é indiferente às vicissitudes do Estado de Direito, prevendo mecanismos de reação às ameaças ao princípio.

Hoje, existe um conjunto de instrumentos complementares entre si que se ocupam deste valor (*EU's rule of law toolbox*) que promovem a confiança mútua ao procurar reagir antecipada ou posteriormente a violações do Estado de Direito. Os preventivos facultam uma resposta a situações que afetam o ELSJ, mas sem um grau grave e

⁵⁵ Para.54 do ac. LM, que segue o que resulta do para.65 das Conclusões do Advogado Geral Tanchev

⁵⁶ QUADROS, Inês, “*O Tribunal de Justiça e a questão da possibilidade do controlo judicial das ameaças ao Estado de Direito- Comentário ao acórdão do TJUE de 5.11.2019, Comissão c. Polónia (C-192/18)*”, in *Católica Law Review*, 1º trimestre de 2020

⁵⁷ Para.52 do ac. Comissão c. Polónia (C-619/18)

persistente de violação do art.2º que justifique o acionamento do art.7ºTUE, ao mesmo tempo que respondem às situações que não cumprem os requisitos necessários para que seja intentada uma ação de incumprimento por não estar em causa a infração de uma norma específica de Direito da UE, mas que não deixam de ser relevantes.

O mecanismo “nuclear” do art.7º TUE prevê procedimentos preventivos (nº1) e sancionatórios (nº2 e nº3), de onde resultam as formas mais emblemáticas de reação às violações do art.2º TUE. Porém, o artigo só pode ser acionado em último reduto, verificados requisitos apertados⁵⁸, e, havendo um forte pendor político na admissibilidade da aplicação das consequências a Estados concretos, é difícil que o mecanismo seja levado até às últimas consequências, ou, pelo menos, que o seja em tempo útil. Assim, não se trata de um instrumento sancionatório eficaz.

A possibilidade de intentar ações por incumprimento, à luz dos arts.258º a 260ºTFUE⁵⁹, que abrem porta à aplicação de sanções, e de apresentação de pedidos prejudiciais (art.267ºTFUE) são vias alternativas de reação às violações do Estado de Direito.

Também o mecanismo de condicionalidade para a proteção do orçamento UE⁶⁰, consagra a relevância do respeito pelo Estado de Direito para a tutela dos interesses financeiros da União.

De entre as comunicações, recomendações, pareceres e relatórios sobre o Estado de Direito na União e/ou em cada seu Estado, realça-se o primeiro relatório sobre o Estado de Direito na União, implementado em 2020, ao abrigo do mecanismo europeu para o Estado de Direito⁶¹.

As garantias em matéria de Estado de Direito nem sempre são adequadas para responder atempadamente às questões que se colocam, sobretudo, em virtude das

⁵⁸ Existência de um risco manifesto (nº1) e uma violação grave e persistente (nº2).

⁵⁹ V.g. acórdão TJUE de 2.04.2020, relativo aos processos C-715/17, C-718/17 e C-719/17, relativos a ações por incumprimento intentadas contra a Polónia, Hungria e República Checa, respetivamente.

⁶⁰ Regulamento 2020/2092 do Parlamento e do Conselho de 16.12.2020.

⁶¹ Desse mecanismo decorre um ciclo anual de promoção do Estado de Direito e instrumento de prevenção da ocorrência de problemas ou do seu agravamento, através de uma sensibilização para os problemas e alterações significativas registadas nos domínios relevantes no âmbito do Estado de Direito, de modo que sejam encontradas soluções adequadas para a salvaguarda deste valor.

pressões recentemente verificadas sobre Estado de Direito nalguns Estados⁶². Questiona-se, assim, sobre se não deveriam ser introduzidos instrumentos mais desenvolvidos no contexto europeu para responder às crises de Estado de Direito⁶³.

c. As falhas sistémicas no Estado de Direito na Polónia

As reformas adotadas desde 2015 na Polónia afetaram a independência do sistema judicial e a separação de poderes e, conseqüentemente, o Estado de Direito, pondo em causa a confiança de outros Estados da UE no polaco.

As falhas sistémicas no Estado de Direito reportam-se a uma violação da lei⁶⁴ em termos que representem um cenário de crise com sérios desafios à ordem existente, mesmo que apenas de uma área concreta, como a cooperação judiciária ou o direito dos refugiados, verificando-se a circunstância de falhas num determinado sistema afetarem um outro.

Várias foram as considerações sobre as reformas na Polónia e sobre como estas representavam falhas sistémicas ou generalizadas que às quais se deve atender⁶⁵.

As reformas atingiram o Ministro da Justiça que, desde 2016, cumula funções com as de Procurador-Geral, detendo poderes discricionários para destacar, por tempo indeterminado, juízes para tribunais superiores, podendo igualmente pôr termo a esse destacamento⁶⁶.

⁶² BOGDANDY, von Armin, “Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine: How to Protect Checks and Balances in the Member States”, p.726, in *German Law Journal*, vol.22, issue 1, janeiro de 2021.

⁶³ Durão Barroso referiu, já em 2012, que “Necessitamos de um conjunto de instrumentos mais desenvolvidos – não só uma alternativa entre o «poder brando» da persuasão política e a «opção nuclear» do artigo 7.º do Tratado” (discurso sobre o estado da União perante o Parlamento Europeu, citado na comunicação da Comissão sobre o novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito).

⁶⁴ Do art.2ºTUE.

⁶⁵ V.g.: Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito na EU, Parecer urgente da Comissão de Veneza de 16.01.2020.

⁶⁶ Isto subjaz aos processos C-748/19 e C-754/19, a respeito dos quais, o Advogado Geral M. Bobek reconheceu a obrigação de observação de trâmites legais, segundo regras comuns relativas à nomeação e destituição de juízes, não o que se verifica na Polónia, levando a uma discricionariedade opaca e liberta de fiscalização, o que se agrava com a possibilidade de os juízes destacados poderem intervir em processos disciplinares relativos a outros juízes, o que pode gerar constrangimentos pelo facto de os sujeitos dos processos disciplinares serem seus pares.

Também o Conselho Nacional de Magistratura (CNM), órgão responsável pela salvaguarda da independência do sistema judicial e pela apresentação ao Presidente da República de pareceres sobre possíveis juízes a ser nomeados por este, conheceu uma alteração no processo de nomeação dos seus juízes-membros onde passou a haver uma forte influência política, pelo facto de a maioria dos seus membros passar a ser nomeada pelo Sejm (Câmara baixa do Parlamento), e já não pelos seus pares.

O TJUE criticou essas reformas nos seus acórdãos de 05.11.2019 (Comissão c. Polónia (C-192/18)⁶⁷ e no já referido Comissão c. Polónia (C-619/18), nos termos do qual apontou a falta de independência do CNM e a ausência de uma fundamentação (devida e material) dos pareceres emitidos ao Presidente da República⁶⁸. No entanto, o CNM continuou a apresentar candidatos a juízes ao Presidente, tendo o Tribunal Constitucional considerado o órgão constitucional. Isto levou à maioria parlamentar a exercer um papel determinante na composição dos tribunais pelo facto de o CNM ser dominado por nomeações políticas.

O CNM foi suspenso da Rede Europeia de Conselhos de Justiça, em 2018.

Também a fiscalização constitucional das leis ordinárias deixou de estar assegurada, não sendo o Tribunal Constitucional um órgão dotado de independência. Também a sua legitimidade afetada por, em 2016, se ter procedido à nomeação de juízes para o Tribunal sem base jurídica válida, impossibilitando juízes legítima e devidamente nomeados ao abrigo da anterior legislatura de exercer as suas funções. O Governo negou a publicação de decisões do Tribunal Constitucional das quais decorre a exigência de que os juízes legalmente nomeados pela anterior legislatura assumissem as suas funções de juiz no Tribunal e que os juízes indevidamente nomeados pela nova legislatura deixassem de julgar processos até serem validamente eleitos.

Uma impactante reforma consagrou-se com a lei de 12.07.2017 com a diminuição e diferenciação da idade de reforma dos magistrados do Ministério Público, do Supremo Tribunal e dos tribunais ordinários em função do sexo, tendo, simultaneamente, sido concedidos poderes ao Presidente da República e ao Ministro da Justiça para, correspondentemente, decidirem sobre a prorrogação do exercício de funções para além

⁶⁷ O ac. motivou a resolução do Supremo Tribunal polaco onde descarta a independência do CNM e desautoriza os seus juízes a julgar qualquer causa.

⁶⁸ Para. 117 do ac. Comissão c. Polónia (C-619/18)

da idade de reforma dos juízes do Supremo e dos tribunais ordinários, respetivamente, que apresentassem um pedido nesse sentido.

No ac. Comissão c. Polónia (C-192/18), considerou-se a violação da igualdade de tratamento entre sexos em matérias relacionadas com o abrigo e do princípio da independência por violação da garantia de inamovibilidade, com a intervenção do Presidente da República e do Ministro da Justiça, que sujeitava os tribunais a influências externas sem razão objetiva para a redução da idade de reforma e para a intervenção de entidades externas.

O facto de mais de um terço dos magistrados se verem obrigados a aposentar-se antecipadamente, vendo o Presidente do Supremo o seu mandato reduzido, conjugado com os poderes conferidos ao Presidente da República e ao Ministro suscitam questões sobre a verdadeira finalidade da reforma, concretamente, sobre se esta foi instituída unicamente para permitir o afastamento de certos magistrados em concreto.

Também a independência do Supremo Tribunal foi afetada pelo facto de o Presidente da República poder interferir no processo de nomeação do primeiro presidente daquele tribunal quer através da nomeação de um primeiro presidente interino que assuma a responsabilidade pela organização do processo de seleção do novo efetivo primeiro presidente, a quando a Assembleia Geral do Supremo não tiver ainda apresentado candidatos ao cargo ao Presidente da República, quer ainda pelo poder para anular a escolha desse primeiro presidente.

Para além disso, surgem questões relacionadas com as secções do Supremo criadas em 2018, cujos membros são também propostos pelo CNM ao Presidente da República⁶⁹.

A Secção de Fiscalização Extraordinária e dos Assuntos Públicos tem poderes para levantar a imunidade dos juízes aquando da instauração de processos penais contra eles, competência antes atribuída aos tribunais disciplinares de primeira instância.

A Secção Disciplinar passou a deter poderes para se pronunciar sobre questões versadas sobre a matéria de competência, como as que respeitam à exclusão de juízes de

⁶⁹ A intervenção do CNM no processo escolha da composição da Secção Disciplinar procurou conceder uma maior objetividade à nomeação, delimitando a margem de exercício de poder pelo Presidente polaco. Porém, os objetivos saem frustrados por não ser o CNM independente (Comissão c. Polónia (C-619/18))

processos quando haja dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade, o que não é passível de alteração por outras secções do Tribunal. Por outro lado, opera como instância final para os processos disciplinares que visem juízes do Supremo e dos tribunais ordinários.

A independência dessa Secção foi desconsiderada pelo TJUE⁷⁰, tendo em conta o contexto subjacente à sua criação e o processo de nomeação dos seus membros, quando conjugado com a falta de independência do CNM. Assim, no âmbito de processos disciplinares, o TJUE emitiu um despacho⁷¹ de adoção de medidas provisórias no sentido de suspender temporariamente os poderes dessa Secção relativos aos processos disciplinares que visam juízes.

Contudo, apesar das referidas decisões, teve lugar uma audiência na Secção Disciplinar relativa ao levantamento da imunidade de um magistrado, a 09.06.2020.

Ainda a respeito desta Secção, o TJUE entende que se trata de um instrumento de intimidação de juízes⁷².

Acrescenta-se que o regime disciplinar aplicado aos juízes do Supremo e dos tribunais ordinários passou a ser usado como arma de controlo político pelo facto de, por um lado, se basear numa ampla conceção de “infração disciplinar”, na medida em que valora certos conteúdos das decisões judiciais como infrações disciplinares, inclusive decisões de pedidos prejudiciais e, por outro, poderem ser visados juízes pelo facto de exercerem a sua liberdade de expressão quando se pronunciem sobre o funcionamento de órgãos constitucionais e reformas legislativas⁷³.

Com a lei de 20.12.2019, os juízes foram obrigados a divulgar informações pessoais (v.g.: cargos ocupados em partidos políticos antes de 29 de dezembro de 1989), e proibidos de contestar os poderes dos órgãos constitucionais, judiciais e dos serviços responsáveis pela aplicação da lei, e de se pronunciar sobre a legalidade das nomeações

⁷⁰ Ac. TJUE de 09.11.2019, C-585/18, C-624/18 e C-625/18 (ac. A.K.), que levou o Supremo Tribunal polaco a pronunciar-se no sentido de que a Secção Disciplinar não é um verdadeiro tribunal independente segundo os critérios europeus e de direito interno

⁷¹ Despacho do TJUE de 08.04.2020

⁷² Para. 67 ac. LM

⁷³ Isto foi também concretizado no panorama político, na medida em que o Governo e o Parlamento emitiram considerações públicas relativas a juízes que criticaram abertamente as reformas no sistema judicial. Desde modo, minava-se a confiança pública no sistema judicial e o princípio da cooperação leal entre órgãos

judiciais e capacidade de um juiz desempenhar funções e de avaliar a legalidade da composição de coletivo de juízes.

As reformas expostas suscitaram, no contexto da União, o início de um diálogo entre a Comissão e o Estado-Membro polaco nos termos do novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito⁷⁴, considerando-se a existência de indícios de ameaças sistémicas no Estado de Direito na Polónia. Neste contexto, emitiram-se vários documentos relativos à situação de Estado de Direito naquele Estado-Membro⁷⁵.

Porém, o objetivo de alcançar uma solução juntamente com causa Polónia no âmbito desse diálogo não foi conseguido. Ao invés, a Comissão concluiu no sentido de se verificar um agravamento das falhas no Estado de Direito na Polónia justificativo do acionamento do art.7º, nº1TUE. Assim, a 20.12.2017, foi pela primeira vez emitida uma Proposta Fundamentada contra um Estado-Membro⁷⁶, que foi acompanhada por uma Recomendação sobre o Estado de Direito.

A Comissão reagiu ainda à situação na Polónia com o acionamento do art.258ºTFUE, visando a promover a salvaguarda da independência do sistema judicial polaco⁷⁷.

Também os tribunais internos de alguns Estados-Membros atenderam às falhas no sistema judicial polaco que afetavam a concretização do mecanismo do MDE, interrogando o TJUE a título prejudicial a respeito da interpretação de normas relevantes a esse respeito.

⁷⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito, COM (2014)158 final, 11.03.2014

⁷⁵ Parecer de 01.07.2016 e as Recomendações relativas ao Estado de direito (UE) 2016/1374, 2016/146 e 2017/1520.

⁷⁶ Proposta fundamentada ao abrigo do artigo 7.º, N.º.1 do Tratado da União Europeia relativa ao Estado de Direito na Polónia- COM (2017) 835 final, 2017/0360(NLE), 20.12.2017.

⁷⁷ Esses processos deram origem aos acs. do TJUE Comissão c. Polónia (C-192/18) e Comissão c. Polónia (C-619/18).

IV. A possibilidade de recusa de execução de MDE com fundamento na violação do princípio do Estado de Direito

Face às deficiências sistémicas ou generalizadas na concretização do princípio do Estado de Direito, o TJUE foi interrogado a título prejudicial sobre se a interpretação de determinadas normas poderia levar à admissibilidade de recusa de execução de MDE emitidos por um Estado-Membro afetado pelas referidas deficiências, independentemente do modo como estas se repercutem no caso concreto.

Esta questão reflete a tensão que frequentemente surge entre o mecanismo de execução de MDE e a salvaguarda de valores e princípios fundamentais no contexto do Direito da UE, pelo que tem interesse ser analisada, concretamente, com base em duas decisões do TJUE⁷⁸ onde se assumiu a mesma linha de solução. Interessa também compará-las a visão que o mesmo Tribunal adota em questões relacionadas com matéria de asilo, como possível caminho alternativo⁷⁹.

a. Enquadramento factual e jurisprudencial

Os acórdãos LM e de 2020 resultam de preocupações relativamente ao Estado de Direito na Polónia, tendo em conta que as autoridades foram chamadas a decidir sobre a implementação de MDE emitidos por aquele Estado, visando cidadãos polacos.

No caso LM, estavam em causa três MDE emitidos⁸⁰ com vista à entrega de LM efeitos de procedimento penal pela prática de infrações qualificadas relacionadas com produção e transformação ilícitas, contrabando de substâncias psicotrópicas e participação em associação criminosa com vista à prática das referidas infrações. LM foi detido na Irlanda até que fosse tomada uma decisão sobre a execução dos MDE.

LM opôs-se à sua entrega ao Estado de emissão, considerando que daí resultaria a sua exposição a um risco real de denegação flagrante de justiça em violação do direito a um processo equitativo (art.6ºCEDH), em razão das reformas legislativas que afetavam

⁷⁸ Ac. TJUE LM e ac. TJUE de 17.12.2020, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU.

⁷⁹ Para este efeito, serão atendidos os acs. do TJUE de 21.12.2011, C-411/10 e C-493/10 (ac. N.S.), e de 10.12.2013, C-394/12 (ac. Abdullahi).

⁸⁰ Foram emitidos entre 01.02.2012 e 26.09.2013.

o sistema judicial polaco e a base para a confiança mútua necessária ao funcionamento da cooperação judiciária penal⁸¹.

Já a decisão de 2020 reportou-se a questões apresentadas pelo Tribunal de Primeira Instância de Amsterdão, autoridade de execução dos MDE emitidos a 31 de agosto de 2015 para efeitos de procedimento penal pela prática do crime de tráfico de estupefacientes e de posse de documento de identificação falso (no âmbito do processo C-354/ PPU), e a 26 de maio de 2020 para efeitos de cumprimento de pena pelos crimes de agressão e ameaça (no âmbito do processo C-412/20 PPU).

No âmbito do processo C-354/20 PPU, a pessoa reclamada e o Ministério Público puderam pronunciar-se sobre os desenvolvimentos no Estado de Direito na Polónia e as suas consequências para a obrigação de execução de MDE. Traçou-se também, à luz do método estabelecido nos acórdãos Aranyosi e Căldăraru e LM, um diálogo com a autoridade de emissão, visando a obtenção de informações complementares sobre o impacto dos desenvolvimentos no sistema polaco na situação da pessoa reclamada. Isto levou a que, mesmo não tendo a pessoa reclamada oposto à execução do MDE, o tribunal considerasse a existência de dúvidas quanto independência dos órgãos judiciais, inclusive do órgão de emissão em concreto em virtude das reformas no sistema judicial polaco, não estando, assim, assegurado, para qualquer suspeito, o direito a um processo equitativo, independentemente da situação pessoal do suspeito, natureza da infração em causa e contexto subjacente à emissão do MDE.

Também no âmbito do processo C-412/20 PPU, a pessoa reclamada não se opôs à execução do MDE, tendo apenas requerido que a decisão relativa à sua entrega fosse tomada após a resposta do TJUE às questões prejudiciais apresentadas ao abrigo do processo C-354/20 PPU, o que foi assentido. Perante o agravamento da situação na Polónia comparativamente à verificada no momento da decisão no âmbito do processo C-354/20 PPU, e tendo o MDE sido emitido num contexto em que já não se preenchiam os requisitos de tutela jurisdicional efetiva, o TJUE apresentou uma nova questão prejudicial.

Interessa saber que o Tribunal de Primeira Instância de Amsterdão tomou a decisão inédita no contexto europeu de, até à resposta às questões prejudiciais, suspender

⁸¹ Para. 16 ac. LM

a execução de qualquer MDE emitido pela Polónia, atendendo aos efeitos práticos que a decisão do TJUE poderia ter nesse fluxo de entregas ao referido EM⁸².

b. Questões prejudiciais

A High Court irlandesa, no caso LM, procurou saber se, no caso de se considerar que a autoridade de emissão já não cumpre com as regras de Estado de Direito, nomeadamente, por não respeitar o direito a um processo equitativo, ainda assim, se mantém a necessidade de apreciar, de forma concreta e precisa, o modo como esse incumprimento se reflete na existência de um risco real para a pessoa reclamada de ver o seu direito a um processo equitativo em caso de entrega. O TJUE entendeu estar em causa a interpretação do art. 1º, nº3 Decisão-Quadro para saber se, mesmo dispondo a autoridade de execução de elementos dos quais parece decorrer um risco real de violação do direito fundamental a um processo equitativo em virtude de falhas sistémicas na independência do poder judicial, se deve proceder à verificação concreta e precisa da existência de motivos sérios e comprovados que levem a crer que a pessoa reclamada será, de facto, sujeita a esse risco em caso de entrega⁸³.

O órgão holandês concluiu no sentido de não se verificar, em ambos os casos, qualquer motivo dos elencados na Decisão-Quadro para que se recusasse a execução de um MDE. Mas, tendo em conta o cenário do Estado-Membro de emissão, interrogou-se sobre a possibilidade de oposição à execução de MDE. As questões que estiveram na base do processo C-354/20 PPU foram apresentadas subsidiariamente, devendo apenas ser considerada a questão subsequente no caso de a anterior merecer uma resposta negativa.

Primeiro, perguntava-se se a Decisão-Quadro e os arts. 19º, nº1, 2º parágrafo TUE e 47º, 2º parágrafo Carta se opunham à execução de um MDE emitido por um Estado onde se verificou uma alteração legislativa após a emissão do MDE de tal ordem que não se pode considerar estar mais assegurada a independência do órgão jurisdicional, não estando mais cumpridas as exigências de tutela jurisdicional efetiva.

⁸² WÓJCIK, Anna, “*The Regional Court in Amsterdam has already submitted a second enquiry to the Court of Justice of the EU regarding the performance of a European Arrest Warrant to Poland. Until the receipt of an answer from the CJEU, no person suspected or convicted of a crime by a court in Poland will be extradited from the Netherlands*”, in *Rule of Law*

⁸³ Para. 34 ac. LM

Em segundo lugar, questionava-se sobre se a Decisão-Quadro e o art.47º, 2º parágrafo Carta se opunham à implementação de um MDE quando, das falhas sistémicas ou generalizadas relativas à independência dos órgãos jurisdicionais do Estado de emissão, se concluísse no sentido de haver um risco real de violação do direito fundamental a um tribunal independente para qualquer suspeito, independentemente da sua situação pessoal, natureza da infração considerada e contexto factual subjacente à emissão do MDE, mesmo não se sabendo, em concreto, qual o órgão jurisdicional competente para o processo da pessoa visada.

Por fim, pretende-se saber se a Decisão-Quadro e o art.47º, nº2 da Carta se opõem a que seja executado um MDE quando se tenha constatado a existência de um risco real de violação do direito a um processo equitativo para qualquer suspeito como resultado das falhas sistémicas que afetam a independência dos órgãos jurisdicionais, em concreto, do órgão jurisdicional competente para o processo da pessoa reclamada, falhas essas que permitem também retirar motivos sérios e comprovados para crer que, em concreto, a pessoa reclamada corre um risco de que seja violado o seu direito a um processo equitativo, mesmo não tendo esta manifestado qualquer preocupação específica, nem a sua situação pessoal, natureza da infração, ou contexto subjacente à emissão do MDE representem qualquer receio de que o exercício do poder judicial, naquele caso, seja influenciado pelos restantes poderes.

No âmbito do processo C-412/20 PPU considera-se a questão sobre se a Decisão-Quadro e os arts.19º, nº1 TUE e 47º, 2º parágrafo da Carta se opõem a que a autoridade de execução implemente um MDE emitido por um órgão que, no momento da emissão, já não cumpria as garantias de independência, afetando a tutela jurisdicional efetiva. Notam-se proximidades com a primeira questão apresentada no âmbito do processo C-354/20, com a diferença de que, neste caso, as alterações legislativas que faziam não ser assegurada a independência dos órgãos jurisdicionais já se tinham verificado no momento de emissão do MDE.

Apesar de a autoridade holandesa não ter especificado, em nenhuma questão, qual a norma da Decisão-Quadro relevante para efeitos de interpretação, o Advogado Geral Sánchez-Bordona considera o art.1º, nº3 como norma relevante⁸⁴.

Para o TJUE, estavam em causa as questões relativas a saber se, dispendo a autoridade de execução de elementos que demonstrem a existência de falhas sistémicas ou generalizadas sobre a independência do poder judicial do EM de emissão, verificadas no momento da emissão do MDE ou num momento posterior, mas anterior à execução do MDE, se pode a autoridade de execução negar a qualidade de “autoridade judiciária de emissão”, na aceção consagrada no art.6º, nº1 Decisão-Quadro, aos órgãos de emissão do MDE; e ainda se das falhas sistémicas ou generalizadas, se pode presumir a existência de motivos sérios e comprovados para crer que a pessoa reclamada corre um risco real de que seja violado o seu direito fundamental a um processo equitativo, sem que se tenha de proceder a uma análise concreta e precisa da sua situação.

c. Decisão do TJUE

O TJUE apenas se pode pronunciar sobre normas relevantes para a decisão de mérito. Assim, confrontado com aquelas questões, não cabe ao TJUE pronunciar-se sobre a existência de falhas sistémicas ou generalizadas no Estado de emissão que represente um risco real de violação de direitos fundamentais, mas às autoridades de execução.

Tal como os Advogados Gerais dos dois casos, o TJUE entendeu não ser admissível uma interpretação nos termos da qual aceitasse a recusa de execução de qualquer MDE emitido por um Estado-Membro relativamente ao qual se identifiquem falhas sistémicas ou generalizadas no Estado de Direito que afetem a independência dos seus órgãos judiciais, ainda que não se vede a hipótese de “um Estado-Membro de suspender a aplicação da Decisão-Quadro «num caso concreto», ou seja, de adiar a execução de um mandado de detenção europeu concreto”⁸⁵. Ou seja, fez aplicar o método

⁸⁴ Paras. 26 e 27 das Conclusões de 12.11.2020 do Advogado Geral Sánchez-Bordona, relativa aos processos C-354/20 PPU e C-412/20 PPU

⁸⁵ Para. 106 Conclusões do Advogado Geral Tanehev relativas ao caso LM

de avaliação bipartida do acórdão Aranyosi e Căldăraru⁸⁶ para que se possa rejeitar a execução de um MDE com base no art.1º, nº3 Decisão-Quadro.

Para esta abordagem, em ambos os casos, o TJUE considerou-se que o considerando 10 Decisão-Quadro previa a única via possível para a desaplicação do mecanismo do MDE, através de uma decisão do Conselho adotada ao abrigo do art.7º, nº2 TUE e cumpridas as consequências consagradas no nº3, o que vai no seguimento da leitura restrita dos limites aos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos, pela relevância que lhes é atribuída na cooperação judiciária penal. Assim, devendo estes princípios ser salvaguardados na maior medida possível, a possibilidade de que uma autoridade de execução determine a suspensão do mecanismo do MDE relativamente ao Estado-Membro de emissão seria um contornar da Decisão-Quadro, o que é inadmissível⁸⁷.

Disto resulta que a suspensão automática da aplicação do mecanismo do MDE será, ou não, possível consoante a entidade que a determine, como entende o Advogado Geral Sánchez-Bordona. Isto é, partindo a suspensão de uma verificação formal, feita pelo Conselho, de que o Estado-Membro de emissão viola os valores do art.2ºTUE, a desaplicação das regras da Decisão-Quadro será válida, mas já não no caso dessa desaplicação ser feita por um órgão judicial, na medida em que este apenas é competente para se pronunciar sobre a execução de MDE concretos⁸⁸, mesmo que se verifique um agravamento das falhas sistémicas ou generalizadas no Estado de emissão.

Atende-se ainda a que, sendo os elementos relevantes para avaliação da situação geral do Estado-Membro de emissão insuficientes para a recusar a execução de MDE, devem ser justificadas uma vigilância mais apertada por parte da autoridade de execução no âmbito da decisão sobre a execução de cada MDE⁸⁹.

Por outro lado, esta solução é encarada pelo Advogado Geral Tanehev, a respeito do caso LM, como uma solução compatível com a igualdade entre os Estados-Membros, que acrescenta que a identificação de falhas sistémicas no Estado-Membro de emissão representativas de um risco real de denegação flagrante de justiça não leva,

⁸⁶ Paras. 62 do ac. LM e 53 do ac. de 17.12.2020

⁸⁷ Para. 59 do ac. TJUE de 17.12.2020

⁸⁸ Para. 66 das Conclusões do Advogado Geral Sánchez-Bordona de 12.11.2020.

⁸⁹ Paras. 60 acórdão de 17.12.2020

necessariamente, a que o órgão competente para o processo relativo a um MDE em concreto não esteja em condições de julgar a causa com respeito pelos requisitos decorrentes do art.47º, nº2 Carta⁹⁰. Para além disso, refere que a necessidade de uma avaliação concreta do impacto das falhas sistémicas ou generalizadas na situação da pessoa reclamada se prende com facto de, ao ser alargado o campo de suspensão do mecanismo do MDE, poder correr-se o risco de um maior número de infrações ficarem impunes, mesmo não havendo motivos relacionados com a situação pessoal da pessoa reclamada que “permitissem considerar que correriam um risco real de violação do direito fundamental a um processo equitativo se fossem entregues ao Estado-Membro de emissão”.

Considera-se ainda que o incumprimento das duas etapas de avaliação pode comprometer os direitos das vítimas das infrações imputadas à pessoa reclamada, e representar uma desconsideração por todos juízes que, no Estado de emissão, procuram promover a aplicação dos mecanismos de cooperação judiciária da Decisão-Quadro, o que vedava a possibilidade da sua participação, como autoridades de emissão ou de execução, nesses mecanismos de cooperação.

Nesta lógica, refere Sánchez-Bordona que a admissibilidade de circunstâncias excepcionais que justificam a não execução de MDE tem limites e nunca “vai ao ponto de impor a não execução automática de todos os MDE emitidos pela autoridade judiciária do Estado-Membro que apresente falhas sistémicas ou generalizadas”⁹¹, ainda que reconheça que as falhas sistémicas no Estado de emissão podem, legitimamente, suscitar dúvidas sobre se este cumpre com as exigências de tutela de direitos fundamentais⁹².

Este método permite, na visão do TJUE, conciliar o mecanismo do MDE e a tutela dos direitos fundamentais, na medida em que se mantém o princípio da entrega mas

⁹⁰ Isto vai de encontro ao estabelecido pelo TEDH no âmbito de processos em matéria de asilo (v.g. *Mo. M. c. França*; *M. G. c. Bulgária* ou *Ahorugeze c. Suécia*, *M.S.S/Bélgica c. Grécia*), nos termos do qual a avaliação da existência de um risco de tratamento contrário ao art.3º CEDH para o requerente de asilo em caso de expulsão deve ser feita atendendo ao contexto geral do país de destino e às circunstâncias próprias do interessado. Disto, o Advogado Geral conclui que um problema geral de respeito pelos direitos humanos num determinado país não prova, automaticamente, que a expulsão de alguém para esse Estado a exporá a um tratamento violador dos seus direitos

⁹¹ Para. 45 das Conclusões do Advogado Geral.

⁹² Desde logo, quando o regime disciplinar aplicado aos magistrados for usado como uma forma de ameaça e de submissão ao poder executivo, afetando a sua independência, através de uma punição de ações jurisdicionais legítimas, ou através do estabelecimento de órgãos disciplinares que não reúnem as devidas garantias

mitigado com a recusa excecional perante circunstâncias específicas do caso concreto que levem a concluir no sentido de haver um risco real de violação dos direitos da pessoa reclamada.

d. Uma abordagem alternativa

A confiança mútua tem sido diversamente encarada pelo TJUE, conforme esteja em causa matéria de asilo ou a cooperação judiciária penal, mesmo sendo os cenários que justificam a inquisição do TJUE a título prejudicial semelhantes, marcados por falhas sistémicas ou generalizadas no Estado competente pela análise do pedido de asilo ou de emissão, respetivamente.

Estando a matéria de asilo e a cooperação penal enquadradas no ELSJ⁹³ apresentam alguma proximidade, o que pode justificar a comparação das posturas assumidas pelo TJUE. Tendo em conta que as diferenças podem concorrer para a afetação da concretização do ELSJ, levanta-se a questão de saber se a preferência por uma das visões do princípio, que seja feita prevalecer transversalmente no ELSJ, trará benefícios para a concretização dos objetivos que se pretendem com o ELSJ, concretamente, em matéria penal.

Neste sentido, serão consideradas os acórdãos N.S. e Abdullahi, onde o TJUE se pronunciou sobre a interpretação de normas do Regulamento (CE) n° 343/2003 do Conselho, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro (Regulamento Dublin II), procedendo-se a um confronto com as soluções acolhidas em matéria de cooperação judicial penal já referidas.

i. Sistema Europeu Comum de Asilo e o Regulamento Dublin II

O Conselho de Tampere visou a integração no ELSJ de políticas comuns em matéria de asilo que criassem um Sistema Europeu Comum de Asilo onde os direitos fundamentais fossem salvaguardados e se introduzissem critérios claros e objetivos na

⁹³ Art.3º, nº2TUE e Título V, em concreto, art.67º e capítulos 2 e 4 TFUE.

determinação do Estado competente no âmbito de um processo de asilo⁹⁴, consolidando-se a UE como comunidade aberta e empenhada no respeito das obrigações em matéria de direitos humanos e na promoção da livre circulação de cidadãos da UE, como daqueles que apresentem justificações para pretender aceder ao território da UE.

A primeira fase de instituição desse Sistema (1999-2004), estabeleceu critérios e mecanismos funcionais e claros para a determinação do Estado responsável pela análise dos pedidos de asilo apresentados na UE⁹⁵ e normas mínimas comuns relativas ao acolhimento dos requerentes de asilo, procedimentos de concessão e retirada do estatuto refugiado e natureza da tutela concedida⁹⁶.

A segunda fase, iniciada em 2004, visa a instituir um procedimento de asilo único onde se estabeleçam garantias comuns e um estatuto uniforme para quem procura proteção, o que foi concretizado com o Tratado de Lisboa.

A relevância do Sistema Europeu Comum de Asilo resulta dos arts.3º, nº2 TUE, e 67º, nº2, 78º, 80º TFUE, devendo ainda atender-se ao seu título 2.

O sistema funciona com base na suposição de que os Estados participantes nesse Sistema respeitam os direitos fundamentais, o que gera confiança mútua entre estes⁹⁷. Instituído neste contexto, o Regulamento Dublin II também contribui para o fomento dessa confiança pelo facto de a sua interpretação e aplicação dever ser conforme aos direitos fundamentais, o que resulta do considerando 15 do Regulamento e do facto de se tratar de um instrumento de direito derivado.

O Regulamento visa racionalizar e acelerar⁹⁸ o tratamento dos pedidos de asilo, com a introdução da regra segundo a qual para cada pedido de asilo há apenas um único Estado responsável pela sua análise (art.3º, nº1), e evitar o estrangulamento do sistema de asilo como consequência de as autoridades dos Estados se verem obrigadas a tratar de

⁹⁴ Isto procurou concretizar a União enquanto comunidade aberta e empenhada no respeito das obrigações em matéria de direitos humanos (v.g.: aquelas que decorrem da Convenção de Genebra de 1951, do Protocolo de 1967 ou da CEDH) e na promoção da livre circulação tanto para cidadãos da UE, como para aqueles que apresentem justificações para pretender aceder ao território da UE.

⁹⁵ Neste contexto é adotado o Regulamento Dublin II.

⁹⁶ Isto leva a que a apreciação dos pedidos de asilo seja feita segundo os mesmos critérios por todos os Estados a quem caiba essa responsabilidade.

⁹⁷ Para.52 ac. Abdullahi.

⁹⁸ Respondendo aos interesses do requerente de asilo e dos Estados participantes no Sistema Europeu Comum de Asilo.

múltiplos pedidos apresentados pelo mesmo requerente. Pretende-se ainda fortalecer a segurança jurídica na determinação do Estado responsável pela análise do pedido de asilo, evitar o *forum shopping*, e estabelecer regras reguladoras das relações traçadas entre os EM. Além disso, pretende-se promover uma determinação célere e eficaz do Estado responsável pela análise do pedido de asilo, através de critérios objetivos e equitativos, com vista a “garantir um acesso efetivo aos procedimentos de determinação do estatuto de refugiado e a não comprometer o objetivo de celeridade no tratamento dos pedidos de asilo”⁹⁹.

ii. Enquadramento factual e jurisprudencial

O acórdão N.S. refere-se a pedidos de asilo apresentados por um cidadão afegão junto das autoridades britânicas, no primeiro processo e, no segundo, por cidadãos afegãos, iranianos e argelinos na Irlanda.

O primeiro dos requerentes, entrou no território europeu, onde foi detido na Grécia (tal como sucedeu com os requerentes do segundo processo, que foram detidos por entrada ilegal no território grego), sendo que, após a sua libertação, foi-lhe ordenado que saísse do país, tendo sido enviado para a Turquia onde foi detido por mais 2 meses em condições degradantes, e de onde conseguiu escapar, acedendo, finalmente, ao Reino Unido.

No acórdão Abdullahi, estava em causa um pedido de asilo apresentado na Áustria por uma requerente de asilo somali que acedeu aquele Estado depois de, tendo entrado na Europa através da Grécia, ter atravessado vários Estados ilegalmente.

Em aplicação do Regulamento Dublin II, as autoridades britânicas e irlandesas consideraram a Grécia o Estado competente em primeira linha pela análise dos pedidos de asilo, considerando as autoridades austríacas a Hungria competente para a análise do pedido da cidadã somali.

Os requerentes de asilo opuseram-se à sua transferência para a Grécia, tendo requerido às autoridades dos Estados onde apresentaram o pedido de asilo que assumissem a responsabilidade pela análise do mesmo ao abrigo do art.3º, nº2

⁹⁹ Considerando 4 do Regulamento Dublin II.

Regulamento¹⁰⁰. A oposição deveu-se ao facto de os requerentes entenderem que, ao serem transferidos, seria violado o direito concedido pelo art.3ºCEDH, referindo, em concreto, que os procedimentos e condições de acolhimento dos requerentes de asilo os sujeitavam ao risco de sujeição a maus-tratos, e o a existência de uma diminuída taxa de concessão de asilo por parte das autoridades gregas.

Na oposição se opôs à sua transferência Abdullahi referiu o risco de violação do art.3ºCEDH. A oposição foi considerada infundada, pelo que a requerente alegou dever caber à Grécia a análise do pedido mas que, por se lá se verificar uma violação dos direitos humanos, dever passar a caber às autoridades austríacas a análise do pedido. Mais uma vez, o efeito pretendido não foi alcançado, verificando-se antes um recurso para o Tribunal Constitucional, onde a requerente alegou o direito subjetivo à fiscalização do respeito pelos critérios de responsabilidade pela análise do pedido de asilo, à luz do considerando 4 do Regulamento Dublin II que prevê a necessidade de se atender a critérios objetivos e equitativos para a determinação da competência pela análise do pedido, e em conformidade com o art.47ºCarta¹⁰¹.

iii. Questões prejudiciais

Apenas serão atendidas, das várias colocadas, as questões prejudiciais, apenas as mais pertinentes para efeitos de ponderação de uma possível abordagem alternativa à questão de saber ser, ou não possível a recusa de execução de qualquer MDE emitido por um Estado afetado por falhas sistémicas ou generalizadas no Estado de Direito, independentemente do modo como estas se repercutem no caso concreto.

Das questões do caso N.S., deve-se atender à que se prende com saber se o respeito pelos direitos fundamentais implica sempre a transferência da pessoa reclamada para o Estado competente para analisar o pedido à luz do art.3º, nº1 Regulamento Dublin II, independentemente da situação concreta desse Estado; ou se essa obrigação se opõe a uma presunção inilidível de que o Estado competente em primeira linha pela análise do pedido cumpre sempre com os direitos fundamentais e com as normas mínimas em

¹⁰⁰ O mesmo pedido foi feito por Abdullahi às autoridades húngaras.

¹⁰¹ Também a Comissão entende que o princípio da efetividade do recurso (art.19º, nº2 Dublin II, lido à luz do art.47ºCarta) reclama o poder do requerente de asilo para requerer a fiscalização da legalidade da sua transferência, o que alberga o direito de o requerente expor os motivos pelos quais entende poder vir a sofrer um trato desumano ou degradante, na aceção do art.4ºCarta, em caso de entrega.

matéria de asilo. Releva ainda saber se o Estado onde se requer asilo deve averiguar como é que o Estado competente em primeira linha pela análise do pedido cumpre com o direito do art.18º Carta e com as normas mínimas em matéria de asilo; se se existe um dever de intervenção decorrente do art.2º, nº1 Dublin II quando o Estado onde se apresenta o pedido de asilo conclua que há um risco de violação de direitos fundamentais e da normas mínimas em matéria de asilo no Estado que seria, à partida, competente para a avaliação do pedido.

No caso Abdullahi o TJEU apenas desenvolveu a questão sobre a interpretação do art.19º, nº2 Regulamento Dublin II no sentido de consagrar um direito aos requerentes de asilo de, no âmbito do recurso de uma decisão de transferência, requerer a fiscalização da determinação do Estado responsável, invocando uma aplicação errada dos critérios do Regulamento que presidem à determinação da competência pela análise do pedido.

iv. A abordagem do TJUE

O TJUE rejeita o reconhecimento de uma presunção inilidível de que os Estados competentes pela análise do pedido de asilo cumprem sempre com os direitos fundamentais e com as normas mínimas em matéria de asilo, sob pena de uma incompatibilidade com o respeito e garantias de tutela dos direitos fundamentais a observar pelos Estados-Membros e pela UE. A isto acresce que “a simples ratificação das Convenções por um Estado não pode ter como consequência a aplicação de uma presunção inilidível de respeito destas Convenções por esse Estado. O mesmo princípio é aplicável tanto aos Estados-Membros como a Estados terceiros”¹⁰².

O art.3º, nº2 Dublin II consagra a cláusula de soberania como desvio ao nº1, concedendo-se um poder discricionário ao Estado onde o requerente apresenta o seu pedido de asilo para assumir a responsabilidade pela análise do pedido, e que deve ser exercido em conformidade às exigências de tutela dos direitos fundamentais¹⁰³.

A exigência de ponderação da tutela e promoção dos direitos fundamentais na aplicação do art.3º, nº2 ilustra, precisamente, a impossibilidade de haver uma presunção inilidível. Ainda assim, pelo facto de os Estados estarem obrigados a cumprir

¹⁰² Para. 103 ac. N.S

¹⁰³ Quer no que respeita à própria decisão de assumir a responsabilidade pela análise do pedido, quer à análise do pedido em si. Concretamente, exercício desse poder deve visar a eliminação do risco de violação dos direitos do requerente de asilo que decorrem da Carta

determinadas regras comuns relativas ao tratamento dos requerentes de asilo, tratamento esse que deve corresponder às exigências de tutela de direitos fundamentais, “os Estados-Membros não estão impedidos de, ao aplicarem o Regulamento n.º 343/2003, partirem da presunção ilidível de que o Estado-Membro em primeira linha responsável pela análise do pedido de asilo respeitará os direitos humanos e os direitos fundamentais do requerente de asilo”¹⁰⁴, desde que se possa ilidir essa presunção segundo o princípio da efetividade, segundo processo jurídico que permita a concretização desse fim.

Em todo o caso, mesmo partindo-se da premissa de que as exigências em matéria de direitos fundamentais são respeitadas no âmbito dos processos de asilo, não se pode deixar de reconhecer dificuldades concretas na implementação desse sistema, havendo casos em que, procedendo-se à transferência, se verifica um risco de que o requerente de asilo seja tratado de modo incompatível com os seus direitos fundamentais¹⁰⁵. Assim, a aplicação do Regulamento em respeito pelos direitos fundamentais deve atender à possibilidade de os direitos fundamentais e normas mínimas em matéria de asilo não serem respeitados pelo EM em primeira linha competente, pelo que se justifica uma atenção à situação concreta daquele Estado¹⁰⁶. Se assim não fosse, “o Estado-Membro no qual o requerente apresentou o seu pedido de asilo nunca estaria obrigado a exercer o direito de intervenção, previsto no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 343/2003 e, por conseguinte, não seria possível excluir que o requerente de asilo, apesar do sério risco de violação dos seus direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, fosse transferido para outro Estado-Membro”¹⁰⁷.

Porém, na visão do TJUE, há que distinguir entre as situações em que há um “grande receio de que existam falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes de asilo no Estado-Membro responsável, que impliquem tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta, dos requerentes de

¹⁰⁴ Para. 136 das Conclusões de 22.09.2011 da Advogada Geral Verica Trstenjak relativas a C-411/10.

¹⁰⁵ V.g. o risco pode resultar de uma sobrecarga do sistema de asilo de um determinado Estado, não estando esse cenário de sobrecarga considerado no Regulamento.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, estabelece a Advogada Geral Verica Trstenjak no para. 130 Conclusões que “nunca é possível excluir completamente que os requerentes de asilo, ao serem transferidos para outro Estado-Membro tendo em vista a análise dos seus pedidos de asilo, corram de facto o risco de serem sujeitos a um tratamento que viole os seus direitos humanos e fundamentais. Quando no Estado-Membro em primeira linha responsável pela análise de um pedido de asilo exista o sério risco de uma violação dos direitos fundamentais do requerente de asilo consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, o Estado-Membro no qual este requerente apresentou o seu pedido de asilo está obrigado a exercer o direito de intervenção nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 343/2003”

¹⁰⁷ Para. 131 das Conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak.

asilo transferidos para o território desse Estado-Membro”¹⁰⁸, e aquelas em que está apenas em causa a violação de normas mínimas em matéria de asilo. A distinção releva na medida em que apenas se admite e impõe a não transferência do requerente de asilo no primeiro cenário, permitindo-se a aplicação do Regulamento em conformidade com a tutela de direitos fundamentais. Esta solução procura a salvaguarda do conteúdo útil das regras de competência instituídas pelo Regulamento Dublin II, e, com isso, a promoção do objetivo de determinação célere e eficiente do Estado competente para a análise do pedido de asilo¹⁰⁹.

Quanto ao dever de intervenção nos termos do art.3º, nº2 Dublin II, sem prejuízo de a norma permitir que se faça uso da faculdade de o próprio Estado decidir assumir a responsabilidade pela análise do pedido, o TJUE entende dever ter-se em conta os critérios previstos no capítulo III do Regulamento Dublin II, como resulta do art.5º, para que se averigüe se não haverá outro Estado competente para a análise do pedido, desconsiderando a existência de um dever automático de intervenção. Mas a decisão tomada ao abrigo do art.3º, nº2 não pode levar ao agravamento da situação de violação dos direitos fundamentais do requerente, nomeadamente, através de um processo de determinação do Estado competente excessivamente longo. Assim, quando haja o risco de agravamento deve o Estado onde se apresentou o pedido assumir a responsabilidade da análise do pedido, nos termos do art.3º, nº2.

A aplicação deste método aos casos subjacentes às questões apresentadas leva à aceitação da não transferência dos requerentes de asilo para a Grécia, em virtude das falhas aí identificadas¹¹⁰.

Neste sentido, a Advogada Geral, aceita que a regra de que para cada pedido há um só Estado responsável pela sua análise perante cenários como aqueles verificados na Grécia, com uma discrepância entre o modelo de asilo e o respeito das exigências do Direito da UE sobre o tratamento dos requerentes de asilo. Concretamente, aceita-se a ponderação de um dever de intervenção do Estado junto do qual se apresenta o pedido de

¹⁰⁸ Para. 86 acórdão N.S.

¹⁰⁹ Isto seria comprometido com a adoção de um critério de exclusão demasiado amplo que abrangesse também violações de normas mínimas de harmonização de pouca gravidade, levando a uma grande margem de exoneração por parte dos Estados das responsabilidades decorrentes do Regulamento

¹¹⁰ Para o TJUE e para a Advogada Geral, essas falhas representam uma incapacidade material do Estado fazer face ao afluxo de migrantes de forma compatível com as obrigações de direitos fundamentais e com as medidas mínimas em matéria de asilo.

asilo quando não seja possível assegurar um tratamento do requerente de asilo conforme aos direitos fundamentais no Estado em primeira linha competente pela análise do pedido.

Quanto ao caso Abdullahi, o TJUE recorda que, sendo os regulamentos diretamente aplicáveis em toda a UE e com alcance geral e obrigatório em todos os seus elementos, podem deles resultar direitos para os particulares que devem ser tutelados pelos órgãos nacionais. Acrescenta que o facto de o art.3º, nº2 introduzir uma cláusula de soberania confere ao Estado onde se apresenta o pedido de asilo um poder de apreciação alargado. Concretamente, aceita que, da interpretação do Regulamento Dublin II, resulte para o requerente de asilo o direito a requerer a revisão da decisão de não assumir a responsabilidade pela análise desde e de proceder à transferência do requente tomada pelo Estado onde foi apresentado o pedido de asilo, mesmo quando o Estado que seria, à partida, competente pela análise do pedido já tenha aceitado a tomada a cargo do requerente.

Ainda que esta solução o critério com base no qual se determina a competência dos Estados para análise do pedido, o TJUE limita os casos em que tal é admissível às situações em que o requerente de asilo “invocar a existência de deficiências sistémicas do procedimento de asilo e das condições de acolhimento dos requerentes de asilo nesse Estado-Membro que constituam razões sérias e verosímeis de que esse requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta”¹¹¹.

v. Confronto de soluções e a prevalência da “abordagem grossista”

Das abordagens do TJUE às questões colocadas no âmbito da matéria de asilo e de cooperação judiciária penal resultam diferentes conceções da confiança mútua.

O critério adotado por Halberstam¹¹² pode ser transposto para esta comparação. Concretamente, reconduz-se a exigência de avaliação do modo como as falhas sistémicas ou generalizadas se repercutem no caso concreto a uma visão “retalhista”, levando a que

¹¹¹ Para. 60 acórdão Abdullahi

¹¹² O critério é traçado a propósito do confronto de decisões do TEDH e do TJUE em matéria de asilo relevadas a propósito do Parecer 2/13 (HALBERSTAM, Daniel, in “*It’s the Autonomy, Stupid!*” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, in *German Law Journal*, vol.16, issue 1, 2015

a presunção de que os EM atuam em conformidade com a tutela de direitos fundamentais apenas possa ser afastada casuisticamente. Por outro lado, o descartar da necessidade de uma análise do impacto concreto, bastando-se com a constatação de falhas sistémicas ou generalizadas para que se possa afastar a aplicação do mecanismo legal regra, apesar da relevância que a confiança mútua assume para a base desse mecanismo, corresponde a uma abordagem “grossista”, presumindo-se que, das falhas sistémicas ou generalizadas nasce, necessariamente, um impacto para o caso concreto¹¹³.

A visão “retalhista”, acolhida para a cooperação judiciária penal e em matéria de asilo pelo TEDH¹¹⁴, traduz uma leitura restrita sobre as circunstâncias justificativas da não execução de MDE, e explica-se pela relevância e primazia que o TJUE confere aos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos para a consolidação do ELSJ. A conceção restrita das circunstâncias que podem levar à não execução de MDE mantém-se mesmo nos casos em que haja um agravamento das deficiências no Estado-Membro de emissão após a emissão do MDE, e independentemente dessas falhas já se verificarem no momento da emissão do MDE, ou de terem surgido apenas após essa emissão¹¹⁵.

Uma vez que a primeira concretização destes princípios em matéria penal correspondeu à adoção do mecanismo do MDE, o TJUE procura fazê-lo implementar tanto quanto possível para que se possa concretizar efetivamente aqueles princípios e salvaguardar os objetivos subjacentes à implementação da Decisão-Quadro.

O princípio da confiança mútua não é definido na lei e depende de contributos jurisprudenciais para a sua construção, compreensão e aplicação em termos que promovam maior certeza jurídica. Porém, sendo seguidas visões diversas do princípio consoante a matéria em causa, a coerência na sua aplicação e a concretização do ELSJ, no qual se inserem, entre outras, a matéria de asilo e de cooperação penal, todas elas baseadas no princípio da confiança mútua, por ser um princípio transversal ao ELSJ, podem ser afetadas.

O facto de o TJUE rejeitar, quer para a execução de MDE, quer para questões de asilo, a existência de uma presunção inilidível de que o Estado-Membro de emissão, ou

¹¹³ É esta a visão acolhida pelo TJUE em matéria de asilo

¹¹⁴ V.g.: ac. M.S.S/Bélgica c. Grécia

¹¹⁵ As diferentes abordagens acolhidas pelo TJUE para cada uma das matérias poderá dever-se ao facto de o princípio da confiança mútua ser verdadeiramente estruturante em matéria de cooperação penal, ao contrário do que se verifica no contexto da CEDH, onde não releva com a mesma intensidade

o Estado responsável pela análise do pedido de asilo em primeira linha, respetivamente, cumprem sempre as exigências de tutela de direitos fundamentais demonstra, por um lado, que a tutela da confiança mútua não se sobrepõe plenamente à salvaguarda daqueles direitos e, por outro, que TJUE confere relevância efetiva a essa tutela. Ainda assim, a forma concreta como se procede a essa tutela pode ser desequilibrada consoante os casos, tendo em conta as diferenças com que a confiança mútua é encarada.

Neste sentido, na lógica “grossista”, entender-se-á que “nunca é possível excluir completamente que os requerentes de asilo, ao serem transferidos para outro Estado-Membro tendo em vista a análise dos seus pedidos de asilo, corram de facto o risco de serem sujeitos a um tratamento que viole os seus direitos humanos e fundamentais”¹¹⁶. Isto significa que nunca se poderá considerar que o Estado de acolhimento dos requerentes de asilo ou o Estado-Membro de emissão (no caso de se adotar esta lógica para a cooperação judiciária) possam prestar garantias de um tratamento justo da pessoa em causa, sobretudo quando as falhas sistémicas ou generalizadas identificadas no outro Estado respeitem à independência do sistema judicial.

No mesmo sentido, o facto de que o modelo de avaliação baseado em duas etapas pode não ser ideal para casos em que se verifiquem deficiências sistémicas ou generalizadas no sistema judicial do EM de emissão, na medida em que, tal como diz von Bogdandy¹¹⁷ concretamente a propósito da situação sistémica identificada na Polónia, haver sempre o risco de que qualquer caso seja decidido por um tribunal cuja independência esteja comprometida.

De facto, mesmo seguindo-se a lógica do TJUE no caso Aranyosi e Căldăraru, e considerando-se poderem ser prestadas garantias quanto às condições existentes no Estado de emissão para que se afaste o risco de que estas se repercutam no caso concreto, o facto de essas garantias virem a ser prestadas por autoridades relativamente às quais se identificam dúvidas gerais sobre a sua independência em virtude das falhas sistémicas ou generalizadas, ou de poderem respeitar à avaliação que um juiz faça de um dos seus pares, pode-se legitimamente por em causa a confiança nessas garantias e na sua eficácia no objetivo visado pelas mesmas. Surgem também outras dificuldades relacionadas com o facto ficar em aberto quais as características ou requisitos que essas garantias deveriam

¹¹⁶ Para. 130 das Conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak

¹¹⁷ A. von Bogdandy, cit., p.737, in *German Law Journal*, vol.16, issue 1, 2015

observar, ou mesmo qual a entidade a quem compete essa definição, sendo que, mesmo defendendo-se que deve caber ao Estado-Membro de execução, haverá sempre o risco de divergências entre os requisitos exigidos pelos vários Estados-Membros e, dentro do mesmo Estado, entre diversas autoridades de execução que podem reclamar contornos diversos, levando a que o objetivo de evitar um aproveitamento das diferenças entre os sistemas judiciais dos vários Estado-Membros não seja plenamente conseguido, tendo em conta que certas pessoas reclamadas poderão ser mais beneficiadas do que outras no âmbito da execução de MDE emitidos pelo mesmo Estado, em virtude das diferentes exigências consideradas para as garantias de independência, o que representa também uma incerteza para essas mesmas pessoas reclamadas.

Deve ainda atender-se a que, por norma, no âmbito do procedimento penal (aqui se incluindo a fase de julgamento e execução de uma sanção privativa da liberdade), os arguidos ou suspeitos são quem se encontra numa posição de maior fragilidade¹¹⁸. Concretamente, a execução de MDE está, frequentemente, associada a situações onde se observam grandes restrições de liberdade, por exemplo, pelo facto de as pessoas reclamadas poderem ser detidas até que seja tomada uma decisão sobre a execução do MDE, ou pelo facto de, ao serem enviadas para o EM de emissão, serem privadas da sua liberdade, no caso de o MDE visar o cumprimento de uma sanção privativa da liberdade, sendo também sujeitas a um procedimento penal, no caso de o MDE ter sido emitido com esse fim, e que, mesmo podendo não culminar na aplicação de uma sanção penal, representará também uma restrição das liberdades e direitos dos arguidos, para além de estar sempre associado a um estigma social. De facto, ainda que devam ser considerados os direitos das vítimas no âmbito de um processo dessa natureza e mesmo no processo de execução de MDE, também as pessoas reclamadas ao abrigo de MDE são titulares de direitos que devem ser considerados e tutelados.

Assim, atendendo a essa posição ocupada pelas pessoas reclamadas no âmbito do processo de execução de MDE, a preferência de uma leitura grossista poderá contribuir para a promoção das garantias da pessoa reclamada. Isto porque, ao se atender ao facto de não se poder excluir totalmente o risco de que, procedendo-se à entrega, a pessoa reclamada ver o seu direito fundamental afetado, evita-se, logo à partida, qualquer

¹¹⁸ Situação que não é totalmente eliminada pela pessoa reclamada não vir a ser condenada, por exemplo, por estar associado, tipicamente, um forte estigma social a todos aqueles que são objeto de um processo criminal

contacto da pessoa reclamada com a possível fonte de denegação dos seus direitos fundamentais. Este entendimento pode, de certo modo, ser lido como uma traduzindo uma leitura mais radical dos limites da confiança mútua, mitigando mais agressivamente os contornos absolutos que tradicionalmente se associam à confiança mútua, em nome da tutela de direitos fundamentais dos indivíduos.

Tendo em conta a relação entre a confiança mútua e a tutela de direitos fundamentais, pode-se considerar que, tal como se verificou com o primeiro dos princípios, também se pode conceber uma evolução no modo como a tutela dos direitos fundamentais é vista. Ou seja, tendo em conta que se notou uma alteração ao modo como os limites à confiança mútua eram encarados¹¹⁹, também se poderá conceber a hipótese de uma modificação do modo como esses limites se consideram na prática. Assim, não será demais admitir que a postura grossista possa também ser acolhida em cenários onde, até à data, tem dominado a visão retalhista, sobretudo, quando estas visões diferentes são aplicadas em situações factualmente próximas, respeitantes a cenários marcados por falhas sistémicas ou generalizadas.

Para da proximidade factual, também se nota essa proximidade no plano legal, tendo em conta que os instrumentos legais relevantes e objeto de interpretação (Decisão-Quadro e Regulamento Dublin II) pretendem acelerar os procedimentos nas respetivas matérias através da concretização da confiança mútua. Assim, poderá considerar-se que leis criadas com objetivos semelhantes e concretizadoras do mesmo princípio devem gozar de uma interpretação baseada no mesmo entendimento relativo ao princípio que lhes é subjacente.

Por outro lado, mesmo não sendo pacífico o acolhimento da visão grossista, esta é efetivamente implementada pelo TJUE em matéria de asilo, pelo que, a ser também acolhida para questões relacionadas com a execução de MDE, não estaria em causa uma introdução de um método totalmente inovador que abalasse em absoluto o contexto europeu.

¹¹⁹ Por exemplo, com a admissibilidade de oposição à execução de MDE quando se verificasse um risco de violação de direitos fundamentais não apenas absolutos (possibilidade introduzida com o acórdão LM, valendo, até aí, apenas a suscetibilidade de alegação de direitos absolutos, tanto para a cooperação judiciária, como em matéria de asilo).

É também de atender a que, ainda que se possa entender que a abordagem grossita leva a uma desconsideração pelo trabalho de juízes que, no Estado de emissão, procuram cumprir o Direito da UE, a longo prazo, essa abordagem pode levar ao efeito inverso, através de uma influência na mudança do panorama do EM de emissão. Concretamente, poderá ser um fator de pressão para que as regras que presidem à organização e funcionamento do sistema judicial sejam alteradas num sentido compatível com o Estado de Direito e com os demais princípios e normas da UE.

Do exposto, podem ser considerados vários argumentos para que, também em matéria de execução de MDE, se admita uma presunção de que, das falhas ou deficiências sistémicas ou generalizadas no sistema judicial do Estado de emissão, resulta um impacto para cada caso concreto, resultando daí uma recusa de execução de qualquer MDE emitido pelo Estado onde se verificam essas falhas. Em todo o caso, a admissibilidade de uma recusa indiscriminada por parte dos tribunais não pode ser contaminada politicamente, devendo as autoridades de execução decidir sobre a existência de um cenário justificativo de tal decisão independentemente da existência de considerações de natureza política sobre o mesmo, nomeadamente, uma proposta fundamentada adotada ao abrigo do art.7ºTUE, pois que uma violação não pode ser respondida com outra violação, no caso, de contaminação do poder judicial.

V. Conclusão

A tutela dos valores do art.2ºTUE é condição essencial para a promoção da confiança mútua. Partindo esta da presunção de que todos os Estados-Membros respeitam e atuam segundo o Direito da UE, o facto de não serem tutelados aqueles valores incluídos no ordenamento europeu, é afetada a concretização da confiança e, conseqüentemente, a integração europeia que depende dessa confiança. Assim, o respeito pelo Estado de Direito é condição para a confiança mútua e esta reflexo daquele, levando essa simbiose a que, estando o Estado de Direito ameaçado, a confiança seja afetada, do mesmo modo que qualquer medida implementada para a solução de vicissitudes ocorridas relativamente ao princípio do Estado de Direito contribui para restaurar ou fortalecer a confiança mútua.

Perante falhas sistémicas no Estado de Direito que prejudicam a confiança mútua, mesmo não sendo esta já encarada em termos absolutos, surgem novas questões sobre quais os efetivos limites que se lhe atribuem. Concretamente, questiona-se se, perante uma violação sistémica ou generalizada das regras de Estado de Direito num Estado-Membro se pode recusar a aplicação de um mecanismo legal regra, como o do MDE ou de transferência de requerentes de asilo, sem que se considere o impacto concreto que essas falhas têm para a situação da pessoa reclamada ou requerente de asilo.

Esta preocupação tem interesse prático, na medida em que, a ser admitida a recusa sem avaliação do impacto concreto, a confiança mútua conhecerá um limite amplo na sua aplicação e, quanto maiores as restrições admitidas à confiança mútua, maior será a dificuldade na concretização plena do objetivo de extensão da liberdade característica da UE para áreas que extravasam o mercado interno e a concretização de objetivos associados a matérias assentes no princípio da confiança mútua, como a cooperação judiciária penal incluída no ELSJ.

Porém, desde que se rejeita a natureza absoluta da confiança mútua, a sua aplicação enquanto princípio dinâmico exige a sua ponderação com outros interesses, segundo critérios de proporcionalidade. Assim, a resposta à questão deverá implicar a ponderação entre a confiança mútua e a tutela do Estado de Direito.

Neste sentido, o TJUE tem admitindo a possibilidade de recusa de execução de um MDE concreto quando se verifique que, em virtude das falhas sistémicas ou generalizadas que afetam o Estado de Direito no Estado-Membro de emissão, há um risco

real de violação dos direitos fundamentais da pessoa reclamada, mas negado a possibilidade de recusa de sem uma avaliação do impacto das falhas sistémicas ou generalizadas no caso concreto. Solução diferente adotou em matéria de asilo, mesmo para casos em que também se verifica, na base, a existência de falhas sistémicas ou generalizadas.

O dinamismo associado à confiança mútua, também evidenciado pelas leituras diferentes do mesmo para as matérias da cooperação judiciária e de asilo, pode levar a admitir que, mesmo tendo o TJUE seguido até agora a mesma orientação relativamente à execução de MDE, não se invalida a hipótese de esta se altere e se faça prevalecer a postura acolhida em matéria de asilo. A ser assim, pode ser promovida uma resposta mais célere e eficaz às vicissitudes que afetam o Estado de Direito, nomeadamente, na Polónia, e à tutela de direitos fundamentais.

A verdade é que a confiança mútua é um princípio basilar e impulsionador da construção europeia, mas não se descarta a necessidade de tutela de outros princípios centrais, sendo essa uma responsabilidade partilhada entre os Estados-Membros e as instituições europeias.

Perante um cenário em que os mecanismos assumidos para reagir a ofensas ao Estado de Direito não se mostram eficazes, tanto pelo facto de serem morosos, como por poderem ser fortemente influenciados politicamente, surge a necessidade encontrar outras vias de solução. Neste sentido, e atendendo a que a tutela do valor do Estado de Direito não é apenas (ou sobretudo) uma responsabilidade das instituições políticas, mas também dos tribunais, sejam estes o TJUE, o TEDH ou os tribunais nacionais, não será demais admitir que parta também do sistema judicial independente e imparcial, e não apenas de instituições políticas, a reação a problemas como os abordados anteriormente, nomeadamente, através da recusa de execução de MDE emitidos por um Estado-Membro onde se verifiquem falhas sistémicas ou generalizadas sem avaliação do seu impacto concreto na situação da pessoa reclamada. Tal cumpriria o princípio da proporcionalidade, na medida em que introduz uma via alternativa de defesa do Estado de Direito necessária pelo facto de as demais existentes não concretizarem devidamente esse objetivo.

Esta pode também levar a uma produção mais célere dos efeitos que se pretendem com as reações às falhas no Estado de Direito, no sentido em que, limitando o exercício do monopólio da ação penal que os Estados-Membros procuram exercer para além das suas fronteiras internas, pode influenciar uma alteração dos padrões do Estado-Membro de emissão que levaram a tal rejeição, num sentido conforme ao Estado de Direito de modo a recuperarem o poder de fazer valer as suas decisões judiciais em matéria penal noutros Estados-Membros.

Para além disso, nota-se que uma recusa de execução de MDE nos termos considerados segundo uma abordagem grossista promove uma maior tutela dos direitos fundamentais, na medida em que evita qualquer contacto da pessoa reclamada com a fonte de um eventual risco concreto dos seus direitos. O facto de este modelo passar a ser acolhido também em matéria de cooperação judiciária penal poderá significar o fim de modelos de tutela de direitos fundamentais no seio do ELSJ que vigoram a ritmos diversos, tendo este uma vertente mais antecipatória e “radical”.

Apesar desta solução poder ser controversa, na medida em que leva à suspensão da aplicação da aplicação do mecanismo do MDE e isto não ser conforme ao que resulta do considerando 10 da Decisão-Quadro, há que ter presente que, tratando-se de um considerando, este não tem natureza vinculativa de norma, relevando, essencialmente, para efeitos de auxílio na interpretação e aplicação da Decisão-Quadro. Assim, do considerando 10 não se impõe necessariamente que a única via possível para o afastamento da aplicação do mecanismo do MDE seja a que nele está consagrada.

Por outro lado, tendo em conta que o preâmbulo em o considerando 10 se insere também se refere à tutela de direitos fundamentais, estes devem ser atendidos na interpretação e aplicação da Decisão-Quadro, não devendo as autoridades de execução ser obrigadas a aceitar a execução de um MDE quando daí resulte uma contrariedade ao Direito da União, nomeadamente, aos direitos fundamentais, ou aos princípios gerais reconhecidos no art.6ºTUE, resultando da própria Decisão-Quadro um nível de tutela dos direitos fundamentais que tem de ser respeitado.

Posto isto, o facto de se admitir a recusa de execução de MDE emitidos por um Estado-Membro onde se verifiquem falhas sistémicas ou generalizadas no Estado de Direito sem que se avalie o modo como essas falhas se repercutem no caso concreto,

levando a uma reconfiguração do equilíbrio entre a confiança mútua e a tutela do Estado de Direito que até agora tem sido adotado pelo TJUE, tem vantagens, mesmo que valhas como solução de última instância perante casos em que os meios tradicionais de reação a violações do Estado de Direito não se mostram eficazes.

Por um lado, consolida a confiança mútua, ao contribuir para o fomento e concretização de princípios, como o Estado de Direito e tutela de direitos fundamentais, que estão na sua base. Ou seja, o facto de, enquanto se observarem falhas sistémicas ou generalizadas no Estado de Direito de um Estado-Membro, se adotar uma postura da qual resulte uma maior limitação do princípio da confiança mútua e, conseqüentemente, prejudique o pleno funcionamento de mecanismos como o do MDE, em nome da resolução de questões que afetam princípios estruturais da União pode, em última instância, levar ao reforço ou restauro da confiança mútua, tendo em conta a presunção da qual esta se baseia.

Por outro lado, a prevalência do entendimento da confiança mútua segundo a abordagem grossista leva à uniformização do conteúdo desse princípio, o que é benéfico tendo em conta a inexistência de uma definição legal do mesmo. Ou seja, o facto de o mesmo TJUE passar a assumir a mesma leitura da confiança mútua para áreas incluídas no ESLJ levaria a uma maior certeza jurídica na sua compreensão e aplicação prática.

Lista de jurisprudência relevante

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de dezembro de 2011, processos C-411/10 e C-493/10

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 10 de dezembro de 2013, processo C-394/12

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 5 de abril de 2016, processos C-404/15 e C-659/15 PPU

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 27 de fevereiro de 2018, processo C-64/16

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 25 de julho de 2018, processo C-216/18 PPU

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 24 de junho de 2019, processo C-619/18

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 5 de novembro de 2019, processo C-192/18

Despacho do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 8 de abril de 2020, processo C-791/19 R

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de Amsterdão de 31 de julho de 2020, processo n° 13/751021-20 (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2020:3776>)

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de Amsterdão de 3 de setembro de 2020, processo n° 13/751520-20 (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2020:4328>)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de dezembro de 2020, processos C-354/20 PPU e C-412/20 PPU

Conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak, de 22 de setembro de 2011, relativas ao processo C-411/10

Conclusões do Advogado Geral Evgeni Tanchev, de 28 de junho de 2018, relativas ao processo C-216/18 PPU

Conclusões do Advogado Geral Evgeni Tanchev, de 11 de abril de 2019, relativas ao processo C-619/18

Conclusões do Advogado Geral Evgeni Tanchev, de 20 de junho de 2019, relativas ao processo C-192/18

Conclusões do Advogado Geral Manuel Sánchez-Bordona, de 12 de novembro de 2020, relativas aos processos C-354/20 PPU e C-412/20 PPU

Bibliografia

ANAGNOSTARAS, Georgios, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common Market Law Review*, vol.53, issue 6, 2016

BLOCKS, Suzanne Andrea e BRINK, Ton van den, *The Impact on National Sovereignty of Mutual Recognition in the AFSJ. Case-Study of the European Arrest Warrant*, in *German Law Journal*, vol.22, issue 1, janeiro de 2021

BOGDANDY, Armin von, *Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine: How to Protect Checks and Balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, vol.57, issue 3, 2020

GALEA, Anthea, *The Jawo Case: The Limits of the Principle of Mutual Trust*, in *European Law Blog*, 13 de maio de 2019 (<https://europeanlawblog.eu/2019/05/13/the-jawo-case-the-limits-of-the-principle-of-mutual-trust/>)

HALBERSTAM, Daniel, *“It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *German Law Journal*, vol.16, issue 1, 2015

KOMÁREK, Jan, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of “Contrapunctual Principles”*, in *Common Market Law Review*, vol.44, issue 1, 2007

LANAERTS, Koen, *La Vie Après L’Avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *Common Market Law Review*, vol.54, issue 3, 2017

MIRANDOLA, Sofia, *European arrest warrant and judicial independence in Poland: where can mutual end? (Opinion of the AG in C-216/18 PPU L.M.)*, in *European Law Blog*, 24 de julho de 2018 (<https://europeanlawblog.eu/2018/07/24/european-arrest-warrant-and-judicial-independence-in-poland-where-can-mutual-trust-end-opinion-of-the-ag-in-c-216-18-ppu-l-m/>)

QUADROS, Inês, *O Tribunal de Justiça e a questão da possibilidade do controlo judicial das ameaças ao Estado de Direito- Comentário ao acórdão do TJUE de 5.11.2019, Comissão c. Polónia (C-192/18)*, in *Católica Law Review*, 1º trimestre de 2020

RALLI, Evgenia, *The Principle of Mutual Recognition Based on Mutual Trust and the Respect for Fundamental Rights: The Case of the Framework Decision on the European Arrest Warrant*, publicado pelo European Law Institute (ELI) (pode ser consultado em https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/YLA_Award/Submission_ELI_Young_Lawyers_Award_Evgenia_Ralli_2017.pdf)

WILLEM, Auke, *The Court of Justice of the European Union’s Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal*, in *German Law Journal*, vol.20, issue 4, 2019

WÓJCIK, Anna, *The Regional Court in Amsterdam has already submitted a second enquiry to the Court of Justice of the EU regarding the performance of a European Arrest Warrant to Poland. Until the receipt of an answer from the CJEU, no person suspected*

or convicted of a crime by a court in Poland will be extradited from the Netherlands, in Rule of Law (pode ser consultado em <https://ruleoflaw.pl/the-netherlands-will-extradite-no-one-to-poland-under-european-arrest-warrant/>)

Documentos oficiais

Declaração Schuman, de 9 de maio de 1950

<https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-204-en.pdf>

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito, COM (2014)158 final; 11 de março de 2014

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0158&from=PT>

Parecer do TJUE 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal Pleno), 18 de dezembro de 2014

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CV0002&from=pt>

Presidência do Conselho da União Europeia da Finlândia, Conclusões da Presidência do Conselho de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999

https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

Comissão Europeia, Proposta de Decisão do Conselho relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do Estado de direito, COM (2017) 835 final, 20 de dezembro de 2017

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0835&from=DE>

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho relativas à prossecução e reforço do Estado de Direito na União, COM (2019) 163 final, 3 de abril de 2019

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0163&from=PT>

Comissão de Veneza, Study No. 711 / 2013, Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session, Veneza, CDL-AD (2016)007-e, 11-12 março de 2016

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)

Comissão Europeia, Fact Sheet: The EU's Rule of Law Toolbox, abril de 2019

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/rule_of_law_factsheet.pdf

Comissão de Veneza, Opinion n° 977/2019, Poland – Urgent Joint Opinion on the amendments to the Law on organization on the Common Courts, the Law on the Supreme Court and other Laws, Veneza, CDL-PI(2020)002, 16 de janeiro de 2020

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)002-e)

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito, COM (2020) 580 final, 30 de setembro de 2020

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0580>

Parlamento Europeu e Conselho, Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União, 16 de dezembro de 2020

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2020:433I:FULL&from=PT>

Imprensa

“Hungria e Polónia não são únicos a testar o Estado de direito da UE”, SIZA, Rita, 1 de outubro de 2020

“Os valores europeus”, ASSIS, Francisco, jornal Público, 21 de dezembro de 2017

<https://www.publico.pt/2017/12/21/mundo/opiniaos-valores-europeus-1796765>

Parlamento Europeu, Comunicado de imprensa: a UE aprova condicionar fundos da UE ao respeito do Estado de direito, 16 de dezembro de 2020

<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20201211IPR93622/parlamento-aprova-condicionar-fundos-da-ue-ao-respeito-do-estado-de-direito>