

# Revista Portuguesa de CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 29 N.º 2 | Quadrimestral | maio - agosto 2019 | € 20

## SEPARATA



# Os limites à extradição para fora da União Europeia: *Petruhhin e Schotthöfer & Steiner* \*

**Miguel João Costa**

*Assessor do Gabinete dos  
Juízes do Tribunal Constitucional  
Doutorado em Direito Penal pela  
Universidade de Maastricht*

## Introdução

A imposição de limites à extradição a partir de Estados Membros da União Europeia (UE) para Estados terceiros constitui um dos mais salientes desenvolvimentos recentemente verificados no direito penal europeu. Em pouco mais de dois anos, o Tribunal de Justiça (TJUE) foi chamado a intervir a título prejudicial num conjunto de casos que teve no acórdão *Petruhhin* (C-182/15) a sua primeira expressão jurisprudencial. O presente artigo começa por avaliar a natureza, o âmbito de aplicação, o significado e o possível impacto do princípio firmado nesta pioneira decisão.

O artigo analisa depois a reiteração que desse princípio foi feita no acórdão *Schotthöfer & Steiner* (C-473/15), assim como as questões que nele ficaram por responder. Esta análise, por sua vez, justifica uma apreciação do acórdão *Celmer* (C-216/18 PPU), embora este diga respeito ao Mandado de Detenção Europeu (MDE) e não à extradição propriamente dita.

O artigo conclui que estas decisões representam o surgimento de um corpo normativo relativamente autónomo dentro do direito penal europeu, leitura esta que veio já receber corroboração nos acórdãos

---

\* Por opção do autor, o presente texto não é escrito segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

*Pisciotti* (C-191/16) e *Raugevicius* (C-247/17), de que aqui se dará breve conta e que serão analisados em momento oportuno no futuro.

### 1. *Petruhhin* (C-182/15)

Com o acórdão prolatado no caso *Petruhhin*, o TJUE escreveu o primeiro capítulo do que pode considerar-se uma nova área dentro do direito penal europeu <sup>1</sup>. O caso envolvia um cidadão Estónio que se encontrava na Letónia e cuja extradição era pedida pela Rússia, por tráfico de estupefacientes em larga escala praticado em associação criminosa. Nesse acórdão, datado de 6 de Setembro de 2016, o TJUE decidiu que a circunstância de o extraditando ser cidadão de um Estado Membro da UE poderá impor a outro Estado Membro que recuse a sua extradição para fora da UE <sup>2</sup>.

O pedido de decisão prejudicial submetido ao TJUE pelo Supremo Tribunal da Letónia continha, na sua essência, as seguintes questões: (1) O princípio da não discriminação previsto no artigo 18.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) e a liberdade de movimentos consagrada no artigo 21.º, n.º 1, TFUE, exigem que qualquer cidadão da UE cuja extradição seja pedida a um Estado Membro por um Estado terceiro ao abrigo de um tratado internacional em vigor entre esses dois Estados receba a mesma protecção que na mesma circunstância receberia um cidadão desse Estado Membro? (2) As proibições de extraditar previstas no artigo 19.º, n.º 2, da Carta de Direitos Fundamentais da UE (CDFUE), relativas ao risco de aplicabilidade de pena de morte e de tortura ou outros tratos ou penas desumanos ou degradantes, aplicam-se a terceiros Estados?

---

<sup>1</sup> Tive já a oportunidade de analisar este acórdão no artigo “The Emerging EU Extradition Law: *Petruhhin* and Beyond”, *New Journal of European Criminal Law*, n.º 8 (2017), p. 192 ss. Essa análise é aqui veiculada nas suas linhas essenciais, como base de suporte para a análise que então apresentarei sobre subseqüentes decisões do TJUE nesta matéria.

<sup>2</sup> Sobre os processos de base em curso na Letónia e na Rússia, *vd.* a Opinião do AG Bot, de 10 de Maio de 2016, §§ 12 ss., e o Julgamento do TJUE, de 6 de Setembro de 2016, §§ 10 ss.

A seguinte exposição cinge-se à primeira questão, visto que a resposta (positiva) dada pelo Tribunal à segunda se afigurava relativamente expectável em face da CDFUE, cujo artigo 19.º, n.º 2, explicitamente proíbe a extradição quando haja um sério risco de sujeição a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes. Regressar-se-á, no entanto, à segunda questão mais adiante, a propósito do caso *Schotthöfer & Steiner*.

### 1.1. A opinião do Advogado Geral

No dia 10 de Maio de 2016, o Advogado Geral (AG) Yves Bot emitiu a sua Opinião sobre este caso, pronunciando-se no sentido de que a diferenciação no tratamento de nacionais de um Estado Membro e de outros cidadãos da UE será discriminatória *apenas* quando se demonstrar que essas duas categorias de sujeitos se encontram “numa situação comparável à luz do objetivo que consiste em lutar contra a impunidade das pessoas suspeitas de terem cometido uma infracção num Estado terceiro” <sup>3</sup>.

É manifesto que a circunstância de um Estado recusar a extradição dos seus próprios cidadãos, exclusivamente com base neste vínculo jurídico-político, mas não a extradição de outros cidadãos da UE, envolve uma diferenciação de tratamento fundada na nacionalidade. No entanto — sublinhou o AG —, essa diferenciação não será ilegítima se for justificável em razão de “considerações objectivas, independentes da nacionalidade das pessoas envolvidas e proporcionadas ao objetivo legitimamente prosseguido” <sup>4</sup>.

Debruçando-se sobre os fundamentos da causa de recusa da nacionalidade, o AG sustentou que os mesmos passam pela preservação da soberania estadual, pela existência de obrigações recíprocas entre os Estados e os seus nacionais e pela ausência de confiança nos sistemas punitivos de outros Estados, cujos procedimentos e línguas são tipicamente estranhos a não nacionais e no contexto dos quais portanto,

---

<sup>3</sup> AG, *Petrubhin*, § 4.

<sup>4</sup> *Id.*, § 49, suportando-se em *Huber* (C-524/06), 16 de Dezembro de 2008, e demais acórdãos aí indicados.

estes “difícilmente podem defender-se” <sup>5</sup>. No entender do AG, esses fundamentos são, em abstracto, inteiramente compatíveis com a ideia de estender a protecção conferida pela causa de recusa da nacionalidade a outros cidadãos europeus <sup>6</sup>. Porém, o AG notou que existe um factor susceptível de legitimar uma diferenciação: a situação relativa dessas duas classes de sujeitos perante o objectivo de *prevenir a impunidade* <sup>7</sup>. Perante este objectivo, a situação daquelas duas classes de sujeitos só será comparável se, no caso de a extradição ser recusada, o Estado Membro requerido puder instaurar — dando assim expressão ao clássico princípio *aut dedere aut judicare* — um processo penal contra o cidadão do outro Estado Membro em termos idênticos àqueles em que poderia fazê-lo contra um seu próprio nacional.

No caso em análise, os cidadãos letões e outros cidadãos europeus não se encontravam em circunstâncias equivalentes perante tal objectivo, visto que, de acordo com o direito letão, os crimes em causa apenas poderiam ser objecto de um processo penal na Letónia se tivessem sido cometidos por um cidadão letão, um letão não-cidadão <sup>8</sup> ou um estrangeiro detentor de licença de residência permanente na Letónia. Uma vez que Aleksei Petruhhin não se enquadrava em nenhuma dessas categorias de sujeitos, o AG concluiu que a sua extradição não comportaria uma violação do direito europeu <sup>9</sup>.

## 1.2. O acórdão do Tribunal de Justiça

No dia 6 de Setembro de 2016, o TJUE deu a conhecer a sua decisão. Na sua essência, o Tribunal subscreveu o entendimento proposto

---

<sup>5</sup> *Id.*, § 51.

<sup>6</sup> *Id.*, § 52.

<sup>7</sup> Um designio que constitui o próprio fundamento do instituto da extradição, e que constitui, “seguramente”, um objectivo “legítimo no âmbito do direito da União” (*id.*, § 55), conforme decorre de jurisprudência do TJUE como *Spasic* (C-129/14 PPU), de 27 de Maio de 2014, §§ 58 e 72. Este factor, de resto, foi sublinhado por vários Estados Membros e pela Comissão Europeia no contexto deste processo.

<sup>8</sup> *Sc.*, antigos cidadãos soviéticos chegados à Letónia antes da independência deste Estado e que não optaram pela nacionalidade letã nem pela russa e que têm a possibilidade de se naturalizar: AG, *Petruhhin*, § 7.

<sup>9</sup> *Id.*, §§ 63 ss.

pelo AG. Porém, adoptou uma posição diferente quanto à actuação a empreender pelo Estado Membro a quem a extradição é pedida <sup>10</sup>. O Tribunal reiterou a ideia de que uma diferenciação de tratamento pode ser legitimada por factores objectivos e confirmou que evitar a impunidade é um objectivo atendível à luz do direito da União, mas inovou na apreciação da proporcionalidade de se extraditar para fora da União.

O Tribunal considerou que a instauração de um processo penal supletivo no Estado Membro a quem a extradição foi pedida não constitui a única medida capaz de evitar a impunidade, porquanto existe uma outra medida capaz de satisfazer esse desígnio com menor sacrifício para os princípios de direito europeu em causa (não discriminação e liberdade de movimento) do que a extradição para um Estado terceiro: pode igualmente evitar-se a impunidade oferecendo-se ao Estado Membro do qual a pessoa visada é nacional a possibilidade de emitir um MDE com vista à realização de um processo penal pelos factos que lhe são imputados. Assim, o alcance conferido pelo TJUE à ‘causa de recusa da cidadania europeia’ revelou-se mais amplo do que aquele que decorreria da Opinião do AG.

Para tanto, o TJUE baseou-se no artigo 3.º, n.º 2, TUE — que incumbe a EU de proporcionar aos seus cidadãos uma área de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas onde a liberdade de movimento seja garantida em conjugação com o controlo das fronteiras externas e a prevenção do crime — e no princípio da cooperação sincera — consagrado no artigo 4.º, n.º 3. Notou ainda o Tribunal que o MDE constitui a maior manifestação da cooperação em matéria penal na UE e que nada na respectiva Decisão-Quadro (DQ) obsta a que o Estado Membro do qual a pessoa visada por um pedido de extradição é nacional recorra a esse sistema num tal contexto. Por fim, o TJUE invocou o artigo 3.º, n.º 5, TUE, que encarrega a UE de defender e promover os seus valores e interesses e de proteger os seus cidadãos no âmbito das suas relações com Estados terceiros. Esta dimensão externa da acção da UE em matéria penal vem sendo gradualmente aprofundada através de instrumentos como acordos de

---

<sup>10</sup> Quanto ao que segue, *vd.* o acórdão do TJUE, §§ 18-50.

extradição, sendo que, na ausência de um tal instrumento a ligar a UE à Rússia, a protecção de cidadãos europeus, sem transigência na sua impunidade, contra medidas que os privam de direitos conferidos pelo direito europeu requer a aplicação de todo o arsenal de mecanismos de cooperação disponível dentro da União.

### 1.3. Análise

#### 1.3.1. A expansível jurisdição do TJUE

É possível identificar um constante, ainda que não linear, alargamento da jurisdição do Tribunal em matéria penal ao longo das décadas. O processo foi estruturalmente idêntico ao que se registou no domínio do antigo primeiro pilar <sup>11</sup>, não sendo exagerado falar-se, neste ponto, de uma “completa fusão entre mercado único e área de liberdade, segurança e justiça” <sup>12</sup>. Se em grande medida isto constituiu uma consequência directa da gradual ampliação, através dos Tratados, das competências legislativas da União em matéria penal, a verdade é que, pelo caminho, o TJUE se foi arrogando jurisdição sobre situações que não lhe tinham sido inequivocamente confiadas por esses instrumentos primários, o que nem sempre foi bem acolhido pelos Estados Membros <sup>13</sup>. Com *Casati*, o Tribunal mostrou que qualquer situação que interferisse com princípios fundamentais de direito europeu estaria sujeita à sua jurisdição. Decidiu-se aí que, apesar de o direito e o processo penais permanecerem competências primaciais dos Estados Membros, o direito da UE pode impor-lhes os limites que se revelem necessários para proteger a liberdade de movimento <sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> *Vd.* LARS BAY LARSEN, “Judicial control within the European penal area”, in Stefan Braum / Anne Weyembergh (eds.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles: Ed. de l'Université, 2009, p. 20.

<sup>12</sup> ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge: Intersentia, 2016, p. 21.

<sup>13</sup> *Vd.* VALSAMIS MITSILEGAS, “The Transformation of Criminal Law in the ‘Area of Freedom, Security and Justice’”, *Yearbook of European Law* n.º 6 (2007), p. 1 ss.; ADAM ŁAZOWSKI, “Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA Area”, in Stefan Braum / Anne Weyembergh (eds.), *op. cit.*, p. 211 ss.

<sup>14</sup> TJUE, *Casati* (C-203/80), 11 de Novembro de 1981, §§ 26 ss.



No que especificamente respeita à extradição, a questão estava já sobre a mesa antes do caso *Petruhhin*. Na verdade, apesar de ter chegado mais tarde ao TJUE, foi o caso *Pisciotti* que lançou essa discussão<sup>15 16</sup>. O cidadão italiano Romano Pisciotti contestara sem sucesso, tanto perante tribunais alemães como perante instâncias europeias, a conformidade com o direito europeu da sua extradição da Alemanha para os EUA. Os seus esforços surtiram por fim algum efeito numa acção intentada junto do Tribunal Regional de Berlim. Pisciotti procurou aí não apenas contestar a sua extradição, mas também obter uma indemnização do Estado alemão. O Tribunal de Berlim declarou-se incompetente relativamente à primeira questão mas competente relativamente à segunda, e foi por referência a esta que dirigiu ao TJUE um pedido de decisão prejudicial. Nesse momento tinham já chegado ao Luxemburgo dois outros pedidos: *Petruhhin*, agora em análise, e *Schotthöfer & Steiner*, que se examinará adiante. Emergira um padrão, com vários tribunais nacionais a denotarem ser seu entendimento que o direito da União poderia de facto ser aplicável à matéria da extradição<sup>17</sup>.

Em face da jurisprudência iniciada em *Casati*, das opiniões manifestadas na doutrina a favor da tese da aplicabilidade e da própria proliferação de pedidos de decisões prejudiciais, a decisão do TJUE de se considerar competente para conhecer questões relativas à extradição não pode considerar-se inesperada. Ainda assim, deve sublinhar-se que,

---

<sup>15</sup> *Vd.* CHRISTIAN RITZ / BERNARDO VASCONCELOS, “Extradition discrimination? Pisciotti’s legal battle continues as Regional Court of Berlin refers questions of fundamental EU law principles to the CJEU”, *European Competition Law Review* n.º 37 (2016), p. 278 ss., afirmando que, mesmo antes do caso *Pisciotti*, esta questão se debatia já na doutrina alemã, com vários autores a pugnam pela tese da aplicabilidade.

<sup>16</sup> Há um outro tipo de situações — conceptualmente autónomo, todavia, em relação àquelas que se tratam aqui, e mais próximo, antes, das proibições de extraditar previstas na CDFUE — em que o TJUE tem jurisdição sobre casos de extradição: as relativas a refugiados, que se regem pelas regras de direito europeu atinentes ao asilo: *vd.* STEVE PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law — vol. I: EU Immigration and Asylum Law*, Oxford: University Press, 2016, p. 232 ss.

<sup>17</sup> Note-se que são estritamente os tribunais dos Estados Membros, não o próprio TJUE, quem decide se dada questão deve ser objecto de decisão prejudicial: cf. ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law... op. cit.*, p. 139.

durante o procedimento junto do Tribunal em *Petruhhin*, os Governos de vários Estados Membros manifestaram o entendimento oposto e, perante esta relutância — cujo peso, num momento crítico como aquele que o processo de integração europeia atravessa, é notório —, a posição acolhida pelo Tribunal não deixa de poder considerar-se ousada. Particularmente quando se nota que existia uma particularidade neste caso que o distinguia de outros pelo Tribunal decididos no passado: era aqui aplicável um tratado internacional entre o Estado Membro e o Estado terceiro, o que produzia um cenário ‘Catch-22’ em que qualquer das decisões possíveis de serem tomadas pelo Estado Membro — *sc.* cumprir com o direito europeu, ou cumprir com o tratado de extradição — implicariam necessariamente a violação da outra <sup>18</sup>.

### 1.3.2. A causa de recusa da cidadania europeia

#### a) Uma nova causa de recusa?

O acórdão *Petruhhin* fez, pois, impender sobre os Estados Membros uma proibição de extraditar cidadãos nacionais de outros Estados Membros. No entanto, de um ponto de vista conceptual, creio que não será muito rigoroso falar-se aqui de uma *nova* causa de recusa da extradição, uma vez que o seu fundamento não é autónomo. Ele decorre, antes, do de uma causa de recusa já existente (a causa de recusa da nacionalidade), a qual integra o arsenal clássico de causas de recusa usado pela maioria dos Estados.

A meu ver, a causa de recusa da cidadania europeia será mais correctamente compreendida como uma extrapolação daquela tradicional causa de recusa para uma escala europeia, produzida por princípios fundamentais de direito europeu. Convém a este propósito

---

<sup>18</sup> Alusão a esta conhecida sátira é também feita por HARMEN VAN DER WILT, “On the Hierarchy between Extradition and Human Rights”, in Erika De Wet / Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford: University Press, 2012, p. 148, para ilustrar um outro conflito que marca o direito da extradição: o conflito entre obrigações de extraditar decorrentes de convenções internacionais e obrigações de proteger direitos humanos igualmente decorrentes de convenções internacionais.

sublinhar que nem o AG nem o TJUE em qualquer momento afirmaram, ou sequer sugeriram, que os Estados Membros *deveriam* recusar a extradição de nacionais *seus* para Estados terceiros; apenas que, se o fizerem, então deverão dispensar tratamento comparável aos demais cidadãos europeus.

### **b) Uma proibição de extraditar os próprios nacionais?**

Há todavia quem tenha sugerido — com base em jurisprudência do TJUE, não sobre liberdade de movimento e proibição de discriminação, mas sobre cidadania europeia num sentido mais estrito, em particular com base no acórdão *Zambrano* <sup>19</sup> — que o direito europeu proíbe os Estados Membros de extraditarem os seus *próprios nacionais* (e, conseqüentemente, outros cidadãos europeus), sob pena de aqueles se verem privados da sua cidadania europeia <sup>20</sup>. No entanto, o acórdão *Petruhhin* não se suportou nessa linha jurisprudencial e, a meu ver, acertadamente.

Da jurisprudência iniciada em *Zambrano* e, num certo sentido, já em *Rottmann* <sup>21</sup> decorre, de facto, que o direito europeu pode interferir em situações ‘puramente internas’ — particularmente em situações de ‘discriminação invertida’, em que os sujeitos comparativamente desfavorecidos são os nacionais do próprio Estado Membro em causa — e que a produção dos efeitos imanescentes ao estatuto de cidadão europeu não requerem que a liberdade de movimento de direito europeu tenha sido exercida <sup>22</sup>. No entanto, a extradição de nacionais não envolve qualquer espécie de discriminação, directa ou invertida, uma vez que o

---

<sup>19</sup> TJUE (C-34/09), 11 de Março de 2011, §§ 36 ss.

<sup>20</sup> Vd. STEVE PEERS, “Extradition to non-EU countries: the limits imposed by EU citizenship”, in *EU Law Analysis*, 7 de Setembro de 2016, embora notando que os limites previstos em *Petruhhin* se aplicam também aqui “por analogia”, de sorte que a extradição pode ter lugar se isso for necessário para evitar a impunidade.

<sup>21</sup> TJUE (C-135/08), 2 de Março de 2010.

<sup>22</sup> Vd. KOEN LENAERTS, “‘Civis Europaeus Sum’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union”, in Pascal Cardonnel / Allan Rosas / Pernilla Lindh (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford: Hart, 2012, p. 213 ss.; mas cf. com a (menos terminante a este respeito) posição de FRANÇOIS BILTGEN, “Citizenship of the Union and Purely Internal

Estado Membro em causa também extraditará cidadãos de outros Estados Membros.

Contra isto poderia argumentar-se que o facto de certos Estados Membros extraditarem nacionais seus enquanto outros Estados Membros o não fazem constrange a liberdade de movimento dos nacionais do primeiro conjunto de Estados, na medida em que estes se abstenham de exercer essa liberdade por medo de serem extraditados. Sucede que nenhum Estado Membro é em si mesmo responsável por essa discrepância. É certo, além disso, que o facto de o primeiro conjunto de Estados ser minoritário não torna a sua posição menos legítima: se de tais Estados pudesse exigir-se que aderissem ao regime jurídico mais ‘protectivo’ existente na UE, isso significaria que o sistema jurídico nacional que regule uma dada situação do modo mais protectivo determinaria, desse passo, o nível de protecção que deveria ser proporcionado por todos os outros Estados Membros. Significaria, pelo menos, que o sistema jurídico de origem de um dado cidadão europeu que se desloque para outro Estado Membro prevaleceria sobre o sistema jurídico deste último Estado sempre que excedesse o nível de protecção por ele proporcionado. Isto constituiria algo como um princípio de reconhecimento mútuo de *sistemas jurídicos* <sup>23</sup>, que não já um princípio de reconhecimento mútuo de *decisões judiciais*.

Um tal conceito manifestamente não decorre do direito europeu, nem mesmo do secundário. Bem pelo contrário, o TJUE decidiu já em várias ocasiões que a mera circunstância de o direito nacional de um Estado Membro prever regras menos favoráveis do que as que se encontram em vigor em outros Estados Membros não viola a proibição de discriminação <sup>24</sup>. Assim, se, por exemplo, um nacional e residente de determinado Estado Membro for detido num outro Estado Membro em virtude de um MDE, as regras que se aplicam à execução desse

---

Situations — Discrimination of One’s Own Citizens?”, *New Journal of European Criminal Law* n.º 7 (2016), p. 151 ss.

<sup>23</sup> Marcado por um princípio de tratamento mais favorável.

<sup>24</sup> *Vd. e.g.* TJUE, *van Dam & Others* (C-185 to 204/78), 3 de Julho de 1979, § 10; *Oebel* (C-155/80), 14 de Julho de 1981, § 9; *Peralta* (C-379/92), 14 de Julho de 1994, § 48; antes de todos esses, embora menos explícito, também *Wilhelm & Others* (C-14/68), 13 de Fevereiro de 1969, § 13.

MDE — desde logo, as causas de recusa — são, obviamente, as que se encontram em vigor neste último Estado Membro, independentemente das que se apliquem no primeiro ou em qualquer outro.

Por outro lado, é necessário estabelecer uma diferença entre uma simples denegação a um cidadão europeu (seja cidadão efectivo, seja aspirante a cidadão) do direito de residir num Estado Membro (seja naquele de que é nacional, seja num outro), como acontecia no caso *Zambrano*, e uma situação em que um cidadão europeu é procurado num terceiro Estado pela prática de um crime (em particular, quando este aí tenha sido cometido). Mesmo no contexto dos direitos humanos — e não existe um direito humano a não ser extraditado pelo próprio Estado —, a extradição é vista como crucial num contexto de crescente criminalidade transnacional. De tal maneira que, mesmo entidades como o TEDH, cuja função primacial é a defesa dos direitos humanos, reconhecem que isso influencia o âmbito desses direitos, comprimindo-os <sup>25</sup>. Esta orientação jurisprudencial é, na verdade, referida pelo AG na sua Opinião sobre *Petruhhin* <sup>26</sup>. Serve isto para firmar que a extradição, diversamente do que acontece com outros mecanismos a que é em certos aspectos idêntica, como a expulsão e a deportação, pressupõe que um dado Estado seja titular de uma legítima pretensão punitiva cuja satisfação requer uma acção positiva por parte do Estado onde a pessoa visada se encontra. Assim, se este Estado não levantar objecções de princípio quanto a extraditar os seus próprios nacionais, e firmado que está já o facto de que isso não viola qualquer princípio ou liberdade de direito europeu, é difícil vislumbrar como e em que termos poderia o direito europeu impor-lhe que não os extradite.

Por fim, a extradição não conduz à perda de cidadania. Apenas — embora isso não seja pouco — à transferência do cidadão para outra jurisdição.

---

<sup>25</sup> Vd. e.g. TEDH, *Soering v. Reino Unido*, 7 de Julho de 1989, §§ 86 ss., TEDH, *Trabelsi v. Bélgica*, 4 de Setembro de 2014, § 117; TEDH, *Elorza v. Espanha*, 12 de Dezembro de 2017, § 111; Comité dos Direitos Humanos da ONU, *Giry*, 20 de Julho de 1990, §38; Tribunal Inter-Americano dos Direitos Humanos, *Wong Ho Wing*, 28 de Maio de 2010, §16, e 29 de Janeiro de 2014, §13.

<sup>26</sup> AG, *Petruhhin*, § 56.

### c) ‘*Civis europaeus sum*’?

Houve quem defendesse que a extradição de cidadãos europeus deveria ser recusada independentemente de tal recusa poder conduzir a impunidade. Corresponderia isto a uma proclamação irrestrita da noção condensada no aforismo ‘*civis europaeus sum*’<sup>27</sup>. Porém, uma vez firmada a ideia de que os desenvolvimentos de direito europeu em análise têm natureza derivada (no sentido de que têm a sua génese em regras criadas no plano nacional), aquela posição — independentemente da opinião que se perfilhe sobre a adequação da causa de recusa da nacionalidade ao mundo actual<sup>28</sup> — não pode ser acompanhada.

Em primeiro lugar, jurisdição e extradição não podem nunca ser desligadas por completo uma da outra. Elas constituem duas faces da mesma moeda, dois meios conducentes a um mesmo fim, que é o de evitar a impunidade. Esta relação intrínseca constitui a essência da velha fórmula ‘*aut dedere aut punire*’, que actualmente recebe concretização em conceitos como o de administração supletiva da justiça penal, segundo o qual um Estado adquire jurisdição e pode instaurar um processo penal sobre factos que não têm qualquer contacto com o seu ordenamento jurídico, mas pelos quais recebe um pedido de extradição que não pode conceder<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Vd. FRANZ LEIDENMÜHLER / SANDRA GRAFENEDER, “*Civis europaeus sum!* — Current legal issues relating to the extradition of citizens of the Union to third States. Discussion of the Cases C-182/15, *Petruhhin*; C-473/15, *Schotthöfer & Steiner*; C-191/16, *Pisciotti*”, *European Legal Forum* n.º 3 (2016), p. 58 ss., escrevendo após a publicação da Opinião do AG, mas antes da do acórdão do TJUE no caso *Petruhhin*.

<sup>28</sup> Sobre esta questão, poderá ver-se MIGUEL JOÃO COSTA, *Extradition Law — Reviewing Grounds for Refusal of Extradition from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Leiden: Brill | Nijhoff, 2019, p. 547 ss..

<sup>29</sup> Esta base de jurisdição foi acolhida no Código Penal português em 1998, constando actualmente do seu artigo 5.º, n.º 1, al. f). Sobre esta base de jurisdição, vd. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 228 s.; PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010, p. 238 ss. e 333 ss.; e MIGUEL JOÃO COSTA, *Dedere Aut Judicare? A Decisão de Extraditar ou Julgar*

No que especificamente diz respeito à relação entre a base de jurisdição ‘nacionalidade activa’ e a causa de recusa ‘nacionalidade do extraditando’, é verdade que há autonomia entre elas. Que a primeira não é uma mera compensação da segunda é nítido por exemplo a partir dos seguintes elementos: os Estados podem geralmente exercer jurisdição fundada na nacionalidade do agente independentemente de receberem um pedido de extradição relativamente aos factos que lhe são imputados (diversamente do que acontece com a administração supletiva da justiça penal); alguns Estados têm esta base de jurisdição mas não a tradição de não extraditar nacionais seus <sup>30</sup>; vários Estados podem até mover processos penais contra nacionais seus por factos praticados no estrangeiro ainda que tais agentes não sejam encontrados no seu território (o que pode envolver a emissão de um pedido de extradição).

Porém, a nacionalidade enquanto base de jurisdição e a nacionalidade enquanto causa de recusa da extradição tendem a surgir concomitantemente em vários ordenamentos jurídicos, com a nacionalidade activa a permitir mover processos penais por factos que a causa de recusa da nacionalidade de outro modo deixaria que ficassem impunes. Isto dificilmente poderá ler-se como uma pura coincidência. De facto, é muito duvidoso que, num mundo crescentemente integrado, a causa de recusa da nacionalidade pudesse ter conservado a popularidade de que ainda goza se os seus efeitos não fossem tendencialmente mitigados pela existência de jurisdição fundada na nacionalidade do

---

*à luz do Direito Português, Europeu e Internacional*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2014, p. 56 ss. No contexto de outros ordenamentos jurídicos, *vd. e.g.* ALBIN ESER, “Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective”, *Harvard International Law Journal* n.º 31 (1990), p. 120 ss.; JÜRGEN MEYER, “The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction”, *Harvard International Law Journal* n.º 31 (1990), p. 116 ss.; CHRISTOPHER L. BLAKESLY / OTTO LAGODNY, “Competing National Laws: Network or Jungle?”, in Albin Eser / Otto Lagodny (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg: Society for the Reform of Criminal Law/ Max-Planck-Institut, 1992, p. 66 ss.; MARC HENZELIN, *Le principe de l’universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l’université*, Basel: Schulthess, 2001, p. 244, *et passim*.

<sup>30</sup> *E.g.*, a Dinamarca: *vd.* MIGUEL JOÃO COSTA, “The Emerging EU Extradition Law...”, *op. cit.*, p. 199.

agente: a lacuna de punibilidade que então se abriria seria intolerável tanto da perspectiva do Estado que é lesado pelo crime como da do Estado que alberga o seu possível autor. E são disto sintoma os seguintes elementos: vários instrumentos normativos prevêem que a recusa da extradição com base na nacionalidade deve ser compensada pela instauração de um processo penal <sup>31</sup>; ao longo das últimas décadas desenvolveram-se mecanismos de cooperação que envolvem uma delegação de jurisdição por parte do Estado lesado no Estado que tem a custódia da pessoa <sup>32</sup>, bem como bases de jurisdição inovadoras, como a universal e, de novo, a supletiva.

Além disso, e muito importantemente, em casos como *Petruhhin*, conforme já referido, ocorre uma situação ‘Catch-22’, o que significa que uma recusa da extradição seguida de uma completa ausência de acção punitiva por parte do Estado da custódia compromete o objectivo de evitar a impunidade não apenas de um modo simbólico ou abstracto, mas na sua forma mais tangível e concreta: a violação de uma obrigação internacional.

Estas razões afiguram-se mais do que suficientes para que o TJUE tenha condicionado a recusa de extraditar cidadãos europeus às situações em que daí não advenha impunidade. Por outro lado, o facto de essa condição ter sido exigida constitui prova adicional do carácter derivado desta ‘nova’ causa de recusa europeia. Se os desenvolvimentos em análise fossem uma estrita inerência do conceito de cidadania europeia, o TJUE não precisaria de ter subordinado a sua operabilidade a condição alguma. De facto, não obstante a sua estreita relação, jurisdição e extradição preservam uma autonomia que é visível no plano normativo. Os Estados que protegem os seus nacionais contra a extradição tendem a fazê-lo de maneira incondicionada, frequentemente nas suas Constituições <sup>33</sup>. É certo que, do mesmo passo,

---

<sup>31</sup> *Vd. e.g.* o artigo 6.º, n.º 2, da Convenção de Extradicação do Conselho da Europa de 1957, e o artigo 4.º, alínea a) do Tratado Modelo de Extradicação da ONU.

<sup>32</sup> *Vd. e.g.* o Tratado Modelo sobre a Transmissão de Processos Penais da ONU.

<sup>33</sup> É o caso de Portugal, onde esta regra se encontra mesmo prevista no catálogo dos direitos, liberdades e garantias: *vd.* o artigo 33.º, n.º 3, da Constituição, concretizado no artigo 32.º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 ss. da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto: LCJ).



tendem a arrogar-se a prerrogativa de instaurar processos penais contra esses nacionais. Contudo, aquela protecção, em si mesma, não depende desta prerrogativa, a qual decorre geralmente de normas infraconstitucionais <sup>34</sup>.

O cenário é bem diferente com a causa de recusa da cidadania europeia ‘revelada’ pelo TJUE em *Petruhhin*: ela faz emergir uma protecção contra a extradição, mas apenas *se* os factos em causa puderem ser objecto de um processo penal dentro do espaço europeu. Trata-se aqui de uma autêntica obrigação *aut dedere aut judicare*, onde uma das duas acções disjuntivas — extraditar a pessoa, ou apurar a sua responsabilidade penal — tem por força de ser possível. Uma peculiaridade em relação a outras versões mais tradicionais desta obrigação é que a opção ‘*judicare*’, quando disponível, assume prioridade: *primo judicare, secundo dedere* <sup>35</sup>. Outra particularidade é que essa opção pode ser exercida não apenas pelo Estado que tem a custódia da pessoa mas também por outro Estado, com recurso ao sistema do MDE, o que significa — muito originalmente — que o exercício da opção ‘*judicare*’ pode, ele próprio, envolver uma ‘*deditio*’.

#### d) Conclusão — Uma ‘reacção química’

Em conclusão, este desenvolvimento de direito europeu não decorre estrita ou predominantemente da cidadania europeia enquanto tal, mas da causa de recusa da nacionalidade aplicada por alguns Estados Membros. O seu contacto com o composto formado pela liberdade de movimento e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade <sup>36</sup> provoca, como que por reacção química, uma causa de recusa da cidadania europeia, que, consequentemente, se aplica apenas na medida desse contacto. Assim compreendido, este desenvolvimento de direito europeu não deverá qualificar-se como uma camada adicional na linha evolutiva da cidadania

<sup>34</sup> Prevista entre nós no art. 5.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal.

<sup>35</sup> O exacto oposto do que acontece com a regra da administração supletiva da justiça penal (prevista, entre nós, no artigo 5.º, n.º 1, alínea f), do Código Penal).

<sup>36</sup> Combinação esta que é classificada por ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law... op. cit.*, p. 530 ss., como uma “5.ª liberdade”.

européia <sup>37</sup>, como um sinal de que este estatuto está na iminência de assumir um carácter pleno, idêntico ao da nacionalidade <sup>38</sup>.

Não que este desenvolvimento não seja altamente emblemático. A protecção contra sistemas sancionatórios estrangeiros conferida pela causa de recusa da nacionalidade continua a ser um dos atributos mais icónicos da ligação entre os Estados e os seus nacionais, sendo que agora, no âmbito da UE, adquiriu uma dimensão regional. Isso, porém, não muda o facto de que a cidadania europeia, por si só, não gera esse tipo de protecção.

### 1.3.3. Outras questões

A concisão impede que sejam aqui exploradas todas as implicações que se vislumbra poderem decorrer do acórdão *Petruhhin* <sup>39</sup>, mas justifica-se deixá-las brevemente ilustradas.

#### a) Âmbito de aplicação

Em primeiro lugar importa notar que do acórdão *Petruhhin* não decorre imediatamente qual é o seu âmbito de aplicação. Visto que o princípio firmado neste acórdão requer que seja aplicável uma causa de recusa da nacionalidade no Estado Membro a quem a extradição é pedida, só é possível obter uma noção do seu âmbito de aplicação depois de se apurar se — e, se sim, até que ponto — os Estados Membros têm em vigor nos seus arranjos de extradição uma causa de recusa da nacionalidade. Por outro lado, como aquele princípio requer a

---

<sup>37</sup> Uma história da cidadania europeia, anteriormente a este desenvolvimento, é oferecida em THÉRÈSE BLANCHET, “From Workers to Citizens — The Evolution of European Citizenship”, *New Journal of European Criminal Law* n.º 7 (2016), p. 142 ss., onde se identificam cinco “camadas” fundamentais nessa linha evolutiva.

<sup>38</sup> Mas cf., diversos, CHRISTIAN RITZ / BERNARDO VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 281, afirmando que uma decisão como a que veio a ser proferida em *Petruhhin* constituiria “another important milestone in the path to complete European Citizenship”.

<sup>39</sup> Para um exercício desse género, *vd.* MIGUEL JOÃO COSTA, “The Emerging EU Extradition Law...”, *op. cit.*, p. 202 ss.; ANDRÉ KLIP, “Europeans First!: *Petruhhin*, an Unexpected Revolution in Extradition Law”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017), p. 195 ss.

não verificação de uma situação de impunidade dentro da EU, uma noção desse âmbito de aplicação também só poderá ser obtida depois de se apurar se — e, se sim, até que ponto — os Estados Membros têm jurisdição penal fundada nos princípios da administração supletiva da justiça penal e/ou da nacionalidade activa.

Uma análise dos sistemas jurídicos de uma amostra significativa de Estados Membros sugere que uma grande parte deles aplica a causa de recusa da nacionalidade nas suas relações de extradição com terceiros Estados e tem bases de jurisdição capazes de obviar ao risco de impunidade <sup>40</sup>. Ou seja, que estão reunidas as condições para que o princípio firmado em *Petruhhin* tenha ampla aplicação.

### **b) Modo de aplicação**

Quanto ao exacto modo de funcionamento do princípio firmado em *Petruhhin*, variadíssimas questões se colocam. Desde logo, não ficou assente se esse princípio se aplicaria a situações em que a extradição seja pedida para efeitos, não da realização de um processo penal, mas da execução de uma pena já aplicada. Uma resposta afirmativa era expectável e o TJUE confirmou-o já, no acórdão *Raugevicius*.

Depois, não ficou claro se apenas se exige ao Estado Membro a quem a extradição é pedida que dê ao Estado Membro de quem a pessoa visada é nacional a oportunidade de emitir um MDE, ou se, caso isto não aconteça, lhe é exigido que realize ele próprio, caso possa, um processo penal. O acórdão *Pisciotti* veio dar a entender que apenas a primeira acção é exigida ao Estado Membro requerido. Nesse caso, porém, permanece por determinar se o Estado Membro da nacionalidade tem um autêntico dever, ou uma mera faculdade de emitir o MDE e, desse modo, evitar a extradição do seu cidadão. Estas questões esperam presentemente resposta no caso BY (C-398/19).

Também não ficou claro em que precisas condições pode a condição da não impunidade dar-se por satisfeita. No caso *Schotthöfer &*

---

<sup>40</sup> Vd. MIGUEL JOÃO COSTA, “The Emerging EU Extradition Law...”, *op. cit.*, p. 200 ss., com referência aos sistema jurídicos dos seguintes Estados Membros: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlândia, Itália, Lituânia, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Roménia e Suécia.

*Steiner* levantava-se esta questão por referência à regra *ne bis in idem*, mas a dúvida, também aí, não foi desfeita <sup>41</sup>.

Particularmente importante é a questão de saber se o princípio firmado em *Petruhhin* se aplica em situações em que o Estado Membro do qual a pessoa visada é nacional não recusaria a sua extradição caso ela lhe fosse pedida. A causa de recusa da cidadania europeia foi acima caracterizada como uma “reacção química” que se dá quando uma causa de recusa da nacionalidade aplicável no plano nacional contacta com dois elementos de direito europeu: a proibição de discriminação e a liberdade de movimento. Vimos que a causa de recusa da cidadania europeia não tem aplicação em situações em que o Estado Membro a quem a extradição é pedida pudesse extraditar os seus próprios nacionais, pois nessa hipótese não se verifica qualquer *discriminação*. A questão agora colocada é outra, reportando-se, não já ao Estado Membro que tem a custódia da pessoa, mas àquele do qual esta é nacional. A meu ver, a resposta é, aqui, igualmente negativa, agora em virtude da *liberdade de movimento*, na medida em que uma pessoa não pode sentir-se dissuadida de se movimentar para um determinado Estado Membro em razão de esse Estado Membro não lhe oferecer uma protecção que já não lhe era oferecida pelo próprio Estado Membro de origem <sup>42</sup>.

### c) Impacto sobre os ordenamentos jurídicos nacionais

Embora do acórdão *Petruhhin* não decorra para os Estados Membros uma obrigação de alterarem a sua legislação, o acórdão pode incentivá-los a fazerem alguns ajustamentos, tanto em matéria de extradição como de jurisdição.

#### (i) *Em matéria de extradição*

Quanto à primeira, cumpre notar que a não extradição de nacionais é um princípio bastante enraizado em vários Estados Membros

---

<sup>41</sup> *Vd. infra*, § 2.

<sup>42</sup> Neste sentido parece também pronunciar-se MARKUS RÖHRIG, “Nowhere to Hide? Extradition in Antitrust Cases from a European Perspective”, *Journal of European Competition Law and Practice* n.º 6 (2015), p. 173.

e que, em vários deles, tem mesmo dignidade constitucional. A sua abolição é, pois, muito improvável. Considerando que, de acordo com a análise acima exposta, o princípio firmado *Petruhhin* não se aplica quando o próprio Estado Membro do qual o sujeito é nacional não recusaria a sua extradição, então este acórdão pode até pôr alguma pressão sobre tais Estados Membros para que ampliem as suas possibilidades de recusar a extradição de nacionais, de modo a evitar que estes beneficiem — dizendo-o de modo grosseiro — de ‘menos direitos’ do que outros cidadãos da UE.

No entanto, a tendência actual é a da mitigação da causa de recusa da nacionalidade <sup>43</sup>, tendência de que é paradigmático exemplo justamente a UE e o seu mecanismo interno de extradição, o MDE <sup>44</sup>. Deste prisma, *Petruhhin* constitui um desenvolvimento contra-cíclico. Traça-se aí uma linha entre a EU e os demais espaços jurisdicionais, em que a primeira se arroga primazia (ainda que por razões mais protectivas do que punitivas) na realização de processos penais relativos a crimes cometidos no território das segundas. Como tal, e tendo em conta que os Estados Membros poderão não apreciar o facto de se verem forçados a recusar a extradição de pessoas que não são seus nacionais a Estados que são seus históricos parceiros de cooperação, este acórdão poderá estimular certos Estados Membros a mitigar, em certos aspectos, as suas proibições de extraditar nacionais. Até porque tais recusas poderão atrair consequências negativas em termos de reciprocidade: pode por exemplo acontecer que certos Estados terceiros passem a recusar a extradição de cidadãos de outros Estados terceiros com quem tenham especiais relações de afinidade jurídica e política — o que em certa medida já acontece, por exemplo, no contexto da cooperação entre os países nórdicos, bem como entre

---

<sup>43</sup> *Vd. e.g.* UN Office on Drugs and Crime, “Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters”, Siracusa, 2002, p. 24.

<sup>44</sup> Outro exemplo é a cooperação entre os Estados nórdicos (*sc.* Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia): cf. *e.g.* JØRN VESTERGAARD / SILVIA ADAMO, “Mutual Recognition in Criminal Matters: The Danish Experience”, *Scandinavian Studies in Law* n.º 54 (2009), p. 431 ss., GJERMUND MATHISEN, “Nordic Cooperation and the European Arrest Warrant: Intra-Nordic Extradition, the Nordic Arrest Warrant and Beyond”, *Nordic Journal of International Law* n.º 79 (2010), p. 1 ss.

Portugal e o Brasil, ao abrigo do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, de 22 de Abril de 2000 (*vd.* o artigo 18.º) <sup>45</sup>.

O carácter extrapolado ou derivado da causa de recusa da cidadania europeia, porém, permite que os Estados Membros impeçam estas consequências, pois se eliminarem a sua causa de recusa da nacionalidade, impedirão a sua extrapolação para a escala europeia. Os Estados Membros foram colocados numa posição desconfortável: eles podem neutralizar a nova proibição de extraditar cidadãos europeus, mas para isso teriam de abandonar a sua velha tradição de não extraditar nacionais.

## (ii) *Em matéria de jurisdição*

Neste plano, a primeira observação que se impõe é a de que o acórdão *Petruhhin* poderá levar alguns Estados Membros a restringirem o âmbito da regra da *administração supletiva da justiça penal*, de modo a evitarem realizar processos penais (com o inerente dispêndio de meios materiais e humanos) relativos a factos sobre os quais não têm qualquer interesse punitivo e que, não fora o acórdão *Petruhhin*, decerto não teriam de realizar.

Contudo, os aspectos mais interessantes em matéria de jurisdição relacionam-se com a regra da *nacionalidade activa*. No que diz respeito à relação entre os Estados Membros e os seus nacionais, a possibilidade, trazida pelo acórdão *Petruhhin*, de emitir um MDE com vista a evitar a extradição para um Estado terceiro representa como que uma ‘causa de recusa da nacionalidade de braço longo’: a protecção conferida por esta tradicional causa de recusa da extradição pode agora ser exercida não apenas quando os nacionais de um Estado Membro se encontrem no seu território, mas também quando os mesmos se encontrem no território de outro Estado da UE. Isto poderá levar alguns Estados Membros a ampliarem o âmbito da sua jurisdição sobre factos cometidos pelos seus nacionais, a fim de ampliarem

---

<sup>45</sup> Neste sentido, o princípio estabelecido em *Petruhhin* não constitui uma absoluta idiossincrasia do direito europeu, mas é antes, também, expressão de um conceito já existente e com potencial aplicação nas relações de cooperação de outras constelações de Estados.

o âmbito da protecção que são capazes de conferir-lhes contra a extradição para Estados terceiros <sup>46</sup>.

A este propósito, há um ponto de especial interesse para o sistema jurídico português. Todos os Estados Membros, em maior ou menor medida, têm jurisdição sobre factos cometidos pelos seus nacionais no estrangeiro. Esta prerrogativa é necessária para assegurarem a “manutenção da paz e da segurança geral” das suas comunidades, desígnios estes que ainda são colocados em risco pela prática de tais factos <sup>47</sup>. No entanto, os Estados tendem a sujeitar a nacionalidade activa a certos limites destinados a contribuir para a (justificadíssima) primazia do princípio da territorialidade. Entre tais limites encontram-se normalmente o de que os factos em questão sejam criminalizados no *locus delicti* <sup>48</sup> e o de que a extradição não possa ser concedida <sup>49</sup>. Diferentemente do que acontece com a larga maioria dos Estados Membros, Portugal limita ainda a nacionalidade activa à condição de que o agente

---

<sup>46</sup> Incidentalmente, isto suscita a questão de saber se o facto de os Estados Membros terem jurisdição sobre os seus nacionais mas não sobre outros cidadãos europeus pode considerar-se um caso de ‘discriminação invertida’. A questão foi já objecto de resposta (negativa) por parte do TJUE, particularmente em *Peralta* (*cit.*), mas porventura valerá a pena revisita-la, atenta a dimensão protectiva que o acórdão *Petruhhin* veio conferir ao próprio conceito de jurisdição em matéria penal.

<sup>47</sup> PEDRO CAEIRO, *Fundamento...* *op. cit.*, p. 203 ss.

<sup>48</sup> Sem este limite, os Estados disporiam como que de uma prerrogativa (típica de modelos autoritários de Estado) de vigilância sobre os seus nacionais, que então se veriam adstritos a “transportarem a todo o tempo consigo o seu ordenamento jurídico-penal”: HELMUT SATZGER, *International and European Criminal Law*, München: Nomos, 2012, p. 20. Este requisito honra o princípio da territorialidade na sua ‘dimensão negativa’, na medida em que impede que uma conduta que não é punível no *locus delicti* não seja punida noutros lugares: *vd.* INÊS FERREIRA LEITE, *O Conflito de Leis Penais. Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 29. Na situação em análise neste artigo, esta condição estará sempre satisfeita, visto que o Estado requerente é em princípio o do *locus delicti* e que este Estado, em princípio, não viria pedir a extradição se os factos não fossem criminalizados no seu ordenamento jurídico.

<sup>49</sup> Esta condição presta também tributo ao princípio da territorialidade, pois garante que o Estado com jurisdição territorial, caso peça a extradição, terá prioridade sobre a jurisdição do Estado requerido fundada na nacionalidade activa e só não obterá a extradição caso se verifique alguma outra causa de recusa. Esta condição está também, por definição, satisfeita nos casos em análise neste artigo, uma vez que a causa de recusa da cidadania europeia impede a extradição.

seja encontrado no seu território, condição esta que traduz uma visão segundo a qual apenas o regresso do agente à sua comunidade justifica a activação do poder punitivo desta. Tal condição implica, logicamente, que Portugal não possa emitir pedidos de extradição ou MDE's por esses factos. Caso deseje ampliar as suas possibilidades de utilizar a 'causa de recusa da nacionalidade de braço longo' trazida pelo acórdão *Petruhhin*, Portugal poderia deixar de condicionar a sua regra da nacionalidade activa a essa condição <sup>50</sup>.

O mais interessante, contudo, é que talvez isso nem seja necessário para este efeito, dado o intuito protectivo do princípio firmado em *Petruhhin*. É discutível se as normas que estabelecem a jurisdição penal do Estado estão sujeitas ao princípio da legalidade criminal: essas normas não criminalizam comportamentos, mas formam uma "unidade funcional" <sup>51</sup> com as normas que o fazem, de modo que é a conjugação dessas duas categorias de normas que determina *quem pode ser punido por que Estado por que factos*. Acontece que o princípio da legalidade visa evitar efeitos prejudiciais para o indivíduo (*in malam partem* <sup>52</sup>), enquanto em casos como *Petruhhin*, como se viu, à emissão de um MDE por parte de um Estado Membro com base na nacionalidade activa preside um intuito fundamentalmente protectivo (*in bonam partem*). É certo que esse MDE se destina ainda à realização de um processo penal (o que é necessário para satisfazer a condição da não impunidade imposta pelo TJUE para que a causa de recusa da cidadania europeia seja aplicável). Porém, essa acção punitiva perfila-se aqui, para a pessoa visada, como o menor de dois males, visto que a alternativa seria a sua extradição para um Estado terceiro e a sua sujeição, aí, a um processo penal. Assim, Estados Membros, como Portugal, que condicionam o exercício de jurisdição sobre os seus nacionais à circunstância de estes serem encontrados no seu território, poderão interpretar o conceito

---

<sup>50</sup> O que foi já defendido, em tese geral, por PEDRO CAEIRO, *Fundamento... op. cit.*, p. 339.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 226 ss.

<sup>52</sup> Vd. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal... op. cit.*, p. 175; CHRISTINA PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law*, Antwerp: Intersentia, 2015, p. 83.



de ‘território’, para este efeito, no sentido de o mesmo admitir analogia com o ‘território de qualquer Estado Membro’. É já essa, até certo ponto, a ideia subjacente à área de liberdade, segurança e justiça, o que empresta consistência à analogia. Nestes termos, Portugal poderia já, mesmo sem alteração legislativa, emitir MDE’s relativos a nacionais seus, nos termos e para os efeitos preconizados pelo TJUE em *Petruhhin*.

#### **d) Futuros desenvolvimentos**

Outra importante questão levantada pelo acórdão *Petruhhin* é a de saber se o TJUE poderá vir a declarar, com base nos mesmos fundamentos (liberdade de movimento e proibição de discriminação), outras causas de recusa da extradição de cariz europeu.

Considerando que um dos elementos necessários para produzir esta “reacção química” é a existência de discriminação fundada na *nacionalidade*, é improvável que isso ocorra relativamente a outras causas de recusa da extradição que não a da nacionalidade. Ainda assim, é menos improvável do que à primeira vista poderá parecer, pois a nacionalidade do extraditando pode influir, ainda que indirectamente, no âmbito de outras causas de recusa <sup>53</sup>.

## **2. Schotthöfer & Steiner (C-473/15)**

Este caso trouxe ao TJUE uma situação muito semelhante à de *Petruhhin*, com a particularidade de que o pedido de reenvio prejudicial apresentava aqui um carácter ‘preventivo’: o indivíduo em causa não saíra ainda do território do Estado Membro da sua nacionalidade (a Áustria), onde estava protegido por uma causa de recusa de nacionalidade. Outra particularidade deste caso é o facto de o mesmo ter

---

<sup>53</sup> Assim, por exemplo, o Reino Unido não prevê na sua legislação interna uma causa de recusa da nacionalidade, mas (ou talvez justamente por isso) parece atribuir alguma relevância à nacionalidade do extraditando no contexto de outras causas de recusa: *vd. e.g.* os artigos 83A a 83F, 91 e 206 Extradition Act 2003.

emergido no contexto, não de um processo penal, mas de um processo civil <sup>54</sup>.

O processo respeitava ao incumprimento de um contrato entre Peter Schotthöfer & Florian Steiner GbR, uma firma de advogados baseada na Alemanha, e Eugen Adelsmeyr, um médico austríaco residente na Áustria. A firma convidara Adelsmeyr a participar numa conferência, a realizar na Alemanha, sobre condições de trabalho e de litigância nos Emirados Árabes Unidos (EAU), onde ele trabalhara durante alguns anos. Pouco antes da conferência, Adelsmeyr cancelou a sua participação, com a justificação de que receava ser extraditado para os EAU.

Os factos de base ocorreram em 2009, quando um dos seus pacientes nos EAU morreu após uma operação. Em 2011, o Dubai iniciou um processo penal no curso do qual a acusação pugnou pela aplicação da pena de morte. Adelsmeyr deixou o Dubai em 2012 e o processo foi concluído na sua ausência. Foi condenado em pena de prisão perpétua, mas o processo poderia ainda ser reaberto e a pena de morte aplicada. A Áustria instaurou inquérito pelos mesmos factos, mas em Maio de 2014 arquivou-o, por ter concluído que o processo no Dubai tinha sido motivado por uma campanha de ódio.

Em Novembro de 2014, Adelsmeyr indagou as autoridades alemãs sobre o risco de extradição. Não tendo obtido resposta, informou a firma de advogados de que não compareceria na conferência. A firma moveu então contra ele o referido processo civil. A fim de determinar se essa não comparência poderia considerar-se imputável ao réu, o tribunal austríaco, enviou ao TJUE um pedido de reenvio prejudicial contendo as seguintes perguntas: (1) Deve a proibição de discriminação ser interpretada no sentido de que, se um Estado Membro não extraditar nacionais seus para Estados terceiros, não pode também extraditar cidadãos de outros Estados Membros? (2) Devem os artigos 19.º, n.º 2, e 47.º CDFUE ser interpretados no sentido de que um Estado Membro deve recusar um pedido de extradição de um cidadão da UE para um Estado terceiro se o processo penal e o julgamento à revelia aí proferido for incompatível

---

<sup>54</sup> *Vd.*, também quanto ao que segue neste parágrafo, TJUE, 6 de Setembro de 2017, §§ 2-15.

com as exigências mínimas do direito internacional, os princípios fundamentais da ordem pública (*ordre public*) da UE ou o direito a um processo equitativo? (3) Deve o princípio *ne bis in idem* (artigo 50.º CDFUE) ser interpretado no sentido de que, tendo sido proferida uma primeira condenação num Estado terceiro e, posteriormente, uma decisão de arquivamento num Estado Membro, se verifica um impedimento à continuação do processo penal no Estado terceiro? (4) Em caso de resposta afirmativa a alguma das questões precedentes, deve interpretar-se, em particular, o art. 6.º CDFUE (direito à liberdade) no sentido de que, quando um Estado terceiro pedir a extradição de um cidadão da UE, este não pode ser detido tendo em vista essa extradição?

## 2.1. O Despacho do Tribunal de Justiça

No dia 6 de Setembro de 2017 — precisamente um ano depois do seu inovador julgamento em *Petruhhin* —, o TJUE (Primeira Secção) deu a conhecer a sua posição sobre este caso. O Tribunal pronunciou-se somente sobre uma das questões que lhe foram endereçadas, especificamente sobre a respeitante à aplicabilidade da pena de morte. Embora breve, esta decisão apresenta vários pontos de interesse. O TJUE recordou que o artigo 19.º, n.º 2, CDFUE proíbe a extradição quando houver um risco real de aplicação da pena de morte e invocou o acórdão *Petruhhin*, reafirmando que, quando um Estado terceiro pede a um Estado Membro a extradição de um cidadão europeu, esse Estado Membro, caso disponha de elementos que comprovem a existência desse risco, “deve”, no momento de decidir sobre a extradição, apreciar a existência desse risco com base em “elementos objetivos fiáveis, precisos e devidamente atualizados”<sup>55</sup>. No caso, e perante a informação fornecida pelo tribunal austríaco — desde logo, a de que a acusação nos EAU pugnara pela aplicação da pena de morte e que essa pena poderia vir ainda a ser aplicada — o Tribunal considerou que Eugen Adelsmeyer corria um risco real de ser submetido a pena de morte<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> *Id.*, §§ 22 ss.

<sup>56</sup> *Id.*, §§ 26 ss.

## 2.2. Análise

### 2.2.1. Um ‘mero’ despacho fundamentado

Conforme referido, o Tribunal pronunciou-se sobre o caso através de um mero despacho fundamentado. Entendeu, pois, o Tribunal que a situação aí em apreço caía no âmbito do artigo 99.º do seu Regulamento de Processo, segundo o qual essa modalidade mais sumária de decisão deve ser usada quando for submetida à sua apreciação questão “idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado, quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta à questão submetida a título prejudicial não suscite nenhuma dúvida razoável”.

O facto de o Tribunal ter feito uso desta faculdade confere vigor ao princípio por si firmado no acórdão *Petruhhin*, sugerindo que a aplicabilidade do direito europeu primário à matéria da extradição é, com efeito, um desenvolvimento que veio para ficar. Este simples facto constitui talvez a principal nota a retirar desta decisão.

### 2.2.2. A pena de morte como causa de recusa da extradição

A proibição de extraditar em caso de aplicabilidade da pena de morte no Estado requerente encontra-se consagrada no mesmo preceito da CDFUE que consagra a proibição de extraditar em caso de tortura ou outros tratos ou penas desumanos ou degradantes: o artigo 19.º, n.º 2. Em *Petruhhin* estava em questão a possibilidade de trato ou pena desumano ou degradante. Em *Schotthöfer & Steiner* o TJUE lançou pela primeira vez mão daquele preceito na parte respeitante à pena de morte, um pormenor que se justifica deixar assinalado.

Outra novidade é a circunstância de que, enquanto em *Petruhhin* o Tribunal se limitou a apontar o curso de acção que os Estados Membros a quem a extradição é requerida devem em abstracto adoptar (*sc.* apreciar, com base em elementos objetivos fiáveis, precisos e devidamente atualizados, a existência de um risco real de violação) — à imagem do que fizera, no âmbito do MDE, no acórdão *Aranyosi &*

*Căldăraru* <sup>57</sup> —, em *Schotthöfer & Steiner* foi um pouco mais longe, afirmando que nesse concreto caso efectivamente existia risco de violação. Com efeito, lê-se no § 26 desta decisão que “Adelsmayr corre «sério risco», na aceção do artigo 19.º, n.º 2, da Carta, de ser sujeito a pena de morte, em caso de extradição”.

Ora, a proibição de tortura e de outros tratos ou penas desumanos ou degradantes e a proibição de aplicação da pena de morte (e as correspectivas proibições de extraditar) não têm o mesmo estatuto à luz do direito internacional: a primeira é absoluta; a segunda admite excepções <sup>58</sup>. Também neste sentido a decisão do TJUE em *Schotthöfer & Steiner* não deixa de assumir algum simbolismo: à luz do direito primário da UE ambas as hipóteses integram uma proibição de extraditar.

Simbólico é igualmente o facto de o Tribunal, das duas espécies de proibições de extraditar que em *Petruhhin* afirmou decorrerem do direito primário europeu — *sc.*, aquelas que decorrem de direitos fundamentais consagrados na CDFUE, por um lado, e aquelas que decorrem de liberdades e princípios de direito europeu consagrados no TUE, por outro —, ter elegido aqui a primeira como precedente justificador da prolação de um mero despacho. Denota isto a superior carga axiológica reconhecida pelo TJUE a essa espécie de proibição.

### 2.2.3. As questões que ficaram por responder

Sem embargo de quanto ficou dito, este despacho do TJUE destaca-se provavelmente mais pelas respostas que não deu do que por aquelas que deu. É o que em seguida procura ilustrar-se.

#### a) *Ne bis in idem*

Em *Schotthöfer & Steiner*, recorde-se, a Áustria tinha instaurado um processo penal pelos factos em causa e acabou por arquivá-lo. O

<sup>57</sup> TJUE (C-404/15 e C-659/15 PPU), de 5 de Abril de 2016.

<sup>58</sup> *Vd.*, desde logo, os artigos 2.º CEDH e 2.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (pesem embora os respectivos protocolos adicionais).

tribunal austríaco questionou o TJUE sobre se essa decisão de arquivamento precludiria ulteriores procedimentos no Estado terceiro. A questão é estranha, uma vez que, por definição, o conceito de *ne bis in idem* em vigor na UE só vincula os Estados que a integram (ou, pelo menos, que integram o espaço Schengen).

Em qualquer caso, o TJUE poderia ter aproveitado a oportunidade para se pronunciar sobre uma outra questão estreitamente relacionada com essa e que o acórdão *Petruhhin* deixara em aberto: a de saber que espécie de acção se exige dos Estados Membros para que se dê como satisfeita a condição da não impunidade de que depende o exercício da causa de recusa da cidadania europeia. Mais especificamente, a questão de saber se essa condição estará satisfeita quando um Estado Membro tiver já adoptado uma acção tendente a apurar a responsabilidade penal do indivíduo em causa e essa acção for suficiente — como no caso, em princípio, seria — para activar o conceito de *ne bis in idem* em vigor dentro da UE.

Antes da decisão do TJUE em *Schotthöfer & Steiner*, houve quem sugerisse que a satisfação do conceito de *ne bis in idem* em vigor na UE bastaria para que se desse como satisfeita aquela condição <sup>59</sup>. A posição merece acolhimento. Poderia objectar-se que é inadequado aplicar-se nas relações entre Estados Membros e Estados terceiros, onde não existe necessariamente confiança mútua, uma versão da regra *ne bis in idem* tão ampla como aquela que rege as relações entre os Estados Membros da UE. No entanto, ao defender-se isso não se está a propor que os Estados terceiros devam considerar-se vinculados por aquele conceito de *ne bis in idem*, especialmente quando estejam em causa factos ocorridos nos seus próprios territórios <sup>60</sup>. O que aqui está em causa, e que é bem diverso, é o nível mínimo de empenho que os *próprios Estados Membros* devem empregar no apuramento da responsabilidade penal de uma pessoa cuja extradição lhes é requerida, com vista a determinar se, à luz do *próprio direito da União*, pode excluir-se a ideia de que ela ficou ‘impune’. Desta

<sup>59</sup> *Vd.* FRANZ LEIDENMÜHLER / SANDRA GRAFENEDER, *op. cit.*, p. 59.

<sup>60</sup> Na verdade, a territorialidade introduz desvios ao próprio conceito europeu de *ne bis in idem*: *vd.* o artigo 55.º, n.º 1, alínea *a*), da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

perspectiva, o conceito de confiança mútua não só não obsta à posição defendida, como na verdade a suporta: se os Estados Membros da UE negam até uns aos outros (em quem têm confiança acrescida), em termos tão amplos, a prerrogativa de julgarem uma segunda vez factos já previamente julgados por outros Estados Membros, por que razão deveriam eles usar um critério mais exigente — ou simplesmente *diferente* — quando isso tiver implicações colaterais relativamente a uma pretensão punitiva de um Estado terceiro?

#### **b) Tutela jurisdiccional efectiva e processo justo e equitativo**

O tribunal austríaco questionou se o artigo 47.º CDFUE (direito à acção e a um tribunal imparcial) impõe que os Estados Membros recusem a extradição caso o Estado requerente não garanta determinadas condições processuais. Na medida em que seja seguido o princípio firmado em *Åkerberg Fransson* <sup>61</sup>, a aplicabilidade do artigo 19.º, n.º 2, CDFUE à matéria da extradição é inequívoca, já que o preceito se lhe refere explicitamente. Em contraste, o artigo 47.º não se refere à extradição e, além disso, não prevê direitos humanos de natureza absoluta. Teria, pois, sido interessante conhecer a posição do TJUE sobre a questão de saber se a CDFUE contém *proibições implícitas* de extraditar (*i.e.* proibições de extraditar extraídas de normas que não se aplicam directamente à extradição), à imagem do que se verifica no âmbito da CEDH e de outros instrumentos internacionais de direitos humanos.

---

<sup>61</sup> TJUE (C-617/10), 26 de Fevereiro de 2013, esp. os §§ 25 ss. De acordo com esta decisão, as situações em que sejam colocados em causa princípios e liberdades fundamentais de direito europeu, como a proibição de discriminação e a liberdade de movimento, caem inerentemente no âmbito da CDFUE no sentido pressuposto pelo seu artigo 51.º Sobre o assunto, *e.g.*, ULF BERNITZ, “The Scope of the Charter and its Impact on the Application of the ECHR: The Åkerberg Fransson Case on Ne Bis in Idem in Perspective”, in Sybe de Vries / Ulf Bernitz / Stephen Weatherill, *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart, 2015, p. 196 ss.; ANNE PIETER VAN DER MEI, “Flexibility and differentiation: A plea for allowing national differentiation in the fundamental rights domain”, in Bruno De Witte / Andrea Ott / Ellen Vos (eds.), *Between Flexibility and Disintegration The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 199 ss.

O TJUE acabou por revelar o seu pensamento sobre essa matéria no acórdão *Celmer*. Fê-lo, contudo, por referência ao MDE; não à extradição. Além disso a situação que aí estava em causa apresenta particularidades que não permitem concluir que o mesmo entendimento será linearmente transponível para a extradição. De todo o modo, deste marcante acórdão emergem elementos para reflexão sobre a extradição para Estados terceiros, o que justifica o seguinte ponto.

*c) Celmer (LM) (C-216/18 PPU)*

Em *Celmer*, o TJUE decidiu que a execução de um MDE pode ser recusada em razão de uma violação do direito a um processo justo e equitativo no Estado Membro de emissão. É certo que nesse acórdão o Tribunal aplicou primacialmente a DQ-MDE, mas essa aplicação foi influenciada pelo conteúdo da CDFUE <sup>62</sup>. Pode nessa medida entender-se que o alcance desse acórdão extravasa do âmbito do MDE: ao convocar a Carta, o acórdão traz ínsito um reconhecimento mais genérico de que o direito a um processo justo e equitativo nela consagrado não se aplica apenas em processos penais, mas também em procedimentos que envolvem a transferência de pessoas para fins penais, onde se inclui a extradição. Enquanto isto, o princípio firmado em *Åkerberg Fransson* aplica-se em termos idênticos: o facto de o artigo 47.º da CDFUE, diversamente do seu artigo 19.º, n.º 2, não se referir explicitamente à transferência de pessoas mostrou-se irrelevante; sabemos agora que ambos se lhes aplicam, com a simples nuance de que o primeiro se lhe aplica apenas implicitamente.

Se do artigo 47.º da Carta puder de facto extrair-se também uma proibição de extraditar para Estados terceiros, então a questão que sobra por determinar é a de saber qual é o grau (no sentido de *threshold*) de violação daquele direito que é necessário para desencadear esta proibição. Em *Celmer* o TJUE equiparou, para efeitos do MDE, a violação de um direito humano relativo à violação de direitos humanos absolutos. Isto exprime uma abordagem inovadora relativamente

---

<sup>62</sup> O artigo 1.º, n.º 3, da DQ-MDE reporta-se ao artigo 6.º do TUE, que por sua vez se reporta à CDFUE.



àquela que é tradicionalmente adoptada quanto a esta questão, designadamente pelo TEDH, que tende a encarar de maneira bastante cautelosa a recusa da extradição com base no preceito equivalente da CEDH: o seu artigo 6.º

Na verdade, embora o TEDH reconheça, desde o seu acórdão inaugural em matéria de extradição (o acórdão *Soering*), que o direito a um processo justo e equitativo pode impor a recusa da extradição <sup>63</sup>, o facto é que, até ao momento, nunca proferiu uma tal decisão relativamente à extradição em sentido próprio. Apenas à deportação <sup>64</sup> e a certas formas extrajudiciais de ‘extradição’ <sup>65</sup>, geralmente designadas de ‘rpto internacional’, ‘extradição disfarçada’, ou expressões semelhantes <sup>66</sup>.

Além disso, nestes casos, o TEDH considerou verificada uma concomitante violação de direitos humanos de natureza absoluta (*sc.*, da proibição de tortura e outros tratos cruéis, degradantes ou desumanos). Em contraste, em *Celmer*, o TJUE admitiu a recusa da transferência da pessoa *exclusivamente* com base num direito humano de natureza relativa (o direito a um processo justo e equitativo) <sup>67</sup>.

Por fim, e no que especificamente respeita ao grau de violação necessário para fundar uma recusa da extradição, o TEDH exige que se verifique no Estado requerente uma “denegação de justiça flagrante” <sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> TEDH, *Soering*, *cit.*, § 113; também, *e.g.*, *Drozd & Janousek v. França & Espanha*, 26 de Junho de 1992, § 110, *Einhorn v. França*, 16 de Outubro de 2001, § 32, e *Tomic v. Reino Unido*, 14 de Outubro de 2003, § 3.

<sup>64</sup> Vd. *Othman (Abu Qatada) v. Reino Unido*, 17 de Janeiro de 2012.

<sup>65</sup> Vd. *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polónia*, 24 de Julho de 2014, §§ 552 ss., 559, *Al Nashiri v. Polónia*, 24 de Julho de 2014, §§ 565 ss., e *Al Nashiri v. Roménia*, 31 de Maio de 2018, §§ 719 ss.

<sup>66</sup> Sobre o tema *vd. e.g.* M. CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition: United States Law and Practice*, 6.ª ed., Oxford: University Press, 2014, p. 213 ss. e 739, com ulteriores referências; *vd.* igualmente PAUL O’HIGGINS, “Disguised Extradition: The Soblen Case”, *Modern Law Review* n.º 27 (1964), p. 521 ss.

<sup>67</sup> Aspecto que é também sublinhado por SOFIA MIRANDOLA, “European arrest warrant and judicial independence in Poland: where can mutual trust end? (Opinion of the AG in C-216/18 PPU L.M.)”, in *European Law Blog*, 24 de Julho de 2018.

<sup>68</sup> Vd. *e.g.* *Drozd & Janousek*, *cit.*, § 110, e a opinião conjunta parcialmente dissidente dos Juízes Bratza, Bonello e Hedigan em *Mamatkulov & Askarov v. Turquia*, 4 de Fevereiro 2005, densificando — em termos que viriam a tornar-se uma

Na sua Opinião em *Celmer*, o AG Tanchev alinhou explicitamente com este entendimento, defendendo que seria necessário verificar-se uma “denegação de justiça flagrante” ou uma violação do “conteúdo essencial” do direito a um processo justo e equitativo <sup>69</sup>. No entanto, no seu acórdão, o TJUE, apesar de fazer uma alusão incidental ao “conteúdo essencial” do direito a um processo justo e equitativo <sup>70</sup>, nunca emprega a expressão “denegação de justiça flagrante”, sendo que, na conclusão do acórdão, onde enuncia o alcance a atribuir ao artigo 1.º, n.º 3, da DQ-MDE, o TJUE não menciona qualquer dessas expressões. Isso autoriza a conclusão de que não é necessário, para estes efeitos, um grau de violação tão intenso como aquele que, no contexto da CEDH, é necessário para que a extradição se torne proibida <sup>71</sup>.

De todo o modo, é necessário ponderar o acórdão *Celmer* à luz das acentuadas especificidades que o sistema de cooperação vigente

---

referência — o conceito de “denegação de justiça flagrante”; mas *vd.* também a súmula oferecida pela Unidade de Imprensa do TEDH em “Expulsions and Extraditions”, Julho de 2013, p. 2 ss.

<sup>69</sup> *Vd.* AG Tanchev, *Celmer*, *cit.*, §§ 66, 69 ss., 75 ss., *et passim*.

<sup>70</sup> *Vd.* TJUE, *Celmer*, *cit.*, §§ 68, 75, *et passim*.

<sup>71</sup> Neste mesmo sentido se pronunciaram WOUTER VAN BALLEGOOIJ / PETRA BÁRD, “The CJEU in the *Celmer* case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU”, in *Verfassungsblog*, 29 de Julho de 2018. Leitura distinta é feita por MATTEO BONELLI, “The Deficiencies Judgment: Postponing the Constitutional Moment”, in *Verfassungsblog*, 27 de Julho de 2018, para quem *Celmer* exprime um entendimento por parte do TJUE de que a independência e a imparcialidade judiciais integram *necessariamente* a essência do direito a um processo justo e equitativo, de sorte que qualquer violação daquelas garantias constituirá uma violação da essência deste direito. Porém, como o próprio A. reconhece, mesmo de acordo com esta última leitura não pode deixar de concluir-se que o grau de violação que o TJUE considerou suficiente é “claramente” mais baixo do que aquele que decorreria da Opinião do AG. Como tal, independentemente de o acórdão *Celmer* autorizar a conclusão de que o artigo 47.º CDFUE proíbe a extradição para Estados terceiros em condições semelhantes àquelas em que a proíbe o artigo 19.º, n.º 2, CDFUE, há razões para crer que esse acórdão efectuou uma tal equiparação *dentro do sistema do MDE*. Isso representa já um assinalável desenvolvimento de direito europeu, para além de vir dar fôlego à visão segundo a qual a diferenciação usualmente feita entre direitos humanos absolutos e direitos humanos relativos no âmbito do direito penal transnacional não é especialmente convincente: mais desenvolvidamente sobre isto, poderá ver-se MIGUEL JOÃO COSTA, *Extradition Law... op. cit.*, p. 83 ss.

na UE apresenta relativamente à cooperação clássica: o próprio conceito de ‘reconhecimento mútuo de decisões *judiciais*’ pressupõe que tais decisões sejam proferidas por uma entidade independente e imparcial <sup>72</sup>. Por conseguinte, os efeitos de uma violação do direito a um processo justo e equitativo, não obstante o carácter meramente relativo deste direito, acabam por ser, num certo sentido, mais *transversais* do que os de uma violação de direitos humanos absolutos, afectando *em bloco* a participação do Estado Membro em causa (no caso, a Polónia) num tal sistema cooperação. Daí que alguns autores tenham mesmo defendido que o TJUE deveria ter ido ainda mais longe em *Celmer* do que foi em *Aranyosi & Căldăraru*, impondo que o Estado Membro de execução suspenda a cooperação com o de emissão sempre que se coloquem “dúvidas” quanto à observância daquele direito por parte deste <sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> *Vd.* novamente AG, *Celmer*, §§ 62 ss., e TJUE, *Celmer*, *cit.* §§ 58 ss., suportados, *inter alia*, na Opinião n.º 2/13 do TJUE, nos acórdãos *Tupikas* (C-270/17 PPU), 10 de Agosto de 2017, e *Pula Parking* (C-551/15), 9 de Março de 2017, e na Opinião do AG Bobek em *Zdziaszek* (C-271/17 PPU), 26 de Julho de 2017, onde este afirmou que, “para poder participar no sistema europeu de reconhecimento mútuo (em qualquer domínio do direito — penal, civil, administrativo), os órgãos jurisdicionais nacionais devem satisfazer todos os critérios que definem um «*órgão jurisdicional*» no direito da União, incluindo a sua independência”; de sorte que, se os tribunais de um Estado Membro não se mostrarem capazes de garantir o direito a um processo justo e equitativo, ficará relativamente a esse Estado Membro “excluído o reconhecimento mútuo automático”.

<sup>73</sup> *Vd.* WOUTER VAN BALLEGOIJ / PETRA BÁRD, *cit.*, especificando que, em vez de ter seguido a linha de *Aranyosi & Căldăraru*, o TJUE deveria ter seguido a de *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16), 27 de Fevereiro de 2018, onde salientou que a falta de independência judicial põe em causa *todos* os direitos fundamentais, e não apenas o direito a um processo justo e equitativo. Já HELMUT SATZGER, “Mutual Recognition in Times of Crisis — Mutual Recognition in Crisis? An Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant”, *European Criminal Law Review* n.º 8 (2018), p. 325 ss., considera que em *Celmer* o TJUE foi já, na verdade, “mais longe” do que em *Aranyosi & Căldăraru*, pelo menos no que respeita à *consequência* imposta (a recusa da cooperação). Essa leitura baseia-se na premissa de que, em *Aranyosi & Căldăraru*, o TJUE apenas admitiu que a execução do MDE fosse *adiada*; não que o MDE *não fosse executado*. Esta é, contudo, uma premissa bastante discutível, desde logo (mas não só) em face do texto da decisão, onde, pese embora o cuidado de evitar termos mais fortes, como ‘recusa’ ou

Essa posição representa uma tomada de posição sobre um problema mais profundo: ela pressupõe que, em situações como a que se verificava em *Celmer*, o que está em causa é o próprio Primado do Direito num Estado Membro <sup>74</sup>. De facto, no caso *Celmer* o TJUE foi confrontado com a necessidade de estabelecer difíceis equilíbrios conceptuais: entre direitos humanos absolutos e relativos; entre independência judicial enquanto garantia individual e enquanto atributo definatório de um Estado e pressuposto necessário de todo um sistema de cooperação interestadual.

Se o TJUE conseguiu ou não estabelecer tais equilíbrios de modo satisfatório é uma questão de difícil resposta e que não está a reunir consenso. Aqueles que propendem para uma resposta negativa parecem colocar a ênfase nas implicações sistémicas deste caso para o projecto europeu, sublinhando, por exemplo, a circunstância de os mecanismos políticos previstos no artigo 7.º, n.ºs 2 e 3, do TUE serem extremamente difíceis de activar com sucesso <sup>75</sup>. Praticamente todos

---

‘obstáculo’, o TJUE conclui que o Estado Membro de execução deve decidir-se há que “*pôr termo* ao processo de entrega” (§ 104, itálico acrescentado).

<sup>74</sup> Vd. de novo WOUTER VAN BALLEGOIJ / PETRA BÁRD, *cit.*, afirmando que o facto de o TJUE ter tratado o caso como uma violação do direito a um processo justo e equitativo pode considerar-se “um passo em frente” no sentido do aprofundamento das garantias individuais em procedimentos de MDE, *mas* pode representar “dois passos para trás” na preservação do *rule of law* dentro da EU. Vd. também AGNIESZKA FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, “Drawing Red Lines With No (Significant) Bite — Why an Individual Test Is Not Appropriate in the *LM* Case”, in *Verfassungsblog*, 30 de Julho de 2018.

<sup>75</sup> Vd. e.g. KIM LANE SCHEPPELE, “Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ’s (Alarming) ‘*Celmer*’ Decision”, in *Verfassungsblog*, 28 de Julho de 2018, afirmando que a Hungria declarou já que vetará quaisquer sanções que venham a ser impostas à Polónia, e vice-versa, pelo que “virtualmente toda a gente que está actualmente a trabalhar sobre *rule of law* na Europa concorda que é inconsequente tentar invocar o artigo 7.º, n.º 2”. Na verdade esta é a primeira vez que se está a tentar pôr em prática os mecanismos previstos nesse artigo do TUE, por vezes designados como ‘*the nuclear option*’: cf. SERGIO CARRERA / VALSAMIS MITSILEGAS, “Upholding the Rule of Law by Scrutinising Judicial Independence — The Irish Court’s request for a preliminary ruling on the European Arrest Warrant”, in *Centre for European Policy Studies — Commentary*, 11 de Abril de 2018, p. 2. Justifica-se referir que, no dia 2 de Agosto de 2018, o Supremo Tribunal da Polónia submeteu um pedido de reenvio prejudicial para o TJUE suspendendo a aplicação do diploma que determinava a reforma forçada

aplaudem o facto de o TJUE ter admitido que os Estados Membros recusem cooperar em matéria penal com um Estado Membro em que Primado do Direito esteja colocado em grave risco. Contudo, algumas das expectativas criadas em relação à decisão do Tribunal foram talvez demasiado elevadas, sendo por isso natural que tenham saído frustradas. Esperou-se do TJUE que compensasse através deste acórdão a inoperatividade daqueles mecanismos políticos.

No entanto, a meu ver, é compreensível — porventura até louvável — que o Tribunal não o tenha feito <sup>76</sup>. O acórdão *Celmer* deve antes ser analisado, essencialmente, pelo prisma dos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos, pois tratava-se aí de um reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal por um Estado Membro (a Irlanda) no específico contexto de um procedimento de MDE. Analisado desta perspectiva, o acórdão tem como nota mais saliente o seu progressismo na protecção de direitos fundamentais em procedimentos penais transnacionais. Como se viu, ele vai bastante mais longe do que aquela que é a posição prevalecente nessa matéria. Mais longe, mesmo, do que aquela que é subscrita pelo TEDH, que tem como função primacial a protecção de direitos humanos e que está, por isso, menos adstrito do que o TJUE a ponderar outras variáveis. E o mais interessante é que talvez tenham sido precisamente estas variáveis — em particular, o compromisso do TJUE com o desenvolvimento do projecto europeu — que o conduziram a acolher uma posição que num mais estrito plano técnico-jurídico se pode considerar tão precursora <sup>77</sup>.

---

dos respectivos juízes e colocando cinco questões relacionadas, essencialmente, com o alcance do conceito de ‘independência judicial’ no direito da UE: cf. o caso C-522/18, pendente, que o TJUE decidiu já, por despacho de 26 de Setembro de 2018, tramitar do modo acelerado previsto no artigo 105.º, n.º 1, do seu Regulamento de Processo. Sobre este pedido, que poderá implicar um envolvimento “sem precedentes” do TJUE na crise constitucional de um Estado Membro, *vd. e.g.* ALICJA SIKORA, “The CJEU and the rule of law in Poland: Note on the Polish Supreme Court preliminary ruling request of 2 August 2018”, in *EU Law Analysis*, 4 de Agosto de 2018.

<sup>76</sup> Discussão justificada, mas diversa, será a de saber se os referidos mecanismos políticos previstos no artigo 7.º, n.ºs 2 e 3, do TUE, devem ser revistos.

<sup>77</sup> Como parece também entender MATEJ AVBELJ, “We Still Haven’t Found What We’re Looking For”, in *Verfassungsblog*, 27 de Julho de 2018, quando observa: “Neither primary nor secondary EU law, let alone the Court’s judicial philosophy, permit for a laxer standard, for loosening the principle of mutual trust (...). Nevertheless,

Em qualquer caso, e voltando ao tema principal deste artigo, é também por esta razão que o acórdão *Celmer* não permite concluir cabalmente que o direito da UE proíba a extradição para Estados terceiros, por violação do direito a um processo justo e equitativo, de modo tão intenso como aquele em que ali se considerou proibida a execução de um MDE. Ou seja, e em resumo: este acórdão permite concluir com alguma segurança que os direitos humanos relativos se aplicam também à extradição para Estados terceiros, pois a sua aplicação no contexto do MDE foi em última instância escorada na CDFUE; mas já não permite concluir que esses direitos se aplicam com a mesma intensidade em ambos os contextos, pois a sua aplicação no MDE apresenta elevadas particularidades relacionadas com este sistema de cooperação e com o presente momento político do projecto europeu.

#### *d) Direito à liberdade*

Voltando ao caso *Schotthöfer & Steiner*, outra das questões que aí ficou por responder foi a de saber se, no caso de alguma das restantes questões ser respondida na afirmativa, o artigo 6.º (*inter alia*) da CDFUE, relativo ao direito à liberdade, impediria um Estado Membro de sujeitar um cidadão europeu a privação de liberdade em virtude de um pedido de extradição emitido por um Estado terceiro. Também aqui teria sido interessante obter uma posição por parte do TJUE, sendo que não se desvendam razões para isso não ter acontecido, já que esta questão era cumulativa, e não alternativa, em relação às demais. As primeiras questões pressupunham, todas elas, de uma maneira ou de outra, uma resposta ao problema de *saber se a extradição era ou não proibida* pelo direito europeu, sendo por isso compreensível que o TJUE, tendo respondido afirmativamente a uma delas, se tenha considerado eximido de responder às restantes. Diversamente, com esta última questão procurava apurar-se se, *no caso de a*

---

even against this uniformist background, the Court has been willing to draw a new exception to implementation of the EAW.”

*extradição ser proibida* pelo direito europeu — como era —, a pessoa em causa poderia ou não ser sujeita a privação de liberdade.

Independentemente da confiança que exista entre o Estado requerido e o Estado requerente, é normal um pedido de extradição conduzir, de forma quase automática, à detenção da pessoa em causa. A detenção é geralmente possível mesmo que não seja solicitada e mesmo que não tenha sido emitido um pedido de extradição. Isto explica-se pelo desígnio de evitar que a pessoa visada fuja para outro Estado ou que procure esconder-se dentro do Estado requerido <sup>78</sup>. Além disso, a decisão sobre se a extradição pode ou não ser concedida é sempre tomada subsequentemente à decisão de proceder ou não à detenção, pelo que, no momento em que esta decisão deve ser tomada, não há ainda certezas sobre o sentido que virá a ser acolhido naquela.

No entanto, a decisão sobre a detenção pode logo exigir uma genérica e provisória apreciação de mérito sobre a admissibilidade da extradição, no sentido de se admitir a detenção apenas quando for notório que a extradição deverá vir a ser concedida <sup>79</sup>. Assim sendo, não será impossível que o TJUE venha a considerar que o direito à liberdade previsto no artigo 6.º CDFUE impõe certos limites à própria detenção de cidadãos europeus por conta de pedidos de extradição emitidos por Estados terceiros.

Em qualquer caso, o princípio firmado em *Petruhhin* permite concluir com alguma segurança que a conjugação do princípio da não-discriminação com a liberdade de movimento proibirá a detenção de cidadãos da UE por conta de pedidos de extradição emitidos por Estados terceiros quando, em identidade de circunstâncias, um cidadão nacional do Estado Membro a quem a extradição é pedida não pudesse ser detido. Para que isso aconteça, será no entanto necessário

---

<sup>78</sup> Vd. e.g. MICHAEL VIEN, “Provisional Arrest, Release and the Role of Interpol”, *Revue Internationale de Droit Pénal* n.º 62 (1991), p. 63 ss., e MICHAEL ABBELL, “Controlling the Abusive Use of Provisional Arrest”, *id.*, p. 369 ss.; na nossa LCJ, vd. sobretudo os artigos 38.º e ss. e 51.º e ss.; sobre esse regime, vd. EDUARDO EMANOEL DALL’AGNOL DE SOUZA / RAFAEL SERRA OLIVEIRA, “Sobre a detenção e as medidas de coacção nos processos de extradição e de entrega (em execução do mandado de detenção europeu)”, in Pedro Caeiro (coord.), *Temas de Extradição e Entrega*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 115 ss.

<sup>79</sup> Vd., na nossa LCJ, os artigos 39.º e 51.º, n.º 4.

— também em linha com o que se decidiu no acórdão *Petruhhin* e com a demais jurisprudência do TJUE relativa à conjugação daqueles dois comandos fundamentais de direito europeu primário — que a diferenciação de tratamento, a existir, não possa ser justificada com base em razões objectivas <sup>80</sup>.

### 3. A emergência de um direito europeu da extradição

Tendo em conta a variedade de questões envolvidas e a sua especificidade, os desenvolvimentos trazidos pelo acórdão do TJUE em *Petruhhin* marcaram aquilo que pode conceitualizar-se como o surgimento de uma nova área normativa dentro do direito penal europeu. Sendo agora certo que o TJUE tem competência sobre casos de extradição para fora da UE com base no direito europeu primário, vários outros casos relacionados com a matéria deverão chegar ao Luxemburgo durante os próximos anos. Disto foram já exemplo *Schottthöfer & Steiner*, aqui analisado, bem como *Pisciotti, Raugevicius e BY*, que serão analisados em momento futuro.

#### 3.1. Coerência intra-sistemática

A partir do momento em que emergem várias questões sobre uma mesma matéria e dentro de um mesmo quadro normativo, torna-se imperioso assegurar a coerência no modo como as mesmas são tratadas — a sua ‘coerência intra-sistemática’, por assim dizer <sup>81</sup>. Neste

---

<sup>80</sup> Por exemplo, com base em considerações como a de que o risco de fuga é nitidamente menor quando a pessoa em causa for um cidadão do próprio Estado Membro, pelo menos quando também seja seu residente; ou como a de que, em tais casos, o Estado Membro pode lançar mão de um conjunto de medidas destinadas a obviar àquele risco, não podendo fazer o mesmo quanto a outras categorias de sujeitos.

<sup>81</sup> Note-se que tanto o conceito de ‘coerência’ como o de ‘sistema’, conforme aqui utilizados, devem ser lidos num sentido mais figurado do que rigoroso, uma vez que, como afirma PEDRO CAEIRO, “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu”, in Constança Urbano de Sousa (coord.), *The area of freedom, security and justice: recent developments*, Lisboa: Universidade Autónoma, 2014,



sentido, esta jurisprudência inaugural constitui a fundação sobre a qual um mais amplo edifício normativo pode ser erguido.

### 3.2. Coerência inter-sistemática

Além disso, é expectável que os desenvolvimentos futuros venham também a ser influenciados — seja por oposição, seja por equiparação — pelo sistema do MDE, o que poderá designar-se de ‘coerência inter-sistemática’. Poderá aí estabelecer-se uma relação bidireccional, em que o conjunto de normas a desenvolver sobre a extradição para Estados terceiros (extradição externa) venha influenciar o próprio sistema do MDE (extradição interna).

Na verdade, essas dinâmicas são já visíveis: (i) Limitar a extradição externa em razão de um estatuto de cidadania acentua o contraste com a extradição interna (em que à cidadania foi retirada grande parte da sua tradicional relevância), sugerindo que a relevância dessa espécie de estatuto no contexto do direito penal transnacional é geometria particularmente variável em função da vontade dos Estados. (ii) Reconhecer que os direitos humanos produzem efeitos semelhantes tanto na extradição externa como na interna aproxima-as, evidenciando a tendencial universalidade e inderrogabilidade desses direitos<sup>82</sup>. (iii) Atribuir prioridade a MDE’s baseados em jurisdição extraterritorial e destinados fundamentalmente a bloquear a extradição externa, em detrimento de pedidos de extradição baseados em jurisdição territorial e destinados fundamentalmente a satisfazer uma pretensão punitiva, reconfigura até certo ponto a própria natureza do MDE: ele deixa de poder classificar-se como um

---

p. 242, “a coerência é atributo de um *sistema* e ainda não existe algo a que possa chamar-se um sistema de direito penal europeu”.

<sup>82</sup> Neste caso, a aproximação entre extradição externa e interna foi operada não tanto por *Petruhhin* ou outro dos acórdãos sobre extradição externa quanto pelo acórdão *Aranyosi & Căldăraru*, pois a aplicabilidade dos direitos humanos à extradição externa era já relativamente segura antes de *Petruhhin*, enquanto a sua aplicabilidade à extradição interna era bastante duvidosa antes de *Aranyosi & Căldăraru* — se bem que, como nota HELMUT SATZGER, *op. cit.*, p. 323, já houvesse sinais disso pelo menos desde a opinião da AG Sharpston em *Radu* (C-396/11), apresentada em 12 de Outubro de 2012 (*vd.* sobretudo os seus §§ 64 ss.), mas não acolhida pelo TJUE na decisão por si proferida no dia 29 de Janeiro de 2013.

mecanismo estritamente repressivo, acumulando agora uma vertente *protectiva* <sup>83</sup>; e deixa de poder classificar-se como um mecanismo operativo em procedimentos de cooperação estritamente europeus, acumulando agora uma função (ainda que ‘negativa’ ou ‘excludente’) num mais amplo âmbito de cooperação internacional.

Este efeito protectivo trazido pelos desenvolvimentos em análise faz com que a Área de Liberdade, Segurança e Justiça dê mais um passo rumo a um modelo de justiça criminal próximo do de um Estado federal, dentro do qual a alocação da custódia de suspeitos tende já a ser bastante flexível e as defesas contra a extradição a partir de qualquer dos Estados federados para o exterior relativamente uniforme <sup>84</sup>. Incidental, mas muito significativamente, isto contribui para equilibrar essa Área, que nas primeiras décadas da sua existência ostentou um cariz predominantemente repressivo <sup>85</sup>. Os cidadãos europeus estão finalmente a tirar vantagens, no plano externo, de uma Área dentro da qual, no âmbito criminal, têm estado expostos a mecanismos repressivos mais

---

<sup>83</sup> O mesmo valendo para o próprio exercício de jurisdição fundada na nacionalidade activa, quando destinada essencialmente a evitar a extradição externa.

<sup>84</sup> Vd. JANNEMIEKE OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Antwerp: Intersentia, 2011, *passim*; JENIA IONTCHEVA TURNER, “Interstate Conflict and Cooperation in Criminal Cases: An American Perspective”, *European Criminal Law Review* n.º 4 (2014), p. 114 ss.; AUKE WILLEMS, “Extradition on the Two Sides of the Atlantic: The U.S. Model as Blueprint for the European Arrest Warrant?”, *Criminal Law Forum* n.º 27 (2016).

<sup>85</sup> Vd. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, *passim*. Nesta medida, *Petruhhin* vem acrescentar-se à Agenda de Direitos Processuais lançada pela UE em 2010 — analisada em Pedro Caeiro (org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra: Instituto Jurídico —, embora se trate, em vários sentidos, de desenvolvimentos muito diferentes: a Agenda foi directa e explicitamente destinada a corrigir um desequilíbrio entre as vertentes repressiva e protectiva do direito penal europeu, ao passo que o eventual contributo do acórdão *Petruhhin* para esse equilíbrio é meramente colateral. Isto é reflectido, desde logo, no facto de que a Agenda de direitos processuais beneficia qualquer pessoa que se encontre numa jurisdição pertencente à UE, ao passo que a causa de recusa da nacionalidade introduzida por *Petruhhin* se aplica apenas a cidadãos da UE e é, ainda, limitada a casos específicos (e.g., àqueles em que se verifique prejuízo para o exercício da liberdade de movimento).

onerosos e eficazes (*e.g.* o MDE) do que os seus tradicionais equivalentes de direito internacional (*e.g.* a extradição) <sup>86</sup>.

Não que a legitimidade desses mecanismos europeus estivesse absolutamente dependente da ampliação do conjunto de direitos consigo directamente relacionados: esses mecanismos são já, eles próprios, uma reacção aos danos colaterais decorrentes do notável acervo de direitos e liberdades proporcionado pelo projecto político europeu. Este sinalagma fundamental não estava, a meu ver, em perigo de vida. Mas isso não significa que não existisse, de facto, um desequilíbrio, nem que esse desequilíbrio tenha já sido inteiramente corrigido.

### 3.3. Interações verticais

Os desenvolvimentos analisados envolvem claramente interações entre o direito europeu e os direitos nacionais dos Estados Membros <sup>87</sup>. Tais interações têm lugar num plano substantivo, já que dizem respeito às próprias circunstâncias que podem constituir causas de recusa da extradição de acordo com o direito europeu. Como se viu, a “causa de recusa da cidadania europeia” não decorre deste estatuto enquanto tal — embora o pressuponha —, mas essencialmente da tradicional causa de recusa da nacionalidade prevista naqueles sistemas jurídicos nacionais. Ela tem natureza *derivada*, razão pela qual só é aplicável quando, e na medida em que, o Estado Membro requerido aplicar uma causa de recusa da nacionalidade ou oferecer aos seus nacionais qualquer outra protecção contra a extradição.

---

<sup>86</sup> Embora, como se referiu *supra*, 1.3.2., estas vantagens, de momento, não se possam propriamente classificar como autênticas garantias individuais. Isto, bem entendido, no que diz respeito à recusa da extradição com base na cidadania europeia. Não assim no que diz respeito à recusa com base nos direitos humanos: não só porque aqui a recusa é imposta pela Carta de Direitos Fundamentais, mas também porque, de todo o modo, e conforme já referido na nota de rodapé anterior, estes direitos não são específicos dos cidadãos europeus, aplicando-se a qualquer outra pessoa que se encontre numa jurisdição pertencente à UE.

<sup>87</sup> Neste contexto, a expressão ‘direitos nacionais’ pretende abranger, não apenas a legislação constitucional e ordinária dos Estados Membros, mas também os tratados de extradição por si concluídos na sua autónoma capacidade de sujeitos de direito internacional público.

Isso não põe em causa a conceitualização destes desenvolvimentos como um edifício normativo relativamente autónomo dentro do direito penal europeu. O simples facto de o TJUE ter conferido a uma regra de direito nacional uma dimensão europeia modifica de tal modo o escopo e o significado dessa regra que estas variáveis deixam de ser integralmente controláveis pelos Estados Membros onde a regra tem origem. O que, por outro lado, oferece a base para que um outro processo bidireccional ocorra: não só as regras nacionais sobre extradição podem ser extrapoladas para o plano do direito europeu, como também o direito europeu, por ser agora capaz de operar essa extrapolação, pode impelir os Estados Membros a mudarem as suas regras nacionais nessa matéria (caso em que estas, na sua nova feição, poderão novamente ser objecto de extrapolação para o direito europeu, e assim por diante).

### 3.4. Interações horizontais

Os desenvolvimentos em análise envolvem, finalmente, interações horizontais entre o direito europeu e outras esferas normativas. Desde logo, em virtude do potencial conflito que produzem entre obrigações decorrentes do direito europeu primário e obrigações decorrentes de tratados internacionais: o cenário ‘Catch-22’ acima assinalado.

Como vimos, é certo que, descontadas poucas excepções (acordos de extradição concluídos pela UE, direitos humanos consagrados na CDFUE), o direito da UE não regula de modo directo a matéria da extradição para fora da UE, pelo que a competência do TJUE sobre essa matéria está cingida a casos em que sejam colocados em crise princípios e liberdades fundamentais de direito europeu. Isto confere um carácter *subordinado* a este emergente direito europeu da extradição, porquanto ele se traduz, em larga medida, numa transposição desses princípios e liberdades para a matéria da extradição.

Porém, essa transposição é, em última instância, realizada por referência a um quadro normativo heterónimo e preexistente em relação ao direito da UE — a uma específica racionalidade jurídica importada do direito internacional público e da cooperação internacional —, o que confere a essa transposição um carácter *singular*. Isto é cabalmente ilustrado pela “condição da não impunidade” a que o TJUE

subordinou a recusa da extradição de cidadãos da UE para Estados terceiros, a qual vem incorporar no direito europeu primário uma nova e singular forma do velho princípio *aut dedere aut judicare*.

## Conclusão

A análise apresentada neste artigo indicia o surgimento de um conjunto de normas sobre extradição no âmbito do direito primário da UE. O acórdão do TJUE em *Petruhhin* perfila-se nesse processo como o equivalente funcional do acórdão do TEDH em *Soering*, no sentido de que veio igualmente subordinar a extradição — convencionalmente, uma prerrogativa estatal livre de interferências — ao cumprimento de um dado acervo de direitos decorrentes de um domínio normativo exógeno relativamente a si: no caso de *Soering*, o dos direitos humanos; no de *Petruhhin*, o do direito europeu primário.

Como vimos, é necessária uma peculiar conjugação de factores para que o direito europeu primário interfira com aquela prerrogativa, razão pela qual não é expectável que venha a verificar-se *acentuada* interferência. A novidade trazida por *Petruhhin* — e já confirmada por subsequentes decisões do TJUE — é que a verificação de *alguma* interferência é, agora, certa.

