

Revista Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 1 | Quadrimestral | janeiro - abril 2023

SEPARATA

O funcionamento dos mecanismos de cooperação judiciária baseados no reconhecimento mútuo como propulsor da evolução do direito e da prática da execução da pena de prisão

Inês Horta Pinto

*Doutorada em Ciências
Jurídico-Criminais pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra
Investigadora Integrada do
Instituto Jurídico da FDUC*

1. O presente artigo ocupa-se da interdependência, cada vez mais notória, entre os sistemas penitenciários nacionais (na sua configuração jurídica e na sua aplicação prática) e o funcionamento dos mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal baseados no reconhecimento mútuo, no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça em que se constitui a União Europeia ¹.

É certo que a União Europeia não tem competências atribuídas em matéria penitenciária ².

¹ O tema do presente artigo foi objeto de uma comunicação que apresentámos na *International Conference on European Criminal Law: From the Legal Foundations to its Impact on National Legal Orders*, organizada pela Universidade Lusíada — Porto, em 28 de abril de 2023, e foi também abordado em INÊS HORTA PINTO, *Repartição de funções entre Administração e Juiz e tutela jurisdicional efetiva na execução da pena de prisão — Contributo para um modelo conforme à Constituição e ao Direito Internacional*, Coimbra: Almedina, 2022, no capítulo intitulado “União Europeia — um novo ator relevante em matéria de execução de penas?”, p. 343 e ss.

² Apesar disso, a Carta dos Direitos Fundamentais da União — que, com o Tratado de Lisboa, passou a ter o mesmo valor jurídico dos Tratados — reconhece vários direitos relevantes em matéria de punição. A dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser respeitada e protegida (artigo 1.º). Proíbe-se a pena de morte: ninguém pode ser condenado à pena de morte nem executado (artigo 2.º, n.º 2). Assegura-se o respeito pela integridade física e mental do ser humano (artigo 3.º). Proíbem-se a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 4.º),

Contudo, há muito se vaticinava que alguma harmonização em matéria de *standards* de respeito pelos direitos fundamentais na fase da execução das penas — mormente a de prisão — viria a revelar-se instrumental para o funcionamento fluido dos mecanismos de cooperação penal baseados no reconhecimento mútuo — em particular, o mandado de detenção europeu e o reconhecimento e a execução de sentenças que imponham penas ou outras medidas privativas da liberdade.

Como é consabido, a ideia do reconhecimento mútuo tem como pressuposto a confiança mútua nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Sem uma confiança recíproca, sustentada no reconhecimento de que cada um dos outros Estados-Membros se rege por princípios e *standards* comuns, dificilmente os Estados estarão dispostos a dar cumprimento às decisões dos demais.

Ora, não estando a matéria da execução das penas abrangida pelas competências de harmonização da União Europeia³, nem tendo sido objeto, por alguma outra via, nomeadamente convencional, da adoção de normas mínimas comuns vinculativas, falta uma base jurídica comum sobre a qual se possa construir essa confiança.

estabelecendo-se ainda que ninguém pode ser extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito, em especial, a tratos desumanos ou degradantes (artigo 19.º, n.º 2). Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório (artigo 5.º). Protege-se o direito à liberdade e à segurança (artigo 6.º) e ao respeito pela vida privada e familiar (artigos 7.º e 9.º). Garante-se a igualdade perante a lei e proíbe-se a discriminação (artigos 20.º e 21.º). Prevê-se o princípio da legalidade das penas, que abrange a proibição da retroatividade e a aplicação de lei posterior mais favorável (artigo 49.º, n.º 1), bem como o princípio da proporcionalidade das penas em relação à infração (artigo 49.º, n.º 3). Além disso, nos termos do artigo 47.º, toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal, com respeito pelos princípios do processo equitativo. Qualquer restrição ao exercício destes direitos está sujeita aos princípios da legalidade e da proporcionalidade (artigo 52.º, n.º 1). Este conjunto de direitos vincula não só as instituições, órgãos e organismos da União mas também os Estados-Membros, quando apliquem o direito da União (artigo 51.º, n.º 1). E do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (artigo 6.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia).

³ Cf. artigos. 82.º, n.º 2, e 83.º do TFUE, questão que retomaremos mais adiante.

A ausência de tal base jurídica comum poderia estar compensada por uma confiança de facto — por um conhecimento de que, em geral, no espaço europeu, a execução das penas privativas da liberdade decorre, de modo mais ou menos homogêneo, num quadro geral de respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos a elas sujeitos. Contudo, tal não se verifica: pelo contrário, aquela ausência é acentuada pelo conhecimento de deficiências graves nos sistemas prisionais de numerosos Estados-Membros — nomeadamente, mas não só, sobre-lotação e condições de detenção passíveis de serem consideradas desumanas ou degradantes, que vêm sendo reveladas e declaradas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) —, o que obsta, em muitos casos, a tal confiança.

Corre-se, pois, o risco — que, como veremos, já se tem materializado — de que os Estados-Membros se mostrem relutantes em executar um mandado de detenção ou um pedido de transmissão de sentença penal, sabendo que, no Estado-Membro de emissão, a execução das penas não respeita os padrões estabelecidos pelas Regras Penitenciárias Europeias e/ou pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Ou de que os cidadãos objeto de tais pedidos invoquem, perante os tribunais do Estado-Membro de execução, que existe um risco de serem sujeitos a tratamentos desumanos ou degradantes caso sejam entregues ou transferidos para o Estado-Membro de emissão.

2. O receio de que as deficiências no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade constituíssem um entrave ao funcionamento da União como “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” era há muito evidenciado em documentos das instituições europeias.

O Conselho Europeu, no “Programa de Estocolmo”⁴, revelava preocupação com as condições de detenção e com as alternativas à privação da liberdade, considerando relevante promover-se a aplicação

⁴ “Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos”, *JO C 115*, de 4-5-2010, p. 1 e ss., que o Conselho aprovou em 2009 tendo em vista a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

das Regras Penitenciárias Europeias do Conselho da Europa e o intercâmbio de boas práticas de gestão penitenciária como via de reforço da confiança mútua e do funcionamento do reconhecimento mútuo.

A Comissão Europeia dedicou um *Livro Verde* ao problema, visando examinar até que ponto as questões ligadas à privação da liberdade teriam impacto na confiança mútua e, por conseguinte, no reconhecimento mútuo e na cooperação judiciária. Reconhecendo que as condições de detenção e a gestão das prisões são matéria da responsabilidade dos Estados-Membros, a Comissão justifica o interesse nessa questão com a “importância crucial do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais para o espaço de liberdade, segurança e justiça”, admitindo que “uma série de instrumentos de reconhecimento mútuo são potencialmente afetados pela questão das condições de detenção”. Na perspetiva da Comissão, “as questões ligadas à detenção enquadram-se nas competências da União Europeia, dado que, por um lado, representam um aspeto relevante dos direitos que devem ser assegurados para promover a confiança mútua e garantir o bom funcionamento dos instrumentos de reconhecimento mútuo e, por outro, a União Europeia tem determinados valores a respeitar”⁵.

O Parlamento Europeu aprovou sucessivas recomendações e resoluções sobre as condições de detenção na União Europeia, onde tem considerado muito preocupante a situação dos estabelecimentos prisionais na Europa e exortado os Estados-Membros à tomada de medidas urgentes para a sua melhoria⁶. Tem igualmente apelado

⁵ “Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu — Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção”, de 14-6-2011, COM(2011) 327 final, n.º CELEX 52011DC0327. Para efeitos deste documento, considera-se “detenção” a medida ordenada em conformidade com o artigo 5.º, n.º 1, a), b) e c), da CEDH na sequência de uma infração penal, ou seja, abrange-se a detenção, a prisão preventiva e a pena de prisão.

⁶ Exemplificativamente, *Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia* (1995), JO C 132, 28-4-1997, p. 31 e ss., pontos 67, 68; *Resolução sobre as más condições de detenção nas prisões da União Europeia*, JO C 32, 5-2-1996, p. 102 e ss., ponto 1; *Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia* (1997), JO C 98, 9-4-1999, p. 279 e ss., ponto 80; *Resolução do Parlamento Europeu, de 13-3-2008, sobre a situação particular das mulheres na*

à adoção de normas mínimas em matéria penitenciária no quadro da União, referindo-se inicialmente à adoção de uma decisão-quadro e mais tarde à apresentação de uma proposta legislativa⁷. Recomendou ao Conselho que apoiasse uma iniciativa, no quadro do

prisão e o impacto da detenção dos pais para a vida social e familiar, JO C 66E, 20-3-2009, p. 49 e ss., ponto 2; *Resolução do Parlamento Europeu, de 15-12-2011, sobre as condições de detenção na UE*, JO C 168E, 14-6-2013, p. 82 e ss., ponto 1; *Resolução do Parlamento Europeu, de 2-4-2014, sobre a revisão intercalar do Programa de Estocolmo*, JO C 408, 30-11-2017, p. 8 e ss., ponto 49. Na *Resolução do Parlamento Europeu, de 5-10-2017, sobre os sistemas e condições prisionais*, JO C 346, 27-9-2018, p. 94 e ss., este volta a considerar que, “embora as condições de detenção e a gestão das prisões sejam da responsabilidade dos Estados-Membros, a UE também desempenha um papel necessário na salvaguarda dos direitos fundamentais dos detidos e na criação do espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça” (considerando B), insta os Estados-Membros a darem cumprimento aos instrumentos internacionais sobre a matéria e dirige-lhes numerosas recomendações concretas com vista à melhoria dos seus sistemas penitenciários.

⁷ Entre outras iniciativas, *Resolução do Parlamento Europeu sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia* (2002), JO C 76E, 25-3-2004, p. 412 e ss., ponto 22 (“o Parlamento Europeu [...] considera, de um modo geral, que num espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça é necessário mobilizar igualmente as capacidades europeias para melhorar o funcionamento do sistema policial e prisional, por exemplo: [...] publicando uma decisão-quadro sobre as normas mínimas de proteção dos direitos dos detidos na União Europeia”); *Resolução do Parlamento Europeu, de 13-3-2008, sobre a situação particular das mulheres na prisão e o impacto da detenção dos pais para a vida social e familiar*, JO C 66E, 20-3-2009, p. 49 e ss., ponto 2; *Resolução do Parlamento Europeu, de 15-12-2011, sobre as condições de detenção na UE*, JO C 168E, 14-6-2013, p. 82 e ss., ponto 4 (o Parlamento “exorta a Comissão e as instituições da UE a apresentarem uma proposta legislativa sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, inclusive as identificadas pelo PE nas suas resoluções e recomendações, a desenvolverem e a implementarem normas mínimas para as condições de prisão e detenção, bem como normas uniformes de indemnização para as pessoas injustamente detidas ou condenadas; insta a Comissão e os Estados-Membros a darem prioridade a esta questão na sua agenda política e a atribuírem recursos humanos e financeiros adequados para corrigir a situação”); *Resolução do Parlamento Europeu, de 12-12-2012, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2010-2011)*, JO C 434, 23-12-2015, p. 64 e ss., ponto 188 (“solicita a implementação dos pedidos incluídos na sua resolução de 15 de Dezembro de 2011 sobre as condições de detenção na UE e, nomeadamente, a adoção de uma iniciativa legislativa sobre normas mínimas de detenção comuns na União Europeia, bem como mecanismos de controlo adequado”).

Conselho da Europa, de elaboração de uma Carta Penitenciária Europeia, de natureza vinculativa ⁸; e que, caso essa iniciativa não desse frutos, desencadeasse a elaboração, no quadro da União, de uma Carta dos direitos das pessoas privadas de liberdade, vinculativa para os Estados-Membros e suscetível de invocação perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ⁹.

⁸ Na sua Recomendação 1656 (2004), relativa à situação das prisões e centros de detenção europeus, a Assembleia Parlamentar recomendou ao Comité de Ministros a elaboração, em conjugação com a União Europeia, de uma Carta Penitenciária Europeia, contendo normas vinculativas para os Estados Partes. O Comité de Ministros, contudo, não aceitou o repto, tendo optado por reenviar para os trabalhos em curso de atualização das Regras Penitenciárias Europeias (Resposta do Comité de Ministros, Doc. 10210, 16-6-2004). Aprovadas as *Regras* revistas, a Assembleia Parlamentar adotou nova Recomendação, 1747(2006), reafirmando a necessidade de uma carta vinculativa e dotada de um mecanismo de controlo eficaz, considerando a situação preocupante das prisões em vários países europeus e dado o carácter não vinculativo das *Regras*. Recomendou, pois, ao Comité de Ministros a elaboração de uma convenção relativa ao tratamento dos reclusos, em colaboração com a UE, baseada no texto do projeto de *Carta Penitenciária Europeia* entretanto preparado (Doc. n.º 10922, adotado em 13-4-2006). O Comité de Ministros, porém, mais uma vez, rejeitou a ideia, considerando-a irrealista, uma vez que seria difícil os Estados Partes alcançarem consenso em relação a muitas das normas, com o risco de o instrumento ficar reduzido a um número muito limitado de regras vinculativas (Doc. n.º 11041, 2-10-2006).

⁹ *Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia*, JO C 102E, 28-4-2004, p. 154 e ss., ponto 1, *b)* e *d)*. Nos respetivos considerandos, observa-se que “a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal e a entrada em vigor do mandado de detenção europeu exigem medidas complementares urgentes nos domínios da proteção efetiva dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais” (considerando *B*) e recorda-se “os repetidos pedidos apresentados à Comissão e ao Conselho para que proponham uma decisão-quadro relativa aos direitos dos reclusos” (travessão 8.º prévio aos considerandos). É interessante notar a articulação que o Parlamento faz das suas recomendações com os instrumentos internacionais pertinentes: nos considerandos desta e de outras Recomendações, invoca os textos da União Europeia relativos à proteção dos direitos humanos (nomeadamente os artigos 6.º e 7.º do TUE e a Carta dos Direitos Fundamentais, em especial o artigo 4.º), os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e à proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes e ainda numerosos instrumentos de *soft law* da União Europeia, do Conselho da Europa e das Nações Unidas. Na

3. Os aludidos riscos de que as deficiências nos sistemas prisionais dos Estados-Membros pudessem constituir um entrave à cooperação baseada no reconhecimento mútuo vieram efetivamente a materializar-se, tendo-se verificado situações de relutância das autoridades judiciais de Estados-Membros em reconhecerem e executarem decisões de outros Estados-Membros por falta de confiança no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas visadas. Tais situações conduziram, por via do mecanismo do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União, a desenvolvimentos jurisprudenciais com muita relevância.

Assim, é pertinente a interrogação sobre se um certo grau de harmonização (jurídica e fáctica, diga-se desde já) dos direitos dos reclusos se tornará necessário à construção da União Europeia como um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça.

E, apesar de serem as condições materiais dos estabelecimentos prisionais as que têm sido mais visadas, o problema não se cinge a estas, estendendo-se a outros aspetos do estatuto jurídico das pessoas

sequência da aprovação do Programa de Estocolmo, o Parlamento Europeu voltou a insistir no apelo à adoção de normas mínimas sobre as condições de detenção e de um conjunto de direitos comuns dos detidos na União, como base para a construção de um espaço comum de justiça penal: *Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Novembro de 2009, sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho — Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos — Programa de Estocolmo*, ponto 112, onde o Parlamento “solicita a construção de um espaço europeu da Justiça penal baseado no respeito dos direitos fundamentais, no princípio do reconhecimento mútuo e na necessidade de manter a coerência dos sistemas nacionais de direito, e que deve ser desenvolvido através de: [...] normas mínimas em matéria de condições de prisão e detenção e um conjunto comum de direitos dos reclusos na UE, incluindo normas adequadas em matéria de compensação para pessoas que tenham sido detidas ou condenadas sem justa causa, promovido pela celebração de acordos entre a UE e países terceiros em matéria de regresso dos seus nacionais condenados, a plena aplicação da Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, e a concessão de financiamento da UE suficiente para efeitos de construção, no contexto de planos de segurança regionais, de novos centros de detenção nos Estados-Membros afetados por sobrepopulação penitenciária, bem como a implementação de programas de reinserção social”.

privadas da liberdade, ligados ao respeito pelos seus direitos fundamentais durante a execução da pena.

Começamos, porém, pelas condições materiais de detenção.

Os casos apensos *Aranyosi* e *Căldăraru* são bem conhecidos¹⁰. Na sua origem estiveram dois pedidos de decisão prejudicial apresentados por um tribunal alemão, em sede de procedimento de execução de dois mandados de detenção europeus, emitidos, respetivamente, pela Hungria e pela Roménia. O tribunal alemão tinha dúvidas quanto à licitude da entrega, atentos os indícios probatórios de que os cidadãos em causa correriam o risco de ser sujeitos a condições de detenção que violariam o direito a não sujeição a tratamentos desumanos ou degradantes. Tais indícios residiam quer nos acórdãos do TEDH que consideraram que os sistemas prisionais destes Estados enfermavam de problemas sistémicos, potenciadores de violações do artigo 3.º da CEDH, quer nos relatórios do Comité Europeu de Prevenção da Tortura relativos a ambos os países.

O TJUE, no acórdão proferido em 5 de abril de 2016, reconheceu que a execução de um mandado de detenção europeu não pode conduzir a um tratamento desumano ou degradante da pessoa a entregar. Entendeu, todavia, que a verificação de um risco de tratamento desumano ou degradante em razão das condições *gerais* de detenção não pode, só por si, levar à recusa da execução de um mandado, sendo necessário, num segundo momento, apurar se, *em concreto*, existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa em causa correrá esse risco em razão das condições de detenção que se prevê aplicar-lhe no Estado-Membro de emissão.

Determinou, assim, que, perante elementos objetivos, fiáveis, precisos e atualizados que confirmem a existência de deficiências, sistémicas ou generalizadas, nas condições de detenção no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve pedir informações complementares à autoridade judiciária de emissão para verificar, de maneira concreta e precisa, se existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa objeto do mandado correrá um risco *real* de tratamento desumano ou degradante em caso de entrega.

¹⁰ Proc. apensos C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*.

Ao assim decidir, o TJUE admitiu que, em circunstâncias excepcionais, o princípio do reconhecimento mútuo pode ser limitado ¹¹. Reconheceu que o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça não pode funcionar com base num sistema de reconhecimento mútuo automático, fundado numa confiança “cega” ¹², meramente formal, desligada do real conhecimento da situação fáctica verificada nos Estados envolvidos ¹³.

Tratou-se de um passo muito relevante no sentido da prevalência dos direitos fundamentais sobre o funcionamento eficaz da cooperação baseada no reconhecimento mútuo ¹⁴.

¹¹ Pese embora a formulação algo ambígua da parte final da decisão, geradora de incerteza quanto ao desfecho do processo de entrega nos casos em que a existência do risco não seja afastada. Sobre este ponto e para uma síntese das demais dúvidas, de cariz operacional e pragmático, quanto às consequências da aplicação do procedimento instituído pelo TJUE, PEDRO CAEIRO/SÓNIA FIDALGO/JOÃO PRATA RODRIGUES, “The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, n.º 6, 2019, p. 12.

¹² Como nota VALSAMIS MITSILEGAS, “European Criminal Law After Brexit”, *Criminal Law Forum* 28, 2017, p. 232, o importante significado deste acórdão reside “não só na afirmação, pela primeira vez, de que a execução de um mandado pode ser recusada em certas circunstâncias, mas também na recusa de um sistema de reconhecimento mútuo baseada na automaticidade e na confiança cega: o respeito pelos direitos humanos deve ser aferido no terreno e com base em provas concretas”. Este acórdão contrasta com as anteriores tomadas de posição do TJUE, nas quais, numa descrição do mesmo Autor, uma apreciação casuística e individualizada das implicações da execução de um instrumento de reconhecimento mútuo para os direitos humanos era sacrificada em nome de uma confiança mútua acrítica e presumida — o que afrontava claramente a proteção efetiva dos direitos fundamentais na União Europeia e corria o risco de resultar numa proteção de direitos fundamentais mais baixa nos sistemas de cooperação no seio da UE em comparação com o nível de proteção oferecido pelo TEDH (*idem*, “The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice”, *New Journal of European Criminal Law* 6, 2015, n.º 4, p. 465 e ss.).

¹³ WILLEMS, “Improving detention conditions in the EU — Aranyosi’s Contribution” (*working paper*), EUSA Fifteenth Biennial Conference May 4-6, 2017, Miami (FL), disponível em www.eustudies.org/conference/papers/download/374, p. 10; P. CAEIRO/S. FIDALGO/J. PRATA RODRIGUES, “The evolving notion...”, *cit.*, p. 13.

¹⁴ Neste sentido, exemplificativamente, WILLEMS, “Improving detention conditions...”, *cit.*, p. 5 e ss., e P. CAEIRO/S. FIDALGO/J. PRATA RODRIGUES, “The evolving notion...”, *cit.*, p. 11 e ss. Estes últimos Autores salientam, como importantes conclusões a retirar desta jurisprudência, que a proteção dos direitos individuais pode

Dando mais um passo no sentido desta conceção, o Tribunal de Justiça afirmou claramente, no posterior Acórdão *Dorobantu*, de 15 de outubro de 2019 ¹⁵, que o carácter absoluto da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes obsta a que possam sobrepor-se-lhe considerações relativas à eficácia da cooperação judiciária em matéria penal, pelo que a necessidade de garantir que a pessoa em causa não será sujeita a tais tratamentos justifica, excepcionalmente, uma limitação dos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos.

4. Na sequência desta jurisprudência, as autoridades judiciárias dos Estados-Membros têm sido cada vez mais exigentes nos pedidos de informação que formulam às autoridades emissoras de mandados de detenção europeus.

A dimensão do entrave que tal pode implicar ao funcionamento fluido da cooperação torna-se bem evidente se atentarmos no crescente acervo de decisões do TEDH considerando violado o artigo 3.º da CEDH, que proíbe as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes: *Torreggiani*, contra a Itália (2013), *Varga e outros*, contra a Hungria (2015), *JMB e outros*, contra a França (2020), *Orchowski e Sikorski*, contra a Polónia (2009), *Neshkov e outros*, contra a Bulgária (2015), *Rezmiveş e outros*, contra a Roménia (2017) — muitos deles “acórdãos-piloto” ¹⁶ ou “quase-piloto”, que atribuem carácter

constituir um obstáculo real à entrega no quadro do mandado de detenção europeu; que a presunção em que se sustenta a confiança mútua (e portanto o reconhecimento) pode ser ilidida; e que a confiança não se refere aos ordenamentos jurídicos nacionais, mas à *prática* das respetivas autoridades.

¹⁵ Proc. C-128/18.

¹⁶ Procedimento a que o TEDH tem recorrido para lidar com queixas relativas a um mesmo Estado que, pelo seu número e por incidirem sobre uma mesma situação causadora de violações a direitos da Convenção, revelam a existência de um problema estrutural no Estado Parte. Tem sido adotado quando o TEDH verifica a natureza recorrente e persistente do problema, um número elevado de pessoas que ele afeta ou é suscetível de afetar e a necessidade urgente de proporcionar, no quadro nacional, uma reparação célere e adequada. Quando adota este procedimento, o TEDH profere o acórdão-piloto relativamente a um caso ou conjunto de casos, onde expõe claramente a existência do problema sistémico na origem das violações e indica as medidas que o Estado deverá tomar para o remediar. Além disso, incita-se o Estado

sistémico ou estrutural às deficiências dos respetivos sistemas prisionais. Em Portugal, primeiro o acórdão *Petrescu* (2019), depois os acórdãos *Bădulescu* (2020), *Da Silva Santos Pereira and Diamantino da Silva* (2022), *Ribeiro dos Santos e Jevdokimovs* (2022) e, já este ano, *Dos Santos Neves* (2023), ilustram a incidência deste problema no nosso país (e o número relativamente reduzido de acórdãos — cinco — não deve fazer supor que o problema seja esporádico, pois são inúmeras as queixas a chegar ao TEDH, que contudo vão sendo maioritariamente resolvidas por acordo ou decisão unilateral). Estas “condenações” do TEDH têm levado vários Estados a adotar planos de melhoria das suas condições prisionais.

O controlo sobre o respeito pelos direitos fundamentais torna-se ainda mais apertado por via da interação entre o sistema jurisdicional da UE e o do Conselho da Europa: veja-se o caso *Bivolaru e Moldovan c. França*, decidido pelo TEDH em 2021¹⁷. Num caso de execução de um mandado de detenção europeu de França para a Roménia, considerou que o tribunal francês, apesar de ter aplicado o duplo teste estabelecido pela jurisprudência do TJUE, não tinha tirado as consequências devidas da informação obtida da autoridade romena, que deveria ter conduzido à recusa da execução do mandado; e declarou assim violado o artigo 3.º da Convenção. Este acórdão reforça que a aplicação dos mecanismos de reconhecimento mútuo da UE deve ser feita em conformidade com os direitos da Convenção Europeia.

5. Como já referido acima, as situações problemáticas não residem somente nas condições dos estabelecimentos prisionais. Importa indagar até que ponto a jurisprudência *Aranyosi e Căldăraru* será extensível a situações em que, no Estado-Membro para onde a pessoa em causa deve ser transferida, existe um risco real de violação de

em causa a criar, no plano interno, uma solução para as numerosas queixas individuais originadas por aquele problema. Assim se evita a prolação pelo TEDH de um número elevado de acórdãos idênticos e se procura dar cumprimento ao princípio da subsidiariedade, na base do sistema convencional.

¹⁷ Queixas n.ºs 40324/16 e 12623/17, Ac. de 25-3-2021.

outros direitos fundamentais para além do direito a não ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes.

Esta pergunta já encontra parcialmente resposta em jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça.

Nomeadamente, quanto ao *direito de acesso a um tribunal* para obter tutela em caso de violação de direitos e liberdades garantidos pelo direito da União, o TJUE, no acórdão *LM*, de 25 de julho de 2018¹⁸, aplicou, por analogia, a jurisprudência *Aranyosi e Căldăraru* aos casos de existência de um risco real de que a pessoa a entregar sofra uma violação do *direito fundamental a um processo equitativo*, designadamente em razão de falhas sistémicas ou generalizadas no que respeita à independência do poder judicial do Estado de emissão. Como comenta Valsamis Mitsilegas, este acórdão assume um significado de longo alcance, abrindo caminho para um escrutínio sobre o Estado de direito e os direitos fundamentais nos Estados-Membros, deixando claro que tal escrutínio não se limita à proibição de penas e tratamentos desumanos e degradantes, estendendo-se a outros direitos, como o acesso a um tribunal e o direito a um processo equitativo¹⁹.

Voltando ao âmbito penitenciário, faz sentido indagar em que medida a existência de meios efetivos de tutela dos direitos das pessoas privadas da liberdade pode relevar para o funcionamento dos mecanismos de reconhecimento mútuo, baseados na confiança mútua.

A questão, meramente afluada no acórdão *Aranyosi*²⁰, foi tratada no caso *ML*²¹, também datado de 25 de julho de 2018, onde

¹⁸ Proc. C-216/18 PPU, *LM/Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*.

¹⁹ V. MITSILEGAS, “Resetting the Parameters of Mutual Trust: From *Aranyosi* to *LM*”, in: Valsamis Mitsilegas/Alberto di Martino/Leandro Mancano (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, etc.: Hart Publishing, 2019, p. 435.

²⁰ Onde ficou dito que, “caso as informações recebidas [...] da autoridade judiciária de emissão conduzirem ao afastamento da existência de um risco real de que a pessoa em causa seja objeto de um trato desumano ou degradante no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve adotar, nos prazos previstos pela decisão-quadro, a sua decisão sobre a execução do mandado de detenção europeu, sem prejuízo da possibilidade de a pessoa em causa, uma vez entregue, explorar, na ordem jurídica do Estado-Membro de emissão, as vias de recurso que

o tribunal de reenvio questionara especificamente o Tribunal de Justiça sobre se a existência de uma via de recurso interna que permitisse aos cidadãos reclusos contestar a legalidade das suas condições de detenção era apta a excluir o risco de tratamento desumano ou degradante.

Estava em causa a execução, na Alemanha, de um mandado de detenção europeu emitido por um tribunal da Hungria com vista à entrega de um cidadão para cumprimento de pena de prisão neste país. Na sua resposta ao pedido de informações complementares, as autoridades húngaras haviam informado o tribunal alemão das medidas adotadas no seguimento do acórdão-piloto do TEDH *Varga e outros c. Hungria*, nomeadamente a criação de vias internas de cariz preventivo e compensatório de reação contra condições de detenção deficientes. Perante esta informação, o tribunal de reenvio questionou o TJUE sobre a relevância daqueles meios internos de tutela (que o TEDH já havia considerado, em princípio, satisfatórios²²), nomeadamente se a sua disponibilidade é apta a excluir a existência de risco real de tratamento desumano ou degradante.

O Tribunal de Justiça afirmou que a disponibilidade de vias de fiscalização jurisdicional *a posteriori* das condições de detenção constitui uma evolução importante passível de contribuir para incentivar as autoridades do Estado de emissão a melhorar essas condições e que, portanto, pode ser tida em conta quando da avaliação *global* das condições de detenção da pessoa sobre a qual recai um mandado de detenção europeu para decidir da sua entrega; contudo, *não é, por si só, suscetível de excluir o risco de essa pessoa ser, na sequência da sua entrega, sujeita a um tratamento incompatível com o artigo 4.º da Carta devido às condições da sua detenção*. Por conseguinte, mesmo que o Estado-Membro de emissão preveja vias de recurso que permitam fiscalizar a legalidade das condições de detenção à luz dos direitos

lhe permitem contestar, se for caso disso, a legalidade das condições da sua detenção num estabelecimento penitenciário desse Estado-Membro” (§ 103).

²¹ Ac. de 25-7-2018, Proc. C-220/18 PPU, *ML/Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*.

²² O tribunal de reenvio refere-se à Dec. *Domján c. Hungria*, do TEDH, de 14-11-2017.

fundamentais, as autoridades judiciárias de execução continuam a ter de proceder a um exame individual da situação, a fim de se certificarem de que a decisão relativa à entrega não fará a pessoa correr o risco real de sofrer um tratamento desumano ou degradante²³.

O Tribunal não deixou, porém, de vincar a existência de limites ao escrutínio a realizar pela autoridade de execução aquando da avaliação do risco concreto²⁴, afirmando que não deve resultar daí uma

²³ Posição reiterada no Ac. *Dorobantu*, de 15-10-2019, Proc. C-128/18, no qual, decidindo um reenvio prejudicial efetuado por um tribunal alemão no contexto da execução de um mandado de detenção europeu emitido pela Roménia, o Tribunal decidiu que a existência de medidas legislativas ou estruturais destinadas a reforçar o controlo das condições de detenção (tais como a instauração de um sistema de mediação ou a criação de tribunais de execução das penas) não afasta, só por si, a existência de um risco real de tratamento desumano ou degradante.

²⁴ O grau de escrutínio, por parte da autoridade de execução, do risco de violação dos direitos fundamentais no Estado-Membro de emissão esteve em vias de ser aprofundado na sequência de um segundo reenvio prejudicial efetuado pelo tribunal alemão no processo de entrega do cidadão *Aranyosi*. Não considerando satisfatórias as informações recebidas das autoridades da Hungria, questionou o Tribunal de Justiça sobre se os preceitos da decisão-quadro deveriam ser interpretados no sentido de ser bastante que se exclua o risco real de tratamento desumano e degradante no primeiro estabelecimento onde o cidadão seria detido após a entrega ou no sentido de ser também necessário que se exclua aquele risco relativamente ao estabelecimento onde previsivelmente seria cumprida a pena em caso de condenação, ou mesmo ainda no caso de posteriores transferências para outros estabelecimentos. Contudo, a questão não chegou a ser respondida pelo Tribunal de Justiça, por terem entretanto os mandados de detenção sido anulados pelas autoridades da Hungria (cf. Despacho de 15-11-2017, Proc. C-496/16, *Pál Aranyosi*). A questão veio, porém, a ser tratada no Acórdão *Generalstaatsanwaltschaft*, de 25-7-2018, Proc. C-220/18 PPU, no qual, em resposta às questões prejudiciais apresentadas pelo mesmo tribunal alemão, igualmente no contexto da execução de um mandado de detenção emitido pela Hungria, o TJUE estabeleceu que: a autoridade judiciária de execução apenas é obrigada a apreciar as condições de detenção existentes nos estabelecimentos prisionais onde provavelmente, de acordo com as informações de que dispõe, a referida pessoa ficará detida, ainda que a título temporário ou transitório; apenas deve verificar, para esse efeito, as condições de detenção, concretas e precisas, da pessoa em causa que sejam pertinentes para determinar se corre um risco real de sofrer tratamentos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta; a avaliação deve ser feita em concreto relativamente à pessoa a que se reporta a execução da decisão, considerando os estabelecimentos prisionais onde provavelmente ficará privada de liberdade. No

paralisação do funcionamento do mecanismo do mandado de detenção europeu.

6. Como seria de esperar, a recente jurisprudência do TJUE — e as situações de relutância no reconhecimento de decisões que estiveram na sua génese — vieram acentuar a preocupação das instituições europeias com a possibilidade de as deficiências nas condições de execução da prisão e nas garantias dos direitos das pessoas privadas da liberdade no território da União constituírem um sério entrave ao reconhecimento de decisões judiciais dos Estados-Membros pelos demais ²⁵.

mesmo sentido, o Tribunal estabeleceu, no *Ac. Dorobantu*, já referido, relativamente à intensidade e ao alcance do escrutínio a levar a cabo pela autoridade de execução, que esta deve ter em conta todos os aspetos materiais relevantes das condições de detenção no estabelecimento prisional onde se prevê que a pessoa venha concretamente a ser detida. Atendendo ao carácter absoluto da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes, esse controlo não deve ficar limitado às insuficiências manifestas. Por outro lado, atento o carácter concreto deste escrutínio, e considerando os prazos que regem a execução dos mandados, o Tribunal estabeleceu também que a autoridade de execução não pode proceder a uma apreciação das condições existentes no conjunto dos estabelecimentos prisionais do Estado de emissão onde a pessoa poderá vir a ser detida, apenas devendo controlar, portanto, as condições existentes no(s) concreto(s) estabelecimento(s) em que se prevê efetivar-se a privação da liberdade. Para o efeito, a autoridade de execução pode solicitar à de emissão as informações que considere necessárias, devendo confiar nas garantias prestadas, pelo menos na falta de elementos precisos em contrário.

²⁵ Vários documentos produzidos pelas instituições posteriormente àqueles acórdãos ilustram essa preocupação. Nomeadamente, o Conselho, nas suas Conclusões sobre o reconhecimento mútuo em matéria penal, “Promover o reconhecimento mútuo reforçando a confiança mútua”, JO C 449, de 13-12-2018, p. 6 e ss., recorda aos Estados-Membros “que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a recusa de executar uma decisão ou julgamento emitido com base num instrumento de reconhecimento mútuo só poderá ser justificada em circunstâncias excecionais e tendo em conta que, em virtude do princípio da primazia do direito da UE, os Estados-Membros não podem exigir a outro Estado-Membro um nível de proteção nacional mais elevado dos direitos fundamentais do que o previsto no direito da UE. Por conseguinte, qualquer não execução com base numa violação dos direitos fundamentais deverá ser aplicada de modo restritivo, seguindo a abordagem desenvolvida pelo TJUE na sua jurisprudência” (conclusão 4.^a); incentiva os Estados-Membros a assegurar a existência de legislação que permita, se for caso disso, o recurso a medidas alternativas à detenção a fim de reduzir a população nos

Note-se que, se até aqui têm sido sobretudo as condições materiais de detenção que têm estado na ordem do dia, são configuráveis vários outros problemas, ligados à possibilidade de exercício dos direitos fundamentais por parte das pessoas privadas da liberdade: pense-se, além

respetivos estabelecimentos prisionais, promovendo assim o objetivo da reabilitação social e atendendo igualmente ao facto de que a confiança mútua frequentemente é minada devido a deficientes condições de detenção e ao problema da sobrelotação nas prisões (conclusão 5.^a); convida a Comissão a dar orientações práticas sobre a jurisprudência recente do TJUE, nomeadamente no processo *Aramyosi*, bem como indicações para que os profissionais possam encontrar fontes pertinentes com informações objetivas, fiáveis e devidamente atualizadas sobre estabelecimentos penitenciários e condições nas prisões nos Estados-Membros (conclusão 19.^a).

Também no documento da EUROJUST “The EAW and Prison Conditions”, de 16-5-2017, resultante de uma discussão entre os Estados-Membros sobre as consequências da recente jurisprudência do TJUE, se relatam diversas preocupações, por exemplo: alguns participantes expressaram a humilhação sentida pelas respetivas autoridades nacionais quando lhes é requerido que “garantam” que as suas prisões cumprem os *standards* mínimos europeus, preferindo o emprego de expressões mais neutras, como “pedido de informações complementares”; foi também expressa a preocupação com o risco de polarização, no sentido de a Europa se dividir em dois “tipos” de Estados-Membros, os que têm “boas prisões” e os que têm “más prisões”, o que pode conduzir a um fenómeno de “*prison shopping*”.

O Parlamento Europeu, na *Resolução sobre os sistemas e condições prisionais*, de 5-10-2017, onde exorta os Estados-Membros a darem cumprimento aos instrumentos internacionais sobre a matéria e formula numerosas recomendações tendentes à melhoria dos seus sistemas penitenciários, não deixa de invocar, nos considerandos, o acórdão *Aramyosi e Căldăraru*.

A Comissão aprovou recentemente, em 8-12-2022, uma Recomendação relativa aos direitos processuais dos suspeitos e arguidos sujeitos a prisão preventiva e às condições materiais de detenção (Recomendação (UE) 2023/681, JO L 86/44, de 24-3-2023), na qual estabelece orientações para que os Estados-Membros tomem medidas eficazes, adequadas e proporcionadas com vista a reforçar os direitos das pessoas sujeitas a prisão preventiva, tanto no que diz respeito aos direitos processuais como às condições materiais de detenção. Aí afirma que são necessárias normas mínimas específicas da União, aplicáveis de igual modo aos sistemas de detenção de todos os Estados-Membros, para reforçar a confiança mútua entre os Estados-Membros e facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais.

Foi ainda criada, em dezembro de 2019, com o apoio da Comissão, uma base de dados sobre as condições de detenção, contendo informação sobre diversos aspetos das condições de detenção nos Estados-Membros, disponível na página da Agência para os Direitos Fundamentais (www.fra.europa.eu/en/databases/criminal-detention).

do acesso aos tribunais já referido, também em questões como o acesso a cuidados de saúde; as oportunidades de ocupação e de ressocialização; o grau de restrição implicado pelo regime prisional; as restrições aos direitos civis e políticos; as restrições aos contactos com o exterior; etc.

Muito recentemente, a 18 de abril de 2023, o TJUE decidiu sobre um caso ²⁶ em que o Estado de execução receava que o estado de saúde (no caso, saúde psíquica) da pessoa a entregar se deteriorasse gravemente em caso de entrega. O TJUE, embora mantendo a posição de que os casos de recusa de execução devem considerar-se excepcionais, e embora afirme que o princípio da confiança mútua gera uma presunção de que os cuidados de saúde oferecidos pelos Estados-Membros para patologias graves, crónicas e potencialmente irreversíveis são adequados, incluindo em meio prisional, não deixou de reconhecer que o risco significativo de deterioração da saúde da pessoa a entregar pode justificar uma suspensão temporária da entrega ou mesmo, em último caso, recusa da execução do mandado; e, para esse efeito, a autoridade de execução deve indagar junto da autoridade de emissão sobre as condições de tratamento que serão asseguradas durante o processo penal e a detenção da pessoa.

7. Como sustentam Autores como Pedro Caeiro, a jurisprudência *Aranyosi* será geradora de uma pressão sobre os Estados-Membros para que conformem (ou mantenham conformes) os seus sistemas punitivos, *na prática*, com as exigências dos direitos fundamentais, sob pena de verem os seus pedidos de cooperação sistematicamente recusados no espaço da União; estes Autores notam que, por paradoxal que possa parecer, nada será mais apto a reforçar a confiança mútua que a decisão de que a confiança não é uma mera assunção normativa: tem de decorrer da verificação real da conformidade com os direitos fundamentais ²⁷.

Além disso, a assunção desta perspetiva por parte da UE poderá conduzir, ainda, a eventuais iniciativas de harmonização, no plano

²⁶ Processo C-699/21, *E. D. L.*, com origem num reenvio prejudicial feito pelo Tribunal Constitucional italiano.

²⁷ P. CAEIRO/S. FIDALGO/J. PRATA RODRIGUES, “The evolving notion...”, *cit.*, p. 13.

européu, em matéria de condições de execução das penas e de direitos das pessoas privadas da liberdade ²⁸. Com efeito, como já antes desta jurisprudência alertava Anabela Miranda Rodrigues, “o reconhecimento mútuo não é (não deve ser) realizável sem harmonização. A confiança mútua não se decreta” ²⁹.

A harmonização de alguns aspetos ligados à execução da pena, nomeadamente os relacionados com os direitos fundamentais dos reclusos e a tutela jurisdicional efetiva, contribuiria não apenas para o funcionamento da cooperação baseada no reconhecimento mútuo, mas também para uma maior igualdade entre cidadãos europeus e para um nível elevado de proteção dos direitos fundamentais no espaço da União ³⁰.

Haveria, porém, que averiguar se existe base jurídica para tal harmonização ³¹. A competência da União para a adoção de diretivas em matéria de execução das penas é duvidosa: é certo que o TFUE prevê o estabelecimento de “regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções”, tanto “em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da

²⁸ Por exemplo, WILLEMS, “Improving detention conditions...”, *cit.*, p. 10, considera que a jurisprudência do TJUE criou um contexto favorável que deve ser aproveitado pela UE para impulsionar um plano legislativo em matéria de privação da liberdade.

²⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 73. A Autora não se referia aqui especificamente à matéria penitenciária, mas à harmonização da legislação penal em geral.

³⁰ Para uma ponderação das finalidades atribuíveis à harmonização no domínio dos sistemas de sanções penais, INÊS HORTA PINTO, *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 94 e ss.

³¹ Abordando a questão da base jurídica para a harmonização de aspetos da execução, nos sucessivos Tratados, INÊS HORTA PINTO, *ibidem*, p. 227 e ss., 290, com indicações doutrinárias. No recente estudo “Prisons and detention conditions in the EU”, encomendado pelo Parlamento Europeu, da autoria de JULIA BURCHETT/ ANNE WEYEMBERGH, disponível em [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/741374/IPOL_STU\(2023\)741374_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/741374/IPOL_STU(2023)741374_EN.pdf), pp. 72 e 103, identificam-se diversas vantagens numa eventual adoção de regras mínimas da UE em matéria de condições de detenção, através de um instrumento legislativo, nomeadamente o facto de permitir um maior grau de vinculatividade e assegurar um maior grau de aplicação, através de diversos instrumentos. Contudo, expressam-se igualmente dúvidas sobre a existência de base jurídica para o efeito.

natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater” como quando “se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização” (n.ºs 1 e 2 do artigo 83.º), mas é duvidoso, do nosso ponto de vista, que a “definição das sanções” abranja aspetos da execução (ou, pelo menos, todos os aspetos, podendo eventualmente admitir-se que o conceito abranja questões ligadas às formas ou modalidades da execução da pena ou a modificações ou flexibilização do seu conteúdo). O Tratado prevê também a adoção de “regras mínimas” sobre “elementos específicos do processo penal”, “na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça” (n.º 2 do artigo 82.º), mas é também questionável, a nosso ver, que tal abranja o domínio da execução das penas (ou, pelo menos, todo este domínio: se se poderia ainda admitir que aspetos do *direito processual da execução* coubessem no âmbito desta norma, já parece demasiado forçado considerar abrangidos todos os aspetos substantivos da execução ³²⁾ ³³⁾.

Quais seriam então as vias para uma harmonização?

Criar uma base jurídica nos Tratados para abrir caminho a uma harmonização vinculativa por via da UE dissiparia as dúvidas referidas. Seria também de ponderar recorrer ao mecanismo previsto no

³² Sobre a distinção entre dimensão substantiva e dimensão processual do direito da execução das penas, *vide* INÊS HORTA PINTO, *Repartição de funções entre Administração e Juiz e tutela jurisdicional efetiva na execução da pena de prisão*, *cit.*, p. 234.

³³ Defendendo que esta base jurídica admite a adoção de diretivas que estabeleçam regras mínimas relativas à prisão preventiva, ESTELLA BAKER/TRICIA HARKIN/VALSAMIS MITSILEGAS/NINA PERŠAK, “The Need for and Possible Content of EU Pre-trial Detention Rules”, *EuCrim* 3/2020, p. 221-229, www.doi.org/10.30709/eucrim-2020-020. Também aqui, a nosso ver, haverá que distinguir aspetos processuais (pressupostos de aplicação da prisão preventiva, direitos de defesa, limites de duração, etc.) dos aspetos materiais da sua concreta execução. Além disso, a prisão preventiva tem uma ligação com o processo penal (e um impacto nas garantias de defesa em processo penal) que a distingue, para este efeito, da execução de uma pena aplicada por sentença transitada em julgado.

artigo 352.º do TFUE, que permite à União, verificados determinados pressupostos, adotar medidas adequadas, quando, ao abrigo dos Tratados, não esteja prevista a competência para o efeito. Contudo, além de tal implicar negociações difíceis e procedimentos morosos, há que ter em conta que os instrumentos harmonizadores, se poderiam conduzir a uma harmonização jurídica, não lograriam necessariamente uma harmonização da situação de facto no que respeita às condições de detenção. Com efeito, na generalidade dos Estados-Membros, não é a lei que permite a possibilidade de alojamento de pessoas condenadas em estabelecimentos sobrelotados e em condições desumanas ou degradantes; trata-se de situações de facto, normalmente *contra legem*, devidas à vetustez dos estabelecimentos prisionais e ao desinvestimento crónico nas condições prisionais.

Assim, no que respeita às condições *físicas* de detenção, a solução poderia passar, mais pragmaticamente, pela criação de programas de financiamento para a melhoria das condições de detenção. Medidas europeias de incentivo à aplicação de penas e medidas não privativas da liberdade e de apoio ao investimento em programas de ressocialização eficazes contribuiriam igualmente para o reforço da *ultima ratio* da prisão e, em consequência, para a atenuação do problema da sobrelotação prisional.

Já quando aos aspetos *jurídicos*, ligados aos direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade, a solução poderia passar pela adoção de instrumentos vinculativos, nomeadamente uma convenção internacional, a celebrar no quadro da UE ou do Conselho da Europa. Contudo, sabe-se como a negociação destes instrumentos é morosa, e a necessidade de obter consensos poderia redundar num instrumento pouco ambicioso; ou, de outro ponto de vista, sendo muito ambicioso, poderia obter poucas adesões. Além de que, reitera-se, a melhoria do nível de proteção jurídico não resolveria de imediato os problemas de que aqui nos ocupamos, a continuar a verificar-se o fosso entre a *law in books* e a *law in action*.

Enquanto não houver avanços através das vias acima apontadas, restará esperar que alguma harmonização aconteça naturalmente, pressionada pelas condenações do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pelos entraves à cooperação judiciária baseada no reconhecimento mútuo.

Independentemente da forma como venha a ser feito este caminho, pode prenunciar-se que a União Europeia, no seu percurso de consolidação enquanto Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, passará a ser um ator relevante no desenvolvimento e na aproximação dos direitos penitenciários europeus, constituindo-se, a par do sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, num propulsor do reforço dos direitos fundamentais dos cidadãos privados da liberdade ³⁴.

³⁴ Defendendo que, no momento atual, o verdadeiro impulso para o direito penitenciário europeu pode e deve vir pela mão da União Europeia, seja por razões estruturais (a maior homogeneidade social e jurídica dos seus membros, em comparação com a que se encontra no mais amplo Conselho da Europa), seja por via do carácter imperativo dos seus instrumentos de harmonização (por oposição ao carácter de *soft law* dos instrumentos do Conselho da Europa), CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE, “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario”, *in*: Adán Nieto Martín/Beatriz García Moreno (dir.), *Ius puniendi y global law: hacia un derecho penal sin estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 600.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt