

O DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: GENEALOGIA, ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Nuno Piçarra.

NunoPicarra@fd.unl.pt

*Recebido em 17/04/2013
Aprovado em 28/06/2013*

Resumo

Este artigo analisa o direito fundamental à liberdade e à segurança reconhecido pelo artigo 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, primeiro, à luz dos seus antecedentes de direito constitucional e de direito internacional. Depois, tendo presente que se trata de um direito fundamental concebido como limite ao poder coercitivo do Estado – o titular do monopólio da violência legítima –, procura determinar-se o sentido e o alcance da sua aplicabilidade à União Europeia – que não dispõe de poder de coerção próprio. Finalmente, examina-se a estreita relação, imposta pela própria Carta, entre o artigo 6.º e o seu homólogo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Palavras-Chave

Direito fundamental à liberdade e segurança. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Convenção Europeia dos Direitos do Homem

THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY IN THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION: ANTECEDENTS, SCOPE AND JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENTS

Nuno Piçarra.

Abstract

This article deals with the fundamental right to liberty and security of person as recognised by Article 6 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, firstly in the light of its constitutional and international legal antecedents. Afterwards, inasmuch as that fundamental right is conceived as a limit to the coercive power of the State – the holder of the monopoly of legitimate violence –, the present article tries to determine the meaning and extent of the applicability of such right to the European Union, which has no coercive powers of its own. Finally, it is analysed the close relationship, imposed by the Charter itself, between Article 6 and its homologue in the European Convention on Human Rights.

Keywords

Fundamental right to liberty and security of person. Charter of Fundamental Rights of the European Union. European Convention on Human Rights.

Sumário:

I. Introdução.

II. A linhagem do artigo 6.º da Carta: direito constitucional e direito internacional.

III. A diferente posição da União Europeia e dos Estados-Membros perante o artigo 6.º.

IV. O artigo 6.º como parâmetro de validade da legislação da União Europeia: os principais domínios.

V. Conteúdo e alcance normativo do artigo 6.º: o contributo jurisprudencial.

VI. Conclusão.

I. Introdução

1. O artigo 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir designada por Carta) – nos termos do qual “toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança” – encabeça o Título II daquela, dedicado às “Liberdades”. Trata-se de um dos direitos fundamentais mais cedo identificados pela tradição constitucional do Ocidente.

Na vertente liberal desta tradição, sendo a liberdade a regra, mais do que defini-la positivamente¹, importa prever e delimitar as suas exceções. A segurança, por seu turno, pode ser entendida de várias maneiras: (i) como proibição de prisão ou detenção arbitrárias; (ii) como direito à ordem pública destinada à preservação das pessoas e dos bens (inclusive, como é óbvio, em situações de privação da liberdade, resultantes de medida de prisão ou detenção); (iii) como direito de saber o que pode ou não fazer-se.

Apesar de o conceito de liberdade ser aberto, preceitos como o do artigo 6.º, que o acoplam com o conceito de segurança, menos indeterminado, conferem-lhe normalmente como conteúdo normativo a proteção contra atos arbitrários de prisão ou de detenção – e, portanto, de privação da liberdade pessoal – praticados pelo Estado, que reivindica o monopólio do exercício legítimo da violência, designadamente para efeitos da garantia da ordem e da segurança públicas e do combate ao crime. Neste contexto, a referência à segurança tem sido entendida como dispendo de um valor normativo autónomo, conducente ao reforço da garantia da liberdade pessoal, na acepção referida².

Assim definido, o direito fundamental em análise incide apenas sobre um aspeto muito específico da liberdade – e bem distinto da liberdade de circulação genericamente prevista pelos artigos 45.º da Carta, 20.º, n.º 2, alínea *a*), e 21.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), aí definida como o direito de que goza cada cidadão da União “de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros”. Por isso mesmo, o artigo 6.º não constitui *a priori* um parâmetro de validade das restrições à liberdade de circulação de pessoas, menos drásticas do que a detenção ou a prisão, como o afastamento ou a expulsão do território de um Estado-Membro, por razões de ordem, segurança e saúde públicas, ou por razões imperativas de interesse geral.

Ciente, porém, da existência de situações de fronteira entre os dois tipos de medidas, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) já declarou que a distinção entre privação e restrição da liberdade “é apenas de grau ou intensidade,

¹ Como observa CARCASSONNE, GUY, *La Constitution*, 10.ª edição, Paris, 2011, p. 408, é da própria essência da liberdade ser incompatível com uma definição prévia positiva.

² Neste sentido, ver CELOTTO, ALFONSO, *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2008, p. 42 e autores aí citados.

não de natureza ou de essência”, avançando para o efeito um “conjunto de critérios como o género, a duração, os efeitos e o modo de execução da medida em causa”³. O Tribunal de Justiça⁴, por seu turno, já teve ocasião de esclarecer que, tratando-se de afastar uma pessoa em situação irregular do “território dos Estados-Membros”, em cumprimento do direito da própria UE, a execução da medida (restritiva) de afastamento não pode ser prejudicada pela aplicação de uma pena de prisão ao destinatário unicamente porque este permanece indevidamente no território do Estado-Membro em causa. Nesta hipótese-limite, portanto, a restrição da liberdade (de circulação), por um lado, e a privação da liberdade (pessoal), por outro, excluem-se mutuamente⁵.

Seja como for, porque a maior parte dos casos de privação da liberdade tem lugar no âmbito da administração da justiça penal, o direito à liberdade na aceção do artigo 6.º relaciona-se diretamente com os direitos que a Carta consagra no seu Título VI (“Justiça”), a saber, o direito à ação e a um tribunal imparcial (artigo 47.º), a presunção de inocência e os direitos de defesa (artigo 48.º), o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º) e o direito de não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º).

2. O presente estudo começa por recordar a linhagem jusconstitucional e jusinternacional do direito à liberdade e à segurança (II). Debruça-se em seguida sobre a aplicabilidade do artigo 6.º – originariamente concebido como limite à atividade coercitiva do Estado no exercício do seu monopólio da violência legítima, por intermédio de corpos policiais e judiciários – à União Europeia (UE ou União) que, como é sabido, não dispõe de poder de coação nem de aparelhos próprios para o efeito, embora se encontre dotada de uma competência legislativa quase tão vasta como a que é própria de qualquer Estado soberano. A este propósito, recordar-se-á não só a repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros em matéria de execução e aplicação do direito de fonte europeia, mas também as esferas de competência legislativa da UE para cujo exercício o artigo 6.º se torna mais relevante como parâmetro de validade (III. e IV.).

Finalmente, porque “os direitos consagrados no artigo 6.º correspondem aos direitos garantidos pelo artigo 5.º da CEDH [Convenção Europeia dos Direitos do Homem], cujo sentido e âmbito são iguais, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 52.º da Carta”, analisa-se sucintamente aquele artigo 5.º, com o conteúdo

³ Ver o acórdão do TEDH, *Guzzardi contra Itália*, de 6 de novembro de 1980, n.ºs 92 e 93.

⁴ De acordo com o artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE), o Tribunal de Justiça é um dos tribunais que, juntamente com o Tribunal Geral e o Tribunal da Função Pública (até à data, o único tribunal especializado na aceção deste preceito), integram o conjunto dos tribunais organicamente pertencentes à UE, denominado Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁵ Ver os acórdãos do TJ de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, e de 6 de dezembro de 2011, *Achughbabian*, C-329/11, n.º 46.

e o alcance que lhe vêm sendo dados pela jurisprudência do TEDH. Trata-se de uma análise tanto mais indispensável quanto as restrições suscetíveis de afetar o direito à liberdade e à segurança contemplados pela Carta “não poderão exceder as autorizadas pela CEDH nos termos do disposto no artigo 5º”⁶. (V).

II. A linhagem do Artigo 6.º Da Carta: Direito Constitucional e Direito Internacional

3. O artigo 6.º tem a sua origem remota na *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo monarca inglês João Sem-Terra em 15 de junho de 1215. Aí se concede “a todos os homens livres do reino” o direito de não ser “detido ou sujeito a prisão (...) senão mediante julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Quatro séculos mais tarde, a Petição de Direito de 7 de junho de 1628, remetendo para a Magna Carta e para o “decretado e estabelecido, por autoridade do Parlamento, no vigésimo oitavo ano do reinado de Eduardo III”, explicitou no seu ponto IV que *ninguém*, seja qual for a sua categoria ou condição, pode ser detido ou preso sem lhe ser dada “a possibilidade de se defender em processo jurídico regular” (ênfase acrescentada).

Este direito foi depois objeto de um desenvolvimento fundamental na Lei de *Habeas Corpus* de 1679. Retomando o já consagrado no *common law*, tal lei veio determinar que, mediante reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo, ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime, a autoridade judicial competente concede providência de *habeas corpus* em benefício do preso, a qual é imediatamente executória. “Se afiançável, o indivíduo será solto durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente”. Caso contrário, o preso é “apresentado ao tribunal em prazo curto (...) que não deve exceder em caso algum vinte dias”. “Os oficiais e os guardas que deixarem de praticar os atos de execução devidos, ou que não entregarem ao preso ou ao seu representante, nas seis horas que se seguirem à formulação do pedido, uma cópia autêntica do mandato de captura”, são obrigados a compensar o queixoso, para além de perderem o cargo.

⁶ Ver as “Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais”, in **Jornal Oficial da União Europeia**, C 303, de 14-12-2007, p. 19. A este respeito, o artigo 6.º do TUE, ao dotar a Carta do “mesmo valor jurídico que os Tratados [da UE]”, veio dispor também que “os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados (...) tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições” (n.º 1, primeiro e terceiro parágrafos). Considerando tais Anotações “um apêndice esdrúxulo, ao mesmo tempo atípico e inapropriado”, ver DUARTE MARIA LUÍSA, “O tratado de Lisboa e o sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais”, in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais**, Coimbra, 2011, pp. 83-84. A autora sustenta com razão que, por terem sido “redigidas num determinado cenário institucional e temporal”, as Anotações “não podem, no futuro, limitar a liberdade aplicativa dos tribunais, da União e dos Estados-Membros, e não podem, por isso, sustentar a dinâmica de interpretação evolutiva e contextual das disposições da Carta”.

O direito fundamental em análise foi posteriormente incorporado na secção VIII da Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776 – que o densifica como direito de o acusado “conhecer a causa e a natureza da acusação” –, passando para o quarto aditamento à Constituição federal norte-americana de 17 de setembro de 1787, nos termos do qual “será garantido o direito dos cidadãos à segurança das suas pessoas contra detenções arbitrárias” por parte dos poderes públicos. Estes não podem emitir ordens de detenção “sem razão plausível apoiada em juramento ou compromisso de honra”, que não especifiquem as pessoas sobre que recaem.

4. Fora do mundo anglo-americano, é o artigo 7.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em França em 26 de agosto de 1789, que consagra pela primeira vez o direito à liberdade e à segurança, depois de, no artigo 4.º, definir a liberdade como o “poder de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem” e precisar que os limites a tal liberdade “apenas podem ser determinados pela lei” e unicamente com o objetivo de assegurar a cada membro da sociedade o gozo dessa liberdade. O artigo 5.º vincula a lei a não proibir “senão as acções prejudiciais à sociedade”, determinando que “tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e que ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.

Em contrapartida, só a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão integrada na Constituição do Ano I, de 24 de junho de 1793, definiu, no artigo 8.º, a segurança como “a protecção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, dos seus direitos e das suas propriedades”⁷.

5. O direito garantido pelo artigo 6.º também encontra antecedentes em diversos instrumentos de direito internacional público, adotados após a Segunda Guerra mundial.

O primeiro é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada como resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O direito à liberdade e à segurança pessoal, juntamente com o direito à vida, vêm proclamados no artigo 3.º. O corolário fundamental que lhe está associado desde as origens não se encontra explicitado neste artigo, mas sim no artigo 9.º, nos termos do qual “ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

⁷ Uma versão em língua portuguesa de todos os instrumentos jurídicos citados pode ver-se em MIRANDA, JORGE, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa, 1980, pp. 15, 17-18, 21, 33, 51-52, 58 e 76.

O segundo instrumento de direito internacional, igualmente concluído no âmbito das Nações Unidas, em execução da Declaração de 1948 (desprovida de eficácia jurídica a se), é o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, aprovado em Nova Iorque em 16 de dezembro de 1966. O artigo 9.º consagra o direito à liberdade e à segurança, desta vez acompanhado dos corolários que os textos históricos do direito constitucional anteriormente analisados lhe associam. Reproduz o artigo 5.º da CEDH⁸, elaborada no quadro do Conselho da Europa e assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, embora com uma importante diferença: este último artigo enumera ainda, em termos limitativos, os “motivos” pelos quais, “em conformidade com os processos previstos na lei”, uma pessoa pode ser privada da liberdade⁹.

O artigo 5.º da CEDH não constitui apenas um antecedente do artigo 6.º da Carta. Na verdade, tal como o confirmam as Anotações¹⁰, o artigo 6.º consagra direitos correspondentes aos direitos garantidos pelo artigo 5.º da CEDH, tendo sido por razões de legibilidade que não retomou na íntegra o texto deste último. No entanto, como já se disse, é o próprio artigo 52.º, n.º 3, da Carta a determinar genericamente que “o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção”, não podendo as restrições suscetíveis de lhes serem impostas no quadro da União exceder as previstas pelo mesmo artigo da CEDH. O direito da UE pode, porém, conferir-lhes “uma proteção mais ampla”¹¹.

⁸ Sobre este artigo, ver na doutrina portuguesa BARRETO, IRENEU CABRAL, **A Convenção dos Direitos do Homem Anotada**, 2.ª edição, Coimbra, 1999, pp. 87 segs. e a jurisprudência aí citada.

⁹ É a técnica também adotada pelo artigo 27.º da Constituição portuguesa e pelo artigo 17.º da Constituição espanhola.

¹⁰ Cf. o **Jornal Oficial da União Europeia**, supracitado na nota 6, p. 33.

¹¹ Observando que a regra contida no artigo 52.º, n.º 3, da Carta coloca “dificuldades específicas” relativamente a determinados direitos, como o de não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito, constante do artigo 50.º da Carta e do artigo 4.º do Protocolo 7 à CEDH, ver as conclusões do advogado-geral VILLALÓN, PEDRO CRUZ, proferidas em 12 de junho de 2012 no processo *Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, n.ºs 6 e 70 e segs. Isto porque há dimensões do princípio *ne bis in idem* que “estão longe de ser aplicadas e consolidadas nos Estados signatários da CEDH”. Mais concretamente, “há um número significativo de Estados-Membros que não ratificou o Protocolo 7 da CEDH, ou que formulou reservas ou declarações especificamente ao seu artigo 4.º”. Por essa razão, o advogado-geral considera a justo título que “a obrigação de interpretar a Carta à luz da CEDH deve ser matizada quando o direito fundamental em questão, ou uma vertente do mesmo (como é o caso da aplicabilidade do artigo 4.º do Protocolo 7 da CEDH à dupla condenação administrativa e penal), não tenha sido plenamente adotado pelos Estados-Membros (n.ºs 82 e 85). Sobre o artigo 52.º, n.º 3, ver também **Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, elaborado pela Rede Europeia de Peritos Independentes em matéria de Direitos Fundamentais, 2006, pp. 400 segs.

III. A diferente posição da União Europeia e dos Estados- Membros perante o Artigo 6.º

6. Se o direito à liberdade e à segurança, tal como o demonstra a sua genealogia, se configura como um meio de limitar o poder coercitivo inerente ao Estado de privar alguém da liberdade física, em nome do combate à criminalidade e da manutenção geral da ordem pública, da segurança pública ou da saúde pública, que sentido terá enumerá-lo num catálogo de direitos fundamentais como a Carta, cujos destinatários são, antes de mais, “as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade”? A pertinência da questão é tanto mais óbvia quanto é certo que a União, como se sabe, encontra-se desprovida de poderes coercitivos, não estando por conseguinte habilitada por si só a privar ninguém da liberdade física através de detenção ou prisão¹². Noutra perspetiva, os Estados-Membros preservam integralmente o monopólio da coação ou violência legítima¹³.

A própria Carta, no artigo 51.º, n.º 1, responde a uma parte da questão. Na realidade, aí se elencam também como seus destinatários os Estados-Membros, embora “apenas quando apliquem o direito da União”¹⁴. No exercício desta tarefa, em cuja base está, portanto, uma determinada presença do direito da UE, os Estados-Membros devem respeitar os direitos e observar os princípios consignados na Carta e promover a sua aplicação, “de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados”. Em tal hipótese, por outras palavras, pode ser do interesse da União sujeitar as manifestações mais ou menos autónomas do poder público dos Estados-Membros a um controlo centralizado, com base no catálogo de direitos fundamentais contido na Carta, por

¹² Na doutrina, ver entre tantos DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *La Naturaleza de la Unión Europea*, Madrid, 2009, p. 177, onde se recorda que a UE não está capacitada para fazer uso da violência física, carecendo do poder de coação. O autor refere a este respeito (p. 87), por um lado, os artigos 280.º e 299.º do TFUE, de onde resulta que a execução forçada das decisões do Conselho, da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia, na aceção do artigo 19.º, n.º 1, do TUE (ver *supra*, nota 4) é “regulada pelas normas de processo civil em vigor no Estado-Membro em cujo território se efetuar (...), recorrendo diretamente ao órgão competente em conformidade com a legislação nacional”. Por outro lado, o mesmo autor remete para o acórdão de 21 de setembro de 1989, *Hoechst AG contra Comissão*, processos apensos 46/87 e 227/88, in **Coletânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**, 1989, p. 2859, n.ºs 32-34, onde se confirma que, por as instituições da União não disporem de meios próprios de coação, a garantia da observância do direito da UE pelos particulares repousa, definitivamente, no braço armado dos Estados-Membros. Para tal, estes podem *in extremis* e no estrito respeito do princípio da legalidade, prever e aplicar medidas de detenção ou de prisão contra pessoas singulares. O acórdão precisa ainda que “os Estados-Membros têm a obrigação de garantir a eficácia da ação da Comissão”, sendo-lhes exigida a assistência necessária ao desempenho da tarefa desta, “no caso de a empresa se opor às diligências” e igualmente a título preventivo, “para ultrapassar qualquer eventual oposição da empresa”.

¹³ Salientando este aspeto crucial, ver recentemente HABERMAS, JÜRGEN, **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa**, Lisboa, 2012, p. 74.

¹⁴ Chamando a atenção para o facto de o artigo 51.º, n.º 1, ter sido uma das disposições mais complexas de elaborar de entre todo o texto da Carta [e] objeto de diversas versões até à adoção da redação final”, ver SOARES, ANTÓNIO GOUCHA, **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Proteção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário**, Coimbra, 2002, p. 45.

parte do seu “intérprete último” que é o Tribunal de Justiça. Isto implicará uma transferência para a União da responsabilidade originária dos Estados-Membros, enquanto Estados de direito, pela tutela dos direitos fundamentais de quem releve da sua jurisdição¹⁵.

Todavia, tal como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça para que remetem as Anotações à Carta, não é só quando executam ou aplicam atos jurídicos da União que os Estados-Membros devem observância à Carta. É também quando estabelecem derrogações ao direito da UE, expressamente previstas pelos Tratados [como as que constam dos artigos 36.º, 45.º, n.º 3, 52.º, 62.º e 65.º, n.º 1, alínea b), do TFUE], ou paulatinamente elencadas pela jurisprudência daquele tribunal¹⁶. Em conformidade com isto, lê-se nas Anotações que “resulta sem ambiguidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União se impõe aos Estados-Membros quando estes agem no âmbito do direito da União”. As Anotações, contrariamente

¹⁵ Cf., no entanto, as citadas conclusões do advogado-geral VILLALÓN, PEDRO CRUZ, n.º 40, segundo o qual o mero facto de o exercício do poder coercitivo dos Estados-Membros ter a sua base legal no direito da UE “não é, por si só, suficiente para se considerar que se trata de uma situação de «aplicação» deste”. Mais concretamente, “a mera constatação de que um determinado exercício do poder sancionatório estatal tem origem, em última análise, numa disposição do direito da União não basta para transferir o controlo de quaisquer garantias constitucionais aplicáveis ao exercício desse poder da esfera dos Estados-Membros para a esfera da União” (n.º 54). Por conseguinte, do simples facto de um Estado-Membro pôr o seu ordenamento ao serviço dos objetivos estabelecidos pelo direito da União não pode derivar-se, sem mais, “uma transferência na repartição da responsabilidade pela garantia dos direitos fundamentais entre a União e os Estados”, nem a competência do Tribunal de Justiça para sindicarem a correspondente atuação de um Estado-Membro à luz da Carta. Em aplicação destes critérios de delimitação difícil, o advogado-geral sustentou concretamente que o regime fiscal nacional aplicável aos casos de incumprimento das obrigações de declaração em matéria de IVA – que acumula a cobrança de sobretaxas fiscais com a abertura de processos-crime – não deveria ser escrutinado à luz do princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 50.º da Carta, por não constituir um caso de aplicação do direito da União, no sentido do artigo 51.º, n.º 1. Isto porque “o problema, na medida em que exista, com o alcance do princípio *ne bis in idem* no direito [do Estado-Membro em causa] é um problema geral de arquitetura do seu direito sancionatório e, como tal, tem uma existência totalmente autónoma em relação à cobrança de IVA, em que o presente caso de repressão de uma conduta de falsificação de dados surge como uma simples *ocasião*” – e não como “*causa* mais ou menos próxima” (n.ºs 61-65). O Tribunal de Justiça, porém, numa abordagem menos especulativa e mais pragmática, pronunciou-se no sentido de que as sobretaxas fiscais e os processos-crime por fraude fiscal, como aquele de que o arguido no processo principal foi ou é objeto com fundamento na falsidade das informações fornecidas em matéria de IVA, constituem uma aplicação dos artigos 2.º, 250.º n.º 1, e 273.º da Diretiva 2006/112 (...) e do artigo 325.º TFUE e, portanto, do direito da União, na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta”. Segundo o Tribunal de Justiça, mesmo neste tipo de casos, “os Estados-Membros podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União” (ver o acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, n.ºs 27 e 29, com remissão para o acórdão da mesma data, *Melloni contra Ministerio Fiscal*, C-399/11, n.º 63). Como exemplos de casos em que o TJ entendeu não se estar perante uma aplicação do direito da UE pelos Estados-Membros na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, ver o acórdão de 7 de junho de 2012, *Vinkov*, C-27/11, n.º 59, e o despacho de 7 de março de 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte et alii*, C-128/12, n.º 12.

¹⁶ Ver por todos o acórdão de 20 de fevereiro de 1979, *Rewe contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (“*Cassis de Dijon*”), processo 120/87, in **Coletânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**, p. 649, n.º 8.

ao que sustenta um setor significativo da doutrina, apontam portanto mais para uma continuidade do que para a existência de uma tensão entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça e o disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Carta¹⁷.

Aqui, com vista a garantir não só a boa execução/aplicação do direito da UE, mas também a observância das derrogações que legitimamente lhe introduzam, os Estados-Membros podem tomar medidas de privação da liberdade dos infratores, funcionando como “braço secular” da União, tanto mais que estão genericamente obrigados, em cumprimento do princípio da cooperação leal, consagrado pelo artigo 4.º, n.º 3, do TUE, a prever sanções eficazes, proporcionadas e dissuasoras para as violações do direito da UE cometidas nos respetivos territórios¹⁸.

O artigo 6.º constitui assim parâmetro de validade de todas essas medidas, sejam elas tomadas pelas autoridades centrais, pelas instâncias regionais e locais, ou ainda por quaisquer outros organismos públicos. Noutra perspectiva, relevam deste preceito da Carta os três possíveis cenários de exercício da coação pelos Estados-Membros no âmbito do direito da União: (i) para fazer cumprir atos da própria União; (ii) para que os funcionários ou agentes da União possam exercer as suas funções; (iii) para que as autoridades nacionais possam aplicar o direito da União¹⁹.

7. Para responder à outra parte da questão de saber em que medida a própria União, apesar de destituída de poder coercitivo, se encontra vinculada pelo artigo 6.º da Carta, importa recordar que o direito fundamental nele consagrado, em linha com os seus antecedentes, constitui parâmetro de validade não só das medidas individuais e concretas privativas da liberdade, tomadas pelas autoridades administrativas e judiciárias dos Estados-Membros “no âmbito do direito da

¹⁷ Cf. o **Jornal Oficial da União Europeia**, supracitado na nota 6, p. 32. No mesmo sentido, ver as conclusões do advogado-geral VILLALÓN, PEDRO CRUZ, supracitadas na nota 11, n.ºs 25-26, e por último o citado acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson*, n.º 18, segundo o qual “este artigo da Carta confirma a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à medida em que a ação dos Estados-Membros deve conformar-se com as exigências decorrentes dos direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica da União”. Para maiores desenvolvimentos sobre a delimitação jurisprudencial do conceito de “ação dos Estados-Membros no âmbito do direito da União”, ou de “disposições nacionais que relevam do âmbito de aplicação do direito da União”, ver PIÇARRA, NUNO “A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in **Ab Uno ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora**, Coimbra, 1998, pp. 1407 segs. Ver também SOARES, ANTÓNIO GOUCHA, **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, cit., p. 15, e **Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, cit., especialmente pp. 392-393.

¹⁸ Sobre o artigo 4.º, n.º 3, do TUE, ver por último na doutrina portuguesa a anotação de QUADROS, FAUSTO DE in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, Coimbra, 2012, pp. 33-35, e bibliografia aí citada.

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos, ver DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, “Hacia una teoría de la coacción en el derecho de la Unión Europea”, in **La Naturaleza de la Unión Europea**, Madrid, 2009, na nota 12, especialmente pp. 176-179.

União”, mas também das medidas de natureza legislativa chamadas a enquadrar em termos gerais e abstratos o poder coercitivo em causa. Isto por força do princípio do Estado/União de direito e do seu corolário fundamental, que é o princípio da legalidade.

Se até à data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa era controversa a competência legislativa em matéria penal da Comunidade Europeia (o então Primeiro Pilar da UE)²⁰, com a entrada em vigor daquele Tratado, a competência da União para adotar regulamentos e diretivas nessa matéria tornou-se inquestionável, designadamente em face dos artigos 82.º, 83.º, 85.º e 86.º do TFUE²¹, mas também do artigo 325.º, n.º 4, do mesmo tratado²². A União dispõe hoje de competência para prever, através de atos legislativos, medidas de privação da liberdade (prisão e detenção), cuja validade deve ser escrutinada à luz do artigo 6.º da Carta. Tal competência é principalmente enquadrada pelo objetivo do artigo 3.º, n.º 2, do TUE, desenvolvido no Título V da Parte III do TFUE, de proporcionar aos cidadãos da União “um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”²³.

Por isso mesmo, as Anotações à Carta clarificam que os direitos consignados no artigo 6.º devem ser respeitados “especialmente quando o Parlamento Europeu e o Conselho adotam atos legislativos na área da cooperação judiciária em matéria penal [componente essencial do espaço de liberdade, segurança e justiça], com base nos artigos 82.º, 83.º, e 85.º do TFUE, nomeadamente tendo em vista a definição de regras mínimas comuns em matéria de qualificação de infrações e de penas e determinados aspetos do direito processual”.

8. Ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, no âmbito do então Terceiro Pilar da União (materialmente circunscrito à cooperação policial e judiciária penal e ao direito penal europeu, nos termos do anterior Título VI do TUE), já se tinha constituído um considerável acervo normativo dessa natureza, relativamente ao qual o artigo 6.º, pelas razões supra-indicadas, adquiriu especial

²⁰ Sobre o tema ver PIÇARRA, NUNO, “Direito da União Europeia: o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, in **Themis**, ano X, n.º 19, 2010, pp. 328-330 e bibliografia e jurisprudência aí citadas.

²¹ Sobre estes artigos, ver as anotações de RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, cit., pp. 426-453 e bibliografia aí citada.

²² Sobre este último preceito, ver *infra*, n.º 10.

²³ Para uma introdução ao tema ver PIÇARRA, NUNO, “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais**, Coimbra, 2011, pp. 127 segs. Para maiores desenvolvimentos ver PEERS, STEVE, **EU Justice and Home Affairs Law**, 3.ª edição, Oxford, 2011.

relevância²⁴. Tal acervo, porém, não era composto por regulamentos ou diretivas, mas sim, no essencial, por decisões-quadro e decisões, previstas pelo artigo 34.º, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), do anterior Título VI do TUE e destituídas de força jurídica e de justiciabilidade idênticas às dos primeiros – por imposição, respetivamente, daqueles preceitos e do artigo 35.º do mesmo título, todos eles revogados pelo Tratado de Lisboa.

Mais concretamente, por um lado, tais decisões-quadro e decisões não podiam produzir efeito direto, ou seja, não podiam constituir diretamente critério de solução jurisdicional de litígios. Por outro lado, a sua inobservância pelos Estados-Membros não podia ser objeto de ação por incumprimento (artigo 35.º, n.º 7, primeira parte). Além disso, o elenco de entidades com legitimidade ativa para interpor recurso de anulação de tais atos (n.º 6 do mesmo artigo) era mais restrito do que o previsto pelo artigo 263.º do TFUE, e a faculdade de os tribunais nacionais submeterem ao TJ questões prejudiciais de interpretação e de validade relativas às decisões-quadro e às decisões dependia da aceitação expressa dos respetivos Estados-Membros (n.ºs 1 a 3 do artigo 35.º).

Atualmente, apesar de o anterior Título VI do TUE ter sido revogado pelo Tratado de Lisboa, mantêm-se por um período máximo de cinco anos as limitações previstas pelos citados artigos 34.º n.º 2, e 35.º em relação à eficácia e ao controlo jurisdicional das decisões-quadro e das decisões que não sejam transformadas em atos previstos pelo artigo 288.º do TFUE. É o que determinam os artigos 9.º e 10.º, n.os 1 a 3, do Protocolo n.º 36, relativo às disposições transitórias, anexado pelo Tratado de Lisboa ao TUE e ao TFUE²⁵.

Isto significa que, muito embora a Carta tenha adquirido um valor jurídico idêntico ao dos Tratados da UE, aquelas disposições transitórias impedem o pleno escrutínio, à luz dela e, em especial, do seu artigo 6.º, das decisões-quadro e das decisões cuja aplicação envolva a tomada de medidas de privação da liberdade. Os artigos 9.º e 10.º do Protocolo citado dificultam, portanto, pelo menos transitoriamente, a transformação do espaço de liberdade, segurança e justiça – originariamente securitário e instrumental do mercado comum – num “projeto político que permite medir as lacunas do dispositivo que o rege” pelo parâmetro de validade a se da legislação da União, em que a Carta se tornou com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa²⁶. Por outras palavras, o Protocolo sobre as disposições

²⁴ Para um elenco desse acervo ver PEERS, STEVE, “The «Third Pillar acquis» after the Treaty of Lisbon enters into force”, in **Statewatch Analysis**, <http://www.statewatch.org>, 1 de dezembro de 2009.

²⁵ Ver por último o acórdão *Vinkov*, C-27/11, cit., n.º 50.

²⁶ Cf. LABAYLE, HENRI, “L’espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l’Europe”, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE e F. PICOD (eds.), **Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article**, tomo 1, Bruxelas, 2007, p. 560.

transitórias, com todas as limitações ao escrutínio jurisdicional das decisões-quadro e das decisões que mantém, permite prolongar escusadamente as lacunas, em termos de direitos e princípios fundamentais, existentes na legislação da UE em domínios tão sensíveis como a cooperação judiciária em matéria penal ou o direito penal europeu²⁷.

IV. O Artigo 6.º Como parâmetro de validade da Legislação da União: os principais domínios

9. Os atos legislativos da União relativamente aos quais o artigo 6.º constitui parâmetro de validade de especial importância são de quatro tipos.

O primeiro destina-se a facilitar a cooperação judiciária em matéria penal e a efetivação do princípio do reconhecimento mútuo em que tal cooperação assenta (artigo 82.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TFUE).

O segundo tipo visa a aproximação das legislações penais e processuais penais dos Estados-Membros, embora apenas na medida do necessário “para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça”. Traduz-se na adoção de “regras mínimas” (que apontam para uma aproximação “à superfície”) nomeadamente em matéria de (i) admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; (ii) direitos individuais em processo penal; (iii) direitos das vítimas da criminalidade (artigo 82.º, n.º 2).

O terceiro tipo, em contrapartida, já se configura como autónomo em relação à cooperação judiciária em matéria penal e tende à adoção de “regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações ou ainda da especial necessidade de as combater”, suscetíveis de ulterior alargamento. Esses domínios são os seguintes: (i) terrorismo; (ii) tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças; (iii) tráfico de droga e de armas; (iv) branqueamento de capitais; (v) corrupção; (vi) contrafação de meios de pagamento; (vii) criminalidade informática; (viii) criminalidade organizada (artigo 83.º, n.º 1). Dada a sua natureza particularmente grave e transfronteiriça, tais infrações são encaradas como “crimes contra a UE”, inspirando-se de algum modo no conceito federal norte-americano de “*crimes against the USA*”.

²⁷ Cf. PIÇARRA, NUNO, “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais**, Coimbra, 2011, pp. 146-147.

O quarto tipo de atos legislativos traduz-se em “regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções”, quando tal “se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização” (artigo 83.º, n.º 2). Trata-se de um direito penal “apêndice” de determinados atos legislativos de harmonização.

As Anotações citadas referem ainda como especialmente relevantes em sede do artigo 6.º os atos legislativos relativos à Eurojust, cuja missão é “apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da acção penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais Estados-Membros, ou que exija o exercício de uma ação penal assente em bases comuns” (artigo 85.º)²⁸.

10. Para além dos atos legislativos baseados nos artigos 82.º, 83.º e 85.º do TFUE, as Anotações não se referem expressamente a nenhuns outros relativamente aos quais “os direitos consignados no artigo 6.º” devam assumir especial relevância como parâmetro de validade. No entanto, não é difícil elencar mais atos legislativos da UE que, por causa de características equiparáveis aos primeiros, assumem idêntica importância face ao mesmo preceito da Carta²⁹.

Em primeiro lugar, e ainda na área da cooperação judiciária em matéria penal, estão os atos legislativos de instituição de uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust, a fim de combater as infrações lesivas dos interesses financeiros da União e a criminalidade grave transfronteiriça. A Procuradoria Europeia disporá de competência para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e cúmplices daquelas infrações. Os regulamentos previstos pelo artigo 86.º do TFUE devem definir não só (i) o estatuto da Procuradoria Europeia, como também (ii) as condições em que esta exerce funções, (iii) as regras processuais aplicáveis às suas atividades e (iv) as que regem a admissibilidade dos meios de prova, bem como (v) as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos processuais que a Procuradoria Europeia pratique no exercício das suas funções.

²⁸ Entre os atos legislativos já adotados com base nos citados artigos do TFUE, veja-se por último a Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal, in **Jornal Oficial da União Europeia**, L 142, de 1-6-2012, p. 1.

²⁹ Em sentido diferente, tomando à letra a citada passagem das anotações, ver CELOTTO, ALFONSO, **Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, Durham, 2008, p. 43, para quem o artigo 6.º da Carta se aplica às restrições estaduais à liberdade física individual e às disposições penais da União.

É certo que a Procuradoria Europeia não é de instituição obrigatória. Mas tal não se afigura razão suficiente para as Anotações omitirem uma menção à especial relevância, em sede do artigo 6.º da Carta, dos atos legislativos baseados no artigo 86.º. E isto tanto mais que, à semelhança dos atos legislativos baseados nos artigos 82.º e 83.º, os baseados no artigo 86.º podem entrar em vigor, a título de cooperação reforçada, se pelo menos nove Estados-Membros chegarem a acordo a esse respeito.

Em segundo lugar, já fora do Título dedicado ao espaço de liberdade, segurança e justiça – mas fortemente ligado à sua componente de cooperação judiciária em matéria penal *lato sensu*, expressamente mencionada pelas Anotações –, estão os atos legislativos baseados no artigo 325.º, n.º 4, do TFUE, “nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, tendo em vista proporcionar uma proteção efetiva e equivalente nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União”. A relevância destes atos legislativos em sede do artigo 6.º da Carta é tanto maior quanto é certo que, contrariamente ao que dispunha o artigo 280.º, n.º 4 (antecessor do artigo 325.º, n.º 4), eles podem agora dizer respeito “à aplicação do direito penal nacional e à administração da justiça nos Estados-Membros”³⁰.

Em terceiro lugar, estão os atos legislativos adotados num domínio umbilicalmente ligado à cooperação judiciária em matéria penal e também componente do espaço de liberdade, segurança e justiça, que é a cooperação policial. Dessa ligação dá conta, por exemplo, o artigo 86.º do TFUE ao prever expressamente a articulação da Europol (instância central de cooperação policial da UE) com a Procuradoria Europeia para vários efeitos penais e processuais penais. Por outro lado, como já se referiu, a competência legislativa de que a UE dispõe nos termos do artigo 82.º, n.º 2, primeiro parágrafo, destina-se a facilitar não só “o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais”, mas também a própria cooperação policial. Além disso, a simples enumeração da competência legislativa em matéria de cooperação policial conferida à União pelos artigos 87.º a 89.º do TFUE (medidas sobre técnicas comuns de investigação relativas à deteção de formas graves de criminalidade, medidas em matéria de cooperação operacional, perseguição e vigilância transfronteiriças, etc.), fala por si quanto à relevância dos correspondentes atos legislativos em sede do artigo 6.º.

³⁰ Sobre o artigo 325.º, n.º 4, ver RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “O Tratado de Lisboa e o direito penal europeu”, in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais**, Coimbra, 2011, p. 186, e a anotação de MENDES, PAULO DE SOUSA, in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, Coimbra, 2012, pp. 1145-1151 e bibliografia aí citada.

Finalmente, para além das duas componentes do espaço de liberdade, segurança e justiça já analisadas, há uma outra em cujo âmbito os atos legislativos adotados também devem especial respeito aos “direitos consignados no artigo 6.º”. Trata-se das políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração (artigos 77.º a 80.º do TFUE)³¹. Com efeito, sobretudo em matéria de combate à imigração clandestina e à residência ilegal, mas também de asilo e de proteção subsidiária, há atos legislativos da União que, prevendo medidas de detenção e de privação da liberdade, estão desde logo vinculados pelo artigo 6.º da Carta. Tais atos são, portanto, jurisdicionalmente sindicáveis pelo parâmetro de validade constituído pelo disposto neste artigo – e sem limitações paralelas às que ainda “imunizam” transitoriamente os atos legislativos em matéria de cooperação policial e judiciária penal, supra-examinadas.

Exemplo particularmente elucidativo é a Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, a qual contém várias disposições sobre detenção para efeitos de afastamento (artigos 15.º a 18.º)³².

V. Conteúdo e Alcance Normativo do Artigo 6.º: O Contributo Jurisprudencial

11. Uma vez que os direitos consagrados no artigo 6.º da Carta correspondem aos garantidos pelo artigo 5.º da CEDH (conjugado com o artigo 1.º do Protocolo n.º 4) e que, por força do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, devem ter um sentido e um âmbito iguais – na falta de “uma protecção mais ampla” conferida pelo direito da União –, não podendo ser objeto de outras restrições, cabe analisar os aspetos daquele artigo 5.º que se afiguram mais relevantes enquanto parâmetro de validade da ação da União e também dos Estados-Membros, tendo em conta os desenvolvimentos e concretizações que lhes tem dado a jurisprudência do TEDH. Quanto ao Tribunal de Justiça da União Europeia (na aceção do artigo 19.º, n.º 1, do TUE), este ainda não aplicou o artigo em análise³³.

³¹ A seu respeito, ver as anotações de PIÇARRA, NUNO in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, Coimbra, 2012, pp. 395-421 e bibliografia aí citada.

³² Publicada no **Jornal Oficial da União Europeia**, L 348, de 24-12-2008, p. 98. Para maiores desenvolvimentos, ver *infra*, n.º 12.

³³ Sobre a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para anular ou declarar inválido qualquer ato da UE que viole um direito fundamental, ver CAMPOS, JOÃO MOTA DE e CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE, **Manual de Direito Europeu**, 6.ª edição, Coimbra, 2010, p. 296.

Em primeiro lugar, cabe referir que, de acordo com jurisprudência constante, a enumeração pelo artigo 5.º, n.º 1, da CEDH das hipóteses em que alguém “pode ser privado da sua liberdade (...) de acordo com o procedimento legal” é taxativa e deve ser objeto de interpretação estrita. Qualquer privação da liberdade aí enumerada que não respeite o procedimento legal e os fins previstos será sempre arbitrária e, portanto, ilegítima face à CEDH³⁴. A privação da liberdade é considerada uma medida tão grave que só se justifica quando outras medidas, menos severas, tenham sido consideradas e julgadas insuficientes para salvaguardar o interesse pessoal ou público em causa³⁵.

Por outro lado, é indispensável que os casos de privação da liberdade estejam claramente definidos pela lei interna, devendo esta ser previsível na sua aplicação. Tal exigência é expressão do princípio geral da segurança jurídica, que assume uma importância decisiva, “tendo em conta a necessidade de conciliar a protecção dos direitos fundamentais e os imperativos da política de imigração dos Estados”³⁶.

Finalmente, a expressão “de acordo com o procedimento legal” tem sido interpretada pelo TEDH como referindo-se no essencial à legislação nacional, na condição de esta se conformar com a CEDH, incluindo os princípios nela consignados ou por ela implicados e, em particular, com a finalidade do artigo 5.º – que é proteger o indivíduo contra os ataques arbitrários à sua liberdade através de medidas de prisão ou detenção decretadas pelo poder público³⁷.

12. São seis os casos de privação de liberdade admitidos pelo artigo 5.º da CEDH: (a) em consequência de condenação por tribunal competente; (b) por desobediência a uma decisão tomada por um tribunal em conformidade com a lei, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita por lei; (c) para fazer comparecer uma pessoa perante a autoridade judicial competente no quadro de uma ação penal, “quando houver suspeita de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-la de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido”; (d) tratando-se de um menor, com o objetivo de o educar sob vigilância, ou de o fazer comparecer perante a autoridade competente; (e) tratando-se “de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo”; (f) para impedir a entrada ilegal de uma pessoa no território estadual, ou em consequência de estar pendente contra ela um processo de expulsão ou de extradição.

³⁴ Ver o acórdão *Engel e. a. contra Países Baixos*, de 8 de junho de 1976, n.º 58.

³⁵ Ver o acórdão *Witold Litwak contra Polónia*, de 4 de abril de 2000, n.º 78.

³⁶ Ver o acórdão *Amuur contra França*, de 25 de junho de 1996, n.º 50.

³⁷ Ver o acórdão *Brogan e. a. contra Reino Unido*, de 29 de novembro de 1988, n.º 40.

Os preceitos do artigo 5.º, n.º 1, da CEDH com maior relevância para a UE e os Estados-Membros, quando atuam no âmbito do direito desta, são os das alíneas *a)*, *b)* e *c)*, por causa da extensão da competência legislativa em matéria penal que o Tratado de Lisboa atribui à União, com o conseqüente alargamento do âmbito em que os Estados-Membros atuam em aplicação do direito por ela adotado. E isto sem esquecer que, em cumprimento do princípio da cooperação leal, já antes os Estados-Membros podiam (e continuam a poder) tipificar penalmente comportamentos e a prever sanções dissuasoras e proporcionadas, com vista a assegurar o cumprimento do direito da União.

Atualmente adquiriu também grande relevância, enquanto parâmetro de validade da ação da União e dos Estados-Membros, o disposto na alínea *f)* do mesmo artigo da CEDH. Tendo em conta a competência da União, supra-analisada, em matéria de fronteiras, de vistos, de asilo e de imigração, pode dizer-se que os Estados-Membros atuam hoje normalmente “no âmbito do direito da União” quando tomam medidas de privação da liberdade de uma pessoa para “lhe impedir a entrada ilegal nos seus territórios, ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição”.

Importa por isso recordar que o artigo 5.º, n.º 1, alínea *f)*, da CEDH tem sido interpretado pelo TEDH no sentido de que a medida de privação da liberdade nele prevista só pode ser tomada estando efetivamente em curso um processo de expulsão, independentemente da questão de saber se a decisão quanto à sua abertura se justifica ou não à luz do direito interno ou da CEDH. Daqui se segue que, se o processo de expulsão não for conduzido com a devida diligência, a medida de privação da liberdade tomada no decurso dele deixa de se justificar. Por outro lado, é incompatível com a finalidade do mesmo preceito – e portanto também com o artigo 6.º da Carta – o recurso a um “ardil” (*ruse*) por parte da administração, no âmbito de uma operação planificada de expulsão, para enganar alguém em situação ilegal quanto à finalidade da sua convocação à polícia, destinada de facto a privá-lo da liberdade³⁸. Viola também o artigo 5.º da CEDH a detenção de requerentes de asilo em zona internacional de aeroporto, sem que os mesmos possam impugnar tal decisão³⁹.

Além disso, se em aplicação do direito de asilo ou de imigração, os Estados-Membros lançarem mão de alguma medida de privação da liberdade não prevista por nenhuma das alíneas do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH, tal constituirá *a fortiori* uma violação do direito à liberdade e segurança garantido pelo artigo 6.º da Carta⁴⁰. Isto

³⁸ Ver os acórdãos *Slivenko contra Letónia*, de 9 de outubro de 2003, n.º 146, e *Conka contra Bélgica*, de 5 de fevereiro de 2002, n.º 42.

³⁹ Ver o acórdão *Amuur contra França*, cit., n.º 53.

⁴⁰ No mesmo sentido, ver **Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, elaborado pela Rede Europeia de Peritos Independentes em matéria de Direitos Fundamentais, 2006, p. 69.

porque, ao contrário da CEDH, o artigo 18.º da Carta garante de modo expresso o direito de asilo aos refugiados na aceção da Convenção de Genebra, e o artigo 19.º proíbe expressamente toda e qualquer expulsão coletiva, para além de consagrar, igualmente em termos expressos, o princípio da não repulsão (*non-refoulement*)⁴¹. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que o direito da UE garante à partida uma “proteção mais ampla” do que a CEDH.

Em compensação, a alínea *e*) do artigo 5.º, n.º 1, em aplicação da qual chega ao TEDH um volume considerável de contencioso⁴², é menos relevante no âmbito de ação da UE. O mesmo vale para a alínea *d*). No entanto, sendo a União legislativamente competente, por um lado, para enquadrar as medidas estaduais restritivas das liberdades fundamentais por razões de ordem, segurança e saúde públicas, ou por razões imperativas de interesse geral e, por outro lado, para adotar medidas relativas ao direito da família, incluindo o poder paternal, com incidência transfronteiriça (artigo 81.º, n.º 3, do TFUE), não é de excluir nestes contextos a relevância, respetivamente, das alíneas *e*) e *d*) do n.º 1 do artigo 5.º da CEDH.

13. Os n.os 2 a 5 do artigo 5.º da CEDH têm o objetivo comum de reforçar a proteção das pessoas contra a privação arbitrária da liberdade. Delimitada já a relevância que tais garantias assumem para a ação legislativa da União e para a ação, legislativa e executiva, dos Estados-Membros no âmbito de aplicação do direito da União, importa recordar sumariamente os desenvolvimentos de que têm sido objeto por parte da jurisprudência do TEDH. Este, como se sabe, tem insistido sempre na necessidade de privilegiar uma interpretação teleológica, suscetível de salvaguardar em toda a sua extensão aquele objetivo de proteção.

Em primeiro lugar, relativamente ao direito consagrado no n.º 2, aplicável a qualquer das modalidades de privação da liberdade previstas no n.º 1, é de salientar a exigência pretorianamente imposta de que a informação sobre as razões da privação da liberdade seja fornecida “numa linguagem simples e acessível”⁴³. Trata-se de um aspeto crucial no contexto da atual UE, em que as pessoas privadas da liberdade são cada vez mais frequentemente confrontadas com línguas estrangeiras. Em conformidade com isto, a própria União legislou recentemente na matéria, baseando-se no artigo 82.º, n.º 2, segundo parágrafo, alínea b), do TFUE⁴⁴.

⁴¹ De acordo com este princípio, “ninguém pode ser extraditado, expulso ou afastado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”.

⁴² Cf. TULKENS, FRANÇOISE, “Article II-68 – Protection des données à caractère personnel”, in **Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article**, Bruxelas, 2007, tomo 2, p. 98.

⁴³ Ver o acórdão *Fox e. a. contra Reino Unido*, de 30 de agosto de 1990, n.º 40.

⁴⁴ Ver a Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, in **Jornal Oficial da União Europeia**, L 280, de 26-10-2010, p. 1.

Em segundo lugar, quanto aos direitos, garantidos pelo n.º 3, de a pessoa privada de liberdade em aplicação do direito penal ser apresentada imediatamente a um juiz ou magistrado equiparável, em termos de independência e imparcialidade, e de ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo, eventualmente sob caução, o TEDH já esclareceu, a propósito do primeiro, que o controlo judicial deve ser automático, não podendo depender de pedido da pessoa afetada. Para além disso, o controlo comporta a obrigação de o juiz ouvir essa pessoa e, sendo caso disso, ordenar a sua libertação⁴⁵. Também resulta da jurisprudência do TEDH que qualquer regime legal de detenção provisória de carácter obrigatório é em si mesmo incompatível com a CEDH⁴⁶.

Quanto à questão do prazo razoável de julgamento, o TEDH tem sido sensível tanto à complexidade dos processos, como às exigências da luta contra a criminalidade de tipo mafioso, considerando que ambos os motivos podem justificar períodos consideráveis de prisão preventiva. A este respeito, certa doutrina fala até de uma “verdadeira derrogação à regra estabelecida pelo artigo 5.º, n.º 3”⁴⁷. Em todo o caso, a noção de prazo razoável constante do preceito em análise refere-se não à duração do processo mas à duração da detenção provisória⁴⁸.

Em terceiro lugar, o n.º 4 prevê expressamente aquela que constitui a garantia processual mais antiga do direito à liberdade e à segurança e se aplica a toda e qualquer forma de privação da liberdade, independentemente de quem a tenha efetivado e dos fundamentos em que se baseou. Trata-se do *habeas corpus* de tradição anglo-americana, já referido *supra*, que permite a qualquer destinatário da medida coercitiva contestá-la perante um tribunal, “a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal”.

Compreende-se que esta garantia processual assumia uma importância ainda maior nas hipóteses previstas nas alíneas *d)*, *e)* e *f)* do n.º 1, em que a privação da liberdade tenha sido determinada por uma autoridade administrativa e não por uma autoridade judicial. Mesmo que a correspondente medida seja legal, há violação do preceito em análise se o seu destinatário não dispuser da possibilidade efetiva de a contestar jurisdicionalmente – e não apenas quanto a questões de forma. Se, em contrapartida, a medida de privação for decretada por um órgão jurisdicional que ofereça as garantias processuais fundamentais, o TEDH considera que o controlo exigido pelo preceito em análise já vai “incorporado” na própria medida. Por outras palavras, o artigo 5.º, n.º 4, não impõe o duplo grau de jurisdição. Mas se

⁴⁵ Ver o acórdão *Aquilina contra Malta*, de 29 de abril de 1999, n.ºs 47, 49 e 52.

⁴⁶ Ver o acórdão *Caballero contra Reino Unido*, de 8 de fevereiro de 2000, n.º 82.

⁴⁷ Assim, MARGUÉNAUD, JEAN-PIERRE, in SUDRE, FRÉDÉRIC *et alii*, **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme**, 3.ª edição, Paris, 2005, p. 183.

⁴⁸ Ver o acórdão *Wemboff contra Alemanha*, de 27 de junho de 1968.

couber recurso da medida judicial de privação da liberdade, o tribunal *ad quem* deve pronunciar-se sobre ela no respeito das mesmas garantias processuais conferidas ao arguido em primeira instância. Concretamente, sendo este processo de natureza contraditória (com audição, em condições de igualdade, tanto do arguido e seu advogado, como do Ministério Público), o processo de recurso deverá ostentar a mesma natureza⁴⁹.

Finalmente, o n.º 5, ao dispor que qualquer vítima de prisão ou detenção em violação do artigo 5.º tem direito a uma indemnização, retoma uma garantia que remonta, como se viu, aos textos históricos do direito constitucional recordados atrás. Tal preceito, conjugado com o artigo 6.º da Carta, obriga a UE e os Estados-Membros a preverem nos respetivos ordenamentos ações de indemnização para aquele efeito⁵⁰. O direito à indemnização só tem lugar depois de a autoridade nacional competente ou o TEDH terem verificado a violação de algum dos preceitos do artigo 5.º e de o requerente ter esgotado os recursos de direito interno. As infrações ao artigo 5.º, n.º 5, constatadas por aquele tribunal advêm essencialmente da ausência de qualquer possibilidade legal de intentar ações de indemnização perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

VI. Conclusão

14. O artigo 6.º da Carta retoma o acervo do constitucionalismo que visa garantir o sentido mais clássico da liberdade, ou seja, a salvaguarda da liberdade pessoal de constrangimentos físicos decorrentes de medidas coercitivas tomadas pelo Estado, na qualidade de titular do monopólio da violência legítima. Nesta medida, o artigo 6.º tem “um sentido e um âmbito” iguais aos do artigo 5.º da CEDH – que constitui a expressão mais completa daquele acervo constitucional.

Uma vez que a UE não dispõe de aparelhos coercitivos capacitados para tomar as medidas indispensáveis, *in extremis*, para garantir o cumprimento do seu direito pelos particulares, são os Estados-Membros que desempenham essa função, adotando não só atos de execução material, mas também atos jurídicos tanto gerais e abstratos como individuais e concretos, em matéria de privação da liberdade. Nesta qualidade, os Estados-Membros também são destinatários da Carta, por força do artigo 51.º, n.º 1, e, por conseguinte, o artigo 6.º aplica-se-lhes plenamente.

⁴⁹ Ver o acórdão *Toth contra Áustria*, de 12 de dezembro de 1991, n.º 84; ver também o voto parcialmente discordante do juiz MATSCHER, n.º 2, para quem a consequência nefasta desta jurisprudência poderia ser a abolição, pelos Estados contratantes, do duplo (ou triplo) grau de jurisdição na matéria, quando o(s) correspondente(s) processo(s) venha(m) a ser considerado(s) desconformes com as exigências do TEDH.

⁵⁰ Ver o acórdão *Pezone contra Itália*, de 18 de dezembro de 2003, n.º 29.

Apesar de desprovida de poder coercitivo próprio, a UE dispõe de uma competência legislativa que se estende atualmente a domínios envolvendo a previsão de medidas de privação da liberdade, que vão para além da cooperação judiciária em matéria penal, expressamente referida nas Anotações à Carta. Nesta medida, enquanto principal destinatária da Carta, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, a UE encontra no artigo 6.º um parâmetro de validade especialmente relevante para o escrutínio jurisdicional de toda aquela legislação.

Referências

AA VV, **Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, elaborado pela Rede Europeia de Peritos Independentes em matéria de Direitos Fundamentais, 2006.

BARRETO, IRENEU CABRAL, **A Convenção dos Direitos do Homem Anotada**, 2.ª edição, Coimbra, 1999.

CAMPOS, JOÃO MOTA DE e CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE, **Manual de Direito Europeu**, 6.ª edição, Coimbra, 2010.

CARCASSONNE GUY, **La Constitution**, 10.ª edição, Paris, 2011.

CELOTTO, ALFONSO, **Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union**, Durham, 2008.

DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, **La Naturaleza de la Unión Europea**, Madrid, 2009.

DUARTE, MARIA LUÍSA, “O tratado de Lisboa e o sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais”, in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais**, Coimbra, 2011.

HABERMAS, JÜRGEN, **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa**, Lisboa, 2012.

LABAYLE, HENRI, “L’espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l’Europe”, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE e F. PICOD (eds.), **Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article**, tomo 1, Bruxelas, 2007.

SUDRE, FRÉDÉRIC et *alii*, **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme**, 3.ª edição, Paris, 2005.

MENDES, PAULO DE SOUSA, in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, Coimbra, 2012.

MIRANDA, JORGE, **Textos Históricos do Direito Constitucional**, Lisboa, 1980.

PEERS, STEVE, “The «Third Pillar acquis» after the Treaty of Lisbon enters into force”, in **Statewatch Analysis**, <http://www.statewatch.org>, 1 de dezembro de 2009.

PEERS, STEVE, **EU Justice and Home Affairs Law**, 3.ª edição, Oxford, 2011.

PIÇARRA NUNO, “Direito da União Europeia: o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, in **Themis**, ano X, n.º 19, 2010.

PIÇARRA, NUNO, “A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in **Ab Uno ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora**, Coimbra, 1998.

PIÇARRA, NUNO, “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais**. Coimbra, 2011.

PIÇARRA, NUNO, in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**. Coimbra, 2012.

QUADROS, FAUSTO DE in PORTO, MANUEL LOPES ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, Coimbra, 2012.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, in PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coord.), **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**, Coimbra, 2012.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “O Tratado de Lisboa e o direito penal europeu”, in PIÇARRA, NUNO (coord.), **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais**. Coimbra, 2011.

SOARES, ANTÓNIO GOUCHA, **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Proteção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário**, Coimbra, 2002.

TULKENS, FRANÇOISE, “Article II-68 – Protection des données à caractère personnel”, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE e F. PICOD (eds.), **Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article**, tomo 2 Bruxelas, 2007.

Nuno Piçarra

Doutorado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor convidado do Curso de Pós graduação e Mestrado em Estudos Europeus do IEP- Universidade Católica Portuguesa.