

JURISPRUDÊNCIA
CUNHA RODRIGUES -
COMENTÁRIOS

ORGANIZADORES:
EDUARDO PAZ FERREIRA | MARIA LUISA DUARTE |
MIGUEL SOUSA FERRO

2013



associação académica da
faculdade de direito de lisboa

Comentário

Jorge de Figueiredo Dias²

Pedro Caetano³

1. O caso

1. O Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007, no processo C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad* (doravante, o Acórdão), resulta de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Arbitragehof* (Bélgica) nos termos do artigo 35.º do Tratado da União Europeia na versão então vigente (doravante TUE).

Este pedido foi apresentado no âmbito de um recurso de anulação total ou parcial da Lei Belga de 19 de Dezembro de 2003 relativa ao mandado de detenção europeu⁴ (doravante, “Lei Belga”), que transpôs a *Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu* (DQ)⁵, interposto pela *Advocaten voor de Wereld* (doravante, a recorrente) junto do *Arbitragehof*, com os seguintes fundamentos:

— Em primeiro lugar, a recorrente alegava que a instituição do mandado de detenção europeu deveria ter sido levada a cabo através de uma convenção por não se enquadrar nos fins que o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do TUE assinalava às decisões-quadro (“aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados Membros”). Consequentemente, a inadequação do tipo de instrumento utilizado provocava a sua invalidade.

— Em segundo lugar, a recorrente sustentava que o artigo 5.º, n.º 2, da Lei Belga, que transpôs para o direito interno o artigo 2.º, n.º 2, da DQ, violava o princípio da igualdade e da não discriminação, ao criar uma derrogação sem justificação objetiva e razoável à exigência da dupla incriminação, quando essa exigência se mantém relativamente às infrações não constantes daquele catálogo. Além disso, os ditos princípios seriam também violados em virtude da previsível disparidade das decisões judiciais que apliquem aquelas normas, decorrente do carácter vago e impreciso dos “domínios de criminalidade” (e não concretas infrações penais) aí indicados.

— Por fim, o mesmo carácter vago dos “comportamentos condenáveis” constantes do artigo 5.º, n.º 2, da Lei Belga violaria o princípio da legalidade criminal, pois impediria a autoridade de execução de controlar efetivamente se as infrações pelas quais a pessoa é procurada estão abrangidas por uma das categorias mencionadas no artigo 5.º, n.º 2, da referida lei.

2. Como a Lei Belga era uma “consequência direta” da regulamentação vertida na decisão-quadro, o *Arbitragehof* entendeu que a arguição de invalidade trazida pela recorrente valia também para a decisão-quadro. Assim, dado que, por um lado, “as divergências de interpretação entre as instâncias judiciárias relativamente à validade de atos comunitários e da legislação que os implementa no direito interno comprometeriam a unidade da ordem jurídica comunitária e violariam o princípio geral da segurança jurídica”, e que, por outro, o artigo 35.º, n.º 1, UE, confere ao Tribunal de Justiça “competência exclusiva para decidir a título prejudicial sobre a validade das decisões-quadro”, o *Arbitragehof* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

² Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴ *Moniteur belge* de 22 de Dezembro de 2003, p. 60075.

⁵ *Decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros* (JO L 190 de 18-07-2002, p. 1 98.).

⁶ *Acórdão*, § 15.

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

2) O artigo 2.º, n.º 2, da [d]ecisão-quadro [...], na medida em que elimina o controlo da condição da dupla incriminação relativamente às infrações aí mencionadas, está em conformidade com o artigo 6.º, n.º 2, UE, mais especificamente com o princípio da legalidade em matéria penal consagrado nessa disposição e com o princípio da igualdade e da não discriminação?”⁷

II. O Acórdão

1. O caso em apreço deu oportunidade ao Tribunal de Justiça para se pronunciar pela primeira vez sobre o mandado de detenção europeu e, em particular, sobre certos aspetos da validade (fórmula e substancial) da decisão-quadro que o instituiu. A posição do Tribunal era aguardada com expectativa, sobretudo em virtude de os tribunais constitucionais polaco, alemão e cipriota terem já declarado a inconstitucionalidade (total ou parcial) das respetivas leis nacionais que transpunham a DQ. Contudo, os fundamentos da inconstitucionalidade naquelas decisões eram específicos dos ordenamentos internos (entrega de cidadãos nacionais nos dois primeiros casos⁸ e inexistência de autorização constitucional para a privação da liberdade na execução de um mandado de detenção europeu no terceiro) e não contendiam com a validade da DQ em si mesma considerada, pelo que era seguro, desde o início, que o Acórdão não versaria os problemas decididos pelos referidos tribunais.

⁷ *Acórdão*, § 16.

⁸ Sobre as duas decisões, cf. NUNO PICARRA, “A transposição da Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu sob escrutínio dos juízes constitucionais nacionais, *Jurisprudência Constitucional* 8 (2005), p. 56 e ss.

Na impossibilidade de comentarmos todos os aspetos do litígio, concentraremos a nossa atenção nas questões da admissibilidade do caso (*infra*, 2), da adequação do instrumento jurídico utilizado (*infra*, 3) e da violação do princípio da legalidade (*infra*, 4).

2. O Acórdão começou por afastar a objeção relativa à admissibilidade da questão suscitada pelo Governo Checo reafirmando que, mesmo na ausência de uma atribuição expressa, o Tribunal é competente para “interpretar disposições de direito primário como o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), UE, quando [...] é chamado a decidir se a decisão quadro foi devidamente adotada com base nesta última disposição”.

Este entendimento já se encontrava implícito, aliás, em jurisprudência anterior, segundo a qual “a escolha da base jurídica de um ato comunitário deve assentar em elementos objetivos suscetíveis de fiscalização jurisdicional (...)”. Com efeito, só assim o Tribunal poderia apreciar a validade das decisões-quadro e a respetiva conformidade com o Tratado, nos termos previstos no artigo 35º, nº 1, do TUE. Além disso, é “na exegese dos Tratados e na sua defesa face ao direito derivado, [entre] as de marcado cariz constitucional, [que] reside uma das competências nucleares desta instituição”¹⁰.

Note-se apenas que, no domínio da versão do Tratado então vigente, não era líquido que a competência para avaliar a legalidade de uma decisão-quadro pertencesse exclusivamente,

⁹ *AcTT* de 13-09-2005, proc. C-176/03, *Comissão contra Conselho*, § 45.

¹⁰ *Conclusões* do Advogado-Geral Jarabo-Colomer, apresentadas em 12 de Setembro de 2006, Proc. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Laden van de Ministerraad*, § 33 (doravante, *Conclusões AG*).

como afirmava o *Arbitragehof*, ao Tribunal de Justiça¹¹. O Tribunal – corretamente – não sentiu necessidade de se pronunciar sobre esse “co-fundamento” do pedido para o considerar admissível.

3. Relativamente à questão da inadequação da base jurídica sobre que assenta a DQ, o Acórdão imputa à recorrente dois argumentos distintos:

3.1 Por um lado, o Acórdão dedica-se a rebater o entendimento segundo o qual as decisões-quadro serviriam apenas para aproximar as disposições internas dos Estados-membros nos termos dos artigos 29º e 31º, n.º 1, al. e), do TUE, que manifestamente não cobrem a instituição do mandado de detenção europeu, já porque a DQ não visa aproximar os elementos constitutivos das infrações ou sanções, já porque o seu âmbito material transcende os domínios indicados na última norma (criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de estupefacientes).

Da leitura do Acórdão e das Conclusões do Advogado-Geral não resulta com clareza que a recorrente tenha utilizado efetivamente este argumento. Seja como for, o Tribunal pronunciou-se corretamente no sentido de que “nada permite

concluir que a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados Membros através da adoção de decisões-quadro nos termos do artigo 34.º, n.º 2, alínea b), UE apenas abrange as normas de direito penal dos Estados Membros mencionadas no artigo 31.º, n.º 1, alínea e), UE, ou seja, as relativas aos elementos constitutivos das infrações penais e das sanções aplicáveis nos domínios enumerados nesta última disposição”.

Com efeito, e embora a questão não fosse pacífica, alguma doutrina havia já assinalado que só a aproximação dos elementos constitutivos das infrações e das sanções aplicáveis através de decisões-quadro se encontrava limitada aos domínios indicados no artigo 31.º, n.º 1, al. e), do TUE – mas nada impedia a “aproximação das legislações dos Estados-membros” (art. 29º do TUE), nomeadamente as respetivas “disposições legislativas e regulamentares” (art. 34º, n.º 2, al. b)), através do mesmo tipo de instrumento, “em outros sectores normativos (nomeadamente, nos ordenamentos processuais penais ou na regulamentação da cooperação judiciária dos Estados) ...”¹².

3.2 O segundo argumento imputado à recorrente transparece com limpidez da formulação da questão pelo *Arbitragehof* e é

¹¹ Sobre a questão da (in)aplicabilidade da chamada “jurisprudência Foto-Frost” aos atos do terceiro pilar: cf. PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, 2010, p. 136, notas 355 e ss., com indicação de outros elementos de jurisprudência e doutrina. O problema deixou de se pôr no direito vigente, visto que o atual art. 267, § 3, do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* impõe expressamente aos órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso a obrigatoriedade de submeter ao Tribunal as questões relativas à interpretação dos Tratados e à validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições e órgãos da União que perante eles se suscitam.

¹² PEDRO CAEIRO, “A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, in Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Maria João Antunes (eds.), *Libet Disciplinaryum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1071 (itálicos no original); desenvolvendo o argumento, vd. depois MIGUEL ÂNGELO LEMOS, *O Déficit Democrático na União Europeia e o Direito Criminal*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, disponível também em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/TeseMinero.pdf, p. 43 e ss.

também apreciado pelo Advogado-Geral: a violação do Tratado residiria em que a DQ, infringindo o disposto no art. 34º, nº 2, al. b), do TUE, não procede à aproximação das legislações dos Estados-membros, mas sim à criação de um instituto novo, que deveria portanto revestir uma forma diversa¹³.

O Advogado-Geral pronunciara-se no sentido de que, embora a adoção de uma convenção para o mesmo efeito fosse, em abstrato, a única alternativa possível, os concretos condicionais do mandato de detenção europeu (e, em particular, a “busca de uma maior eficácia”) não só autorizavam como impunham a utilização da forma das decisões-quadro¹⁴.

O Tribunal, por sua vez, seguiu uma via mais prudente e, a nosso ver, pôs o problema de forma mais correta: “[e]mbora seja verdade que o mandato de detenção europeu também poderia ter sido objeto de convenção, cabe no poder de apreciação do Conselho privilegiar o instrumento jurídico decisão-quadro, quando, como no caso vertente, se encontrem preenchidos os requisitos da adoção de tal ato”¹⁵. Assim, o tribunal reconhece uma margem de apreciação insindivável relativamente à escolha do ato por parte do Conselho, ficando a adequação da base jurídica garantida desde que se verifiquem os respetivos pressupostos.

Procedendo depois a essa apreciação, o Tribunal observou que “o reconhecimento mútuo dos mandados de detenção emitidos pelos diversos Estados Membros em conformidade com o direito do Estado de emissão em causa exige a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados Membros relativas à cooperação judiciária em matéria penal e, mais especificamente, das normas relativas às condições, procedimentos e efeitos da entrega entre autoridades nacionais

(...), no que diz respeito, nomeadamente, às normas relativas às categorias de infrações enumeradas relativamente às quais não há controlo da dupla incriminação (...), aos motivos de não execução obrigatória ou facultativa do mandato de detenção europeu (...), ao conteúdo e forma deste último (...), à transmissão de tal mandato e às regras dessa transmissão (...), às garantias mínimas que devem ser concedidas à pessoa procurada ou devida (...), aos prazos e regras relativos à decisão de execução do referido mandato (...) e aos prazos para a entrega da pessoa procurada (...).”¹⁶. Consequentemente, a adoção de uma decisão-quadro estaria justificada.

Esta argumentação suscita algumas dúvidas.

Em primeiro lugar, não nos parece exato, *no plano puramente normativo*, que o reconhecimento mútuo *exija* a aproximação das legislações nacionais: tudo depende das condições em que o reconhecimento for acordado. Não está excluído que o reconhecimento mútuo de decisões judiciais possa vigorar (dentro ou fora da União Europeia) entre Estados cujas leis preveem, v. g., motivos de não execução e garantias processuais diferentes. Aquela proposição só pode ser compreendida num *plano pragmático* (quanto maior for a proximidade das legislações nacionais, mais fácil será o reconhecimento mútuo das decisões emanadas pelas autoridades dos restantes Estados¹⁷). De toda a forma, a eventual relação entre o reconhecimento mútuo e a necessidade de aproximação das leis não parece relevante para a questão posta ao Tribunal: o que se lhe perguntava não era se o reconhecimento mútuo exigia a aproximação das legislações, mas se a DQ tinha sido efetivamente utilizada com essa finalidade, tal como imposto pelo Tratado.

¹³ *Acórdão*, § 28 ss., e *Conclusões AG*, § 47 ss.

¹⁴ *Conclusões AG*, § 67.

¹⁵ *Acórdão*, § 41.

¹⁶ *Acórdão*, § 29 e 8.

¹⁷ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, 2008, p. 71 e 8.

Assim, o Tribunal não defrontou abertamente a questão de saber se o conteúdo da DQ integrava uma aproximação de legislações. Para tanto, teria sido necessário definir este conceito, distinguindo-o da criação de direito novo, pois era sobre essa dicotomia que assentava a contestação da validade do ato pela recorrente. Aliás, as Conclusões do Advogado-Geral haviam tentado percorrer essa via, embora de maneira algo confusa e terminando com uma proposição apodíctica e pouco convincente¹⁸.

O problema era, evidentemente, complexo, visto que toda a aproximação realizada através de decisões-quadro integrava também, numa qualquer medida, direito novo: já porque instaurava um dever, até então inexistente, de introduzir ou manter nos ordenamentos internos determinados conteúdos normativos, já porque normalmente (ainda que não necessariamente) conduzia a modificações de tais conteúdos.

No caso, parece lícito sustentar que, como a entrega de pessoas (*lato sensu*¹⁹) enquanto forma de cooperação judiciária era um instituto bem conhecido dos ordenamentos nacionais, a definição de um núcleo essencial comum dos pressupostos e procedimentos a adotar nesse âmbito (nomeadamente, aqueles que se referem no Acórdão) podia ainda qualificar-se como uma aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros relevante para a construção do espaço comum de liberdade, segurança e justiça. Consequentemente, a DQ fundava-se legitimamente nos arts. 29º e 34º, nº 2, al. b), do TUE. É claro que dessa forma se criou uma regulamentação comum, inovadora e tendencialmente única²⁰, aplicável em todos os Estados-membros. Mas essa circunstância não é suficiente para arredar a finalidade de aproximação e, com ela, a habilitação conferida pelo art. 34º, nº 2, al. b), do TUE: basta pensar que o mesmo ocorreu com virtualmente todas as decisões-quadro que desenharam elementos mínimos das infrações nos termos do art. 31º, nº 1, al. e), do TUE, sempre que introduziram incriminações novas nos ordenamentos dos Estados-membros – e ninguém negaria que, mesmo nesses casos, aqueles instrumentos europeus serviram para aproximar as legislações nacionais.

Questão diversa, que não foi submetida ao Tribunal, seria determinar se o (reduzido) grau de conformação deixado aos Estados pela DQ ainda era compatível com o segmento do art. 34º, nº 2, al. b), do TUE, que atribuía às autoridades nacionais a competência para escolher a forma e os meios de alcançar o resultado fixado nas decisões-quadro.

¹⁸ Com efeito, nas *Conclusões AG* proclamava-se, por um lado, que “[a] passagem da extradição para o mandado de detenção europeu implica um grito copernicano. É óbvio que ambos servem o mesmo fim de entregar um acusado ou um condenado às autoridades de outro Estado, para o julgarem ou executarem a condenação; mas acabam aí as similitudes”, e que “a extradição e o mandado de detenção europeu e entrega respondem a esquemas axiológicos que só coincidem no seu objetivo” (§§ 41 e 46); mas, por outro lado, asseverava-se que “não se inventa um instituto antes inexistente nem se aproximam as diversas legislações sobre extradição; harmonizam-se as figuras de detenção e entrega para o auxílio entre as autoridades judiciais, vigentes em cada Estado Membro”, para se concluir que “o mandado de detenção europeu, embora se singularize da extradição, não é uma descoberta sem semelhança nos direitos nacionais. De qualquer modo, ainda que se defendesse isso, nada impediria o recurso a este tipo de norma, em caso de necessidade de aproximação legislativa, pois o Tratado da União Europeia não impede o seu uso em tais conjunturas” (§ 50 e s.). A dificuldade em conciliar estas ideias não deixa de ser reconhecida nas próprias *Conclusões*; cf. o § 47.

¹⁹ O vocábulo *entrega* tem aqui um sentido amplo, não técnico, na mesma linha do que possivelmente sucedia com a “*extradição* entre os Estados-membros” cuja facilitação constituía um objetivo da ação em comum no domínio da cooperação judiciária, nos termos do art. 31º, nº 1, al. b) do TUE.

²⁰ Tendencialmente, apenas, porque sobram as diferenças causadas pelo espaço deixado à conformação dos Estados, p. ex., no que diz respeito à implementação das “*causas facultativas de não execução*”.

4. A recorrente acusava também a Lei Belga de violar o princípio da legalidade (*lex certa*), na medida em que, no cumprimento das obrigações impostas pela DQ, permite a execução de um mandado de detenção por factos que não constituem crime na Bélgica e que, em alguns casos, se encontram descritos de forma vaga e imprecisa no art. 2º, n.º 2, da DQ.

4.1 Sucede que, por um lado, uma decisão-quadro (ou, atualmente, uma diretiva) não pode, em caso algum, violar o princípio da legalidade (*lex certa*), mesmo quando vise a implementação ou harmonização de certas incriminações nos ordenamentos nacionais (o que não era o caso, como bem notou o Acórdão). Com efeito, o princípio da legalidade (*lex certa*) disciplina apenas as normas que concorrem para a definição do facto punível (*maxime*, as normas incriminadoras e regras de aplicabilidade da lei) e, conseqüentemente, para a atribuição da responsabilidade e da pena cominada²¹. Ora, aqueles instrumentos europeus não contêm, por definição, esse tipo de normas, mas antes diretrizes para os legisladores nacionais que não de aprovar, eles sim, normas penais, com respeito integral pelo princípio da legalidade. Assim, mesmo que a expressão literal das formulações utilizadas em certa decisão-quadro ou diretiva impusesse a adoção de normas (internas) incompatíveis com o *nullum crimen sine lege certa*, o legislador nacional teria o dever de proceder à sua adaptação até ao ponto em que

²¹ “No plano da determinabilidade do tipo legal ou tipo de garantia – precisamente, o tipo formado pelo conjunto de elementos cuja fixação se torna necessária para uma correcta observância do princípio da legalidade (...) –, importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tomem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados (...)” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, 2ª ed., 2007, p. 185 e s.).

este princípio se encontrasse satisfeito, sob pena de as normas internas adotadas – mas não a decisão-quadro ou diretiva – serem inválidas perante a respetiva Constituição e perante o direito europeu.

Este dever não existia, naturalmente, na transposição da DQ em apreço, porque a indicação dos “domínios de criminalidade” no seu art. 2º, n.º 2, visa apenas delimitar o âmbito da isenção do controlo da dupla incriminação para efeitos da execução do mandado de detenção e entrega. Com bem decidiu o Tribunal, “mesmo que os Estados Membros reproduzam literalmente a enumeração das categorias de infrações que constam do artigo 2º, n.º 2, da decisão quadro para efeitos da sua implementação”, e, portanto, se mantenha a indeterminação e vagueza das formulações, “a própria definição dessas infrações e das penas aplicáveis é a que resulta do direito «do Estado Membro de emissão» (...)”, que, como aliás é enunciado no artigo 1.º, n.º 3, desta mesma decisão-quadro, deve respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais consagrados no artigo 6.º UE e, por conseguinte, o princípio da legalidade dos crimes e das penas²².

Na verdade, a argumentação da recorrente assenta num equívoco fundamental: a ideia de que a detenção para efeitos de cooperação judiciária se encontra sujeita ao princípio da legalidade (*lex certa*), no sentido de que o cidadão só poderia ser detido por factos que se encontrem suficientemente descritos na lei do país onde se executa o mandado. Trata-se aqui, manifestamente, de uma confusão entre os princípios que regem a responsabilidade criminal e aqueles, bem diversos, que regem a cooperação judiciária internacional. Deve aceitar-se, sem dúvida, que o princípio mais geral da segurança jurídica exige

²² *Acórdão*, § 52 e s.; cf. também, em sentido convergente, as *Conclusões AG*, § 103 e ss.

que a lei explicita as *situações* em que uma pessoa pode ser detida para ser entregue / extraditada para outra jurisdição – mas essa exigência é absolutamente alheia ao princípio da legalidade (*Lex certa*). Com efeito, este último princípio não impede, p. ex., que dois ou mais Estados convençionem mecanismos de cooperação entre eles com absoluta dispensa da dupla incriminação, para cujo acionamento seja suficiente um pedido fundado na prática de factos que constituem crime apenas no direito do Estado requerente²³. Para garantir a segurança das pessoas bastará que a convenção (ou, se necessário, o ato interno que a execute) seja aprovada e publicada através dos procedimentos normais aplicáveis às leis restritivas de direitos. No limite, não seria certamente o princípio da legalidade a impedir que tal solução tivesse sido adotada, de forma genérica, no mandato de detenção europeu.

4.2 Por fim, importa notar que boa parte das críticas que foram dirigidas ao Acórdão a este propósito visam, na verdade, um problema diverso daquele que se decidiu. Alguma doutrina – sobretudo de origem germânica e certamente influenciada pelas opções tomadas pelo legislador alemão na (primeira) transposição da DQ para o respetivo direito interno²⁴ – exprimiu

²³ Não importa agora se tais convenções são desejáveis ou convenientes à luz de outros interesses e se ainda correspondem a uma ideia de cooperação judiciária em matéria penal.

²⁴ A primeira lei alemã de transposição do mandato de detenção europeu, de 16-06-2004, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão (*BVerfGE* 113, 273, de 18-07-2005), por restringir desproporcionalmente o direito fundamental dos cidadãos alemães a não serem extraditados do seu país, ao não transpor para o direito interno a possibilidade de não executar os pedidos de entrega relativos a factos praticados (total ou parcialmente) no território nacional que era oferecida pela DQ. Sobre a decisão, cf. H. SATZGER / T. POHL, “The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant: ‘Cryptic Signals’ from Karlsruhe”, *JICJ* 2006, p. 686 ss.

reservas análogas às que deram origem ao processo vertente²⁵. Tais reservas assentavam na ideia de que a dispensa do controlo da dupla incriminação e a formulação imprecisa dos domínios onde ela vigora pode levar a uma imprevisibilidade da punição, incompatível com o princípio da legalidade, particularmente nos casos em que o Estado de execução do mandato coincide com o Estado territorial (onde os factos foram praticados) e a lei aí vigente não incrimine tais factos.

Desde logo, recorde-se que o princípio da dupla incriminação como requisito da extradição clássica não é absoluto. A própria lei alemã permite a extradição em casos em que o facto não é punível, desde que, transpondo para o contexto alemão a pretensão punitiva do Estado requerente, se conclua que, *mutatis mutandis*, o facto também seria punível aí²⁶. É verdade que, dessa forma, não se abandonam completamente as valorizações subjacentes ao requisito da dupla incriminação, pois exige-se

²⁵ Cf., p. ex., S. BRAUM, “Der Europäische Haftbefehl – Motor europäischer Strafrechtspflege?”, *wistra* 2007, p. 404 e ss.; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4 Aufl., 2010, § 10, nm. 33. Na doutrina portuguesa, de forma mais moderada, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, “O princípio do reconhecimento mútuo e o mandato de detenção europeu”, *RPCC* 14 (2004), p. 355; NUNO PICARRA, p. 71 (nota 23); ANA ROSA PAIS, “A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao mandato de detenção europeu. Breve anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007”, in *Estudos em Homagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 1, 2008, p. 818.

²⁶ Cf. o § 3 (1) da *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*: “Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre” (ítalicos nossos); sobre esta cláusula, vd. CRISTINA TINKL, *Die Rechtsstellung des Einzelnen nach dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Im Vergleich zu seiner Rechtsstellung im traditionellen Auslieferungsverfahren. Zugleich eine Untersuchung zur Rechtsnatur des Rahmenbeschlusses*, 2007, p. 146 e, por último, em pormenor, ANNE ZIMMER, *Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht: Die sinngemäße Umstellung des Sachverhalts*

ainda uma similitude de sentido com as normas materiais alemãs – mas tal mecanismo seria evidentemente inconstitucional se a dupla incriminação para efeitos de cooperação fosse exigida pelo princípio da legalidade (*lex certa*).

Depois, e decisivamente, as preocupações com a (im)previsibilidade da aplicação da lei do estado de emissão nada têm que ver com a execução do mandado de detenção, mas sim com a possível ilegitimidade da base jurisdicional onde esse estado funda a sua pretensão. Por outras palavras: podemos convir na ilegitimidade, v. g., de um pedido de entrega formulado pela Alemanha a Portugal, por factos praticados em Portugal que não constituem crime perante a lei portuguesa nem perante o direito internacional, nem lesam interesses fundamentais do Estado Alemão – mas tal ilegitimidade decorreria diretamente da pretensão de incluir tais factos no âmbito de eficácia da lei penal alemã, sem se exigir a dupla incriminação *como pressuposto da aplicabilidade extraterritorial da lei*, e não de uma pretensa violação do princípio da legalidade²⁷. O respeito

nach § 3 Absatz 1 des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Straf-sachen, Vlg. Dr. Kovac, 2008. Através deste mecanismo, a lei alemã permite considerar verificada a dupla incriminação para efeitos de extradição nos casos em que o pedido se funda na prática de crimes que atingem apenas bens jurídicos “internos” do Estado requerente (p. ex., a sua administração da justiça). Desiderato que, naturalmente, não pode alcançar-se nos ordenamentos jurídicos – como o português – onde não existe norma expressa para o efeito.

²⁷ Distinguindo os dois problemas, vd. logo M. DITERS, “Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa - Erwidernng zu Schünemann, ZRP 2003, 185”, ZRP 2003, p. 359 ss. Na ausência de um instrumento que impeça a jurisdição extraterritorial “selvagem” dentro da UE (sobre o problema, vd. por último PEDRO CAEIRO, “A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, 2012, p. 179 e ss.), o art. 4º, nº 7, al. a), da DQ atribui aos Estados a faculdade de não executarem um mandado de detenção europeu quando os factos que o motivam tenham sido praticados nos respetivos territórios.

por este princípio está garantido sempre que os factos pelos quais o mandado é emitido se encontrarem previstos como crime pela lei do Estado de emissão. E os poderes que cabem ao Estado de execução para comprovar que tais factos correspondem a um domínio de criminalidade enunciado no art. 2º, nº 2, da DQ²⁸ não são atribuídos para cumprir com aquele princípio, mas apenas para assegurar que se trata de um dos casos em que o Estado de execução deve proceder à entrega sem controlar a dupla incriminação *como pressuposto da cooperação*.

Trata-se, portanto, de um aresto que, tendo resolvido corretamente as complexas questões que lhe foram postas, contribuiu decisivamente para que o mandado de detenção europeu se tenha tornado num poderoso instrumento de cooperação judiciária. É por isso com grande satisfação que lhe associamos o nome do seu relator, o nosso comum Amigo Dr. José Narciso Cunha Rodrigues.

²⁸ Cf., a propósito, DANIEL FLORE, “Le mandat d’arrêt européen: première mise en oeuvre d’un nouveau paradigme de la justice pénale européenne”, *Journal des Tribunaux* 121 (2002), p. 276; e o *AcSTJ* de 4-01-2007, proc. n.º 06P4707.