**Identidade Constitucional e Estado de Direito na Área de Liberdade, Segurança e Justiça – desafios e paradigmas de uma mudança**

Raquel Cardoso[[1]](#footnote-1)\*

1. **Introdução: a identidade constitucional da UE**

Definir a identidade constitucional da UE pode ser uma tarefa desafiante, desde logo por não existir consenso em relação ao que integra o próprio conceito[[2]](#footnote-2). Antes de mais, é necessário distinguir a identidade constitucional da identidade *nacional*, uma vez que esta pode ser estabelecida sem necessariamente se recorrer à Constituição de uma entidade política: a identidade, qualquer que ela seja, serve o propósito de estabelecer uma ligação entre pessoas, baseada em aspectos comuns a todas – o que fará deles aspectos comuns a toda essa comunidade. Assim, e em relação à identidade constitucional, nem todas as normas contidas nessa lei fundamental farão parte da mesma, mas tão-somente aquelas que, pela sua natureza nuclear, denotam as características essenciais da ordem constitucional e a distinguem de outras[[3]](#footnote-3), fazendo com que os sujeitos, confrontados com ameaças externas à sua identidade constitucional, a elas possam recorrer para reforçar a sua pertença a uma das ordens, rejeitando a outra[[4]](#footnote-4).

A particularidade da UE advém do processo de construção da sua identidade constitucional: por um lado, inclui a afirmação de princípios próprios (como o da unidade da ordem legal europeia, primado, cooperação leal, efeito directo ou interpretação conforme); por outro, a extracção e reconhecimento de princípios constitucionais comuns aos EM, que adquirem um sentido especificamente europeu. A identidade constitucional inclui, assim, os valores (vertidos em normas) necessários para que todos os povos que compõem a UE se possam identificar com esse núcleo axiológico e, dessa forma, também com a Constituição Europeia[[5]](#footnote-5). O processo de formação da identidade constitucional europeia é susceptível, por isso, de limitar a individualidade de cada Constituição dos EM, o que é comummente aceite a favor da unidade que se pretende construir, incluindo os valores mínimos necessários à sua aceitação por parte dos povos europeus (da UE).

O modelo constitucional europeu difere dos restantes hoje em existência[[6]](#footnote-6), devido às características da ordem social e legal da qual emergiu. A multiplicidade de línguas e culturas presentes no território europeu, bem como o seu povo, ainda em contínua formação, determinaram a necessidade de simultaneamente a UE encontrar aspectos comuns a todos os EM[[7]](#footnote-7) e permanecer flexível o suficiente para que a sua ordem constitucional fosse capaz de aceitar as particularidades de cada um deles. Assim, a relação que se estabelece entre as esferas nacionais e supranacional é única, no sentido em que procuram uma interacção harmoniosa, sem que uma oprima a outra.

Embora uma identidade não se consiga construir ou definir inteiramente a partir de uma negação – neste caso, através da *rejeição* de valores que não se desejam incluir nessa identidade constitucional – é hoje (ainda) possível discernir, na UE, a rejeição de valores totalitários ou autoritários, que se encontram em clara contradição com as suas origens e fundamentos plasmados no art. 2º do Tratado da União Europeia (TUE).

Todas estas ordens constitucionais estão, então, conectadas por um permanente sinalagma constitucional[[8]](#footnote-8), que determina uma influência mútua: as Constituições nacionais são influenciadas pela Constituição Europeia, que é influenciada e representa aspectos que são comuns a todos os EM, dessa forma vindo a fazer parte do núcleo constitucional europeu[[9]](#footnote-9).

1. **A condição de Estado Membro – as iniciais e contínuas restrições**

Os aspectos essenciais da identidade constitucional europeia manifestam-se inicialmente pelas condições que são colocadas aos prospectivos EM: o art. 49º TUE indica que apenas os Estados europeus[[10]](#footnote-10) que respeitem os valores mencionados no art. 2º podem candidatar-se a ser Membros da UE. Em relação à sua qualidade, estes são indubitavelmente valores *fundamentais* da UE – o que justifica o regime sancionatório especial plasmado no art. 7º TUE. Em relação à sua titularidade, são primariamente valores *da* UE: determinou, através da sua adopção, que seria uma democracia constitucional fundada no respeito pela dignidade humana, direitos humanos e Estado de Direito[[11]](#footnote-11); mas são também valores *comuns[[12]](#footnote-12)*, que surgiram inicialmente nos vários EM (no decorrer da sua evolução histórica e cultural) e que expressam a preferência dos seus cidadãos. Estes valores foram depois “supranacionalizados”, adquirindo nesse processo uma natureza especificamente europeia que informa o núcleo verdadeiramente comum a todas as entidades (UE / EM).

O significado destes valores é tal que os próprios Tratados prevêem uma contínua verificação do respeito pelos mesmos por parte dos EM: o art. 7º TUE determina que, após constatação de que existe um *risco* (art. 7º, 1) manifesto de violação dos valores do art. 2º, o Conselho pode dirigir recomendações ao EM em causa, para que corrija a situação. Se esses valores forem efectivamente *violados* (art. 7º, 2/3), podem ser suspensos direitos decorrentes dos Tratados, incluindo o direito de voto (art. 354º do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE)[[13]](#footnote-13).

Mas para além de uma certa relutância interna (europeia) em proteger, de forma consequente, estes valores e assegurar o seu respeito[[14]](#footnote-14), a UE enfrenta ainda um outro desafio: dado que os EM retêm a sua soberania (ainda que partilhem partes dela com a UE), esta encontra-se constitucionalmente obrigada a respeitar as suas identidades nacionais (art. 4º, 2 TUE), o que pode sugerir que esse é, também, um limite ao primado e à actuação da UE no âmbito das suas atribuições[[15]](#footnote-15).

Uma outra questão relacionada com este artigo é a de saber qual a consequência quando surge de facto um conflito desta natureza. As opiniões divergem[[16]](#footnote-16) entre afirmar o seu carácter absoluto, no sentido de a EU dever ceder perante uma característica conflituante da identidade constitucional nacional; ou relativizar essa obrigação, estabelecendo que deve ser encetado um diálogo entre ambas as esferas, para que se possa promover e encontrar uma solução aceitável por ambas as partes envolvidas no conflito constitucional. Tendo em conta o constitucionalismo europeu (*infra*), esta segunda opção mostra-se mais consentânea com os aspectos específicos da comunidade jurídica europeia, devendo rejeitar-se soluções que concedam supremacia absoluta, sem possível ponderação, a uma ou outra esfera.

Finalmente, devem-se estabelecer os limites da identidade constitucional nacional. Haverá primeiramente que ter em conta que essa identidade também não deve violar aspectos essenciais da identidade constitucional europeia; em segundo lugar, deve aquela ser objecto de uma interpretação actualista, incluindo qualquer posterior interpretação que lhe possa legitimamente ser conferida[[17]](#footnote-17), incluindo a que resultar da interacção com a UE, pelo que o limite que a identidade constitucional europeia representa não é atingido simplesmente pela alteração superveniente da Constituição de um Estado, mas apenas quando essa alteração é mais extrema, colocando-a de forma inconciliável em oposição aos aspectos fundamentais da Constituição europeia[[18]](#footnote-18).

1. **Constitucionalismo europeu: particularidades**

Alguns aspectos anteriormente expostos deixam antever a caracterização do constitucionalismo europeu não como hierarquia normativa, mas antes como uma *rede* constitucional, na qual as Constituições se encontram em posição igualitária. Daí que uma absoluta atribuição de supremacia não seja possível, pelo que algumas concessões deverão feitas por todos os envolvidos. No caso europeu, a articulação que existe ainda com outros instrumentos[[19]](#footnote-19), que exercem influência sobre a Constituição europeia e as Constituições nacionais, permitiu o surgimento de um sistema baseado na confiança mútua condicionada[[20]](#footnote-20) entre as entidades que compõem essa rede.

A interconstitucionalidade[[21]](#footnote-21) pretende, assim, articular a relação entre a pluralidade de ordenamentos jurídicos que compõem a rede constitucional. Independentemente da teoria que seja utilizada[[22]](#footnote-22) para descrever o pluralismo constitucional europeu[[23]](#footnote-23), a ideia fulcral é precisamente a descrição do constitucionalismo europeu como um local de encontro de múltiplas visões e valores constitucionais que serão eventualmente decantados em aspectos comuns e formando, no processo, a Constituição material europeia que irá, de novo e por seu turno, influenciar as Constituições nacionais.

Este processo depende, assim, do respeito mútuo entre as diferentes esferas envolvidas e preclude, como se entende, a atribuição de autoridade última a apenas uma dela: a solução para eventuais conflitos deve ser encontrada através do diálogo constitucional encetado entre si, na busca do ponto de vista que melhor se adeqúe ao caso em questão (e não em busca da lei que terá prioridade de aplicação)[[24]](#footnote-24). A relação estabelecida entre as diversas ordens constitucionais é, assim, uma relação heterárquica, demonstrando a nova abordagem da UE à integração: o que se pretende é não tanto a eliminação da diferença, mas sim a organização da diferença[[25]](#footnote-25), num reconhecimento implícito de que cada ordem constitucional participa na formação das regras e valores comuns a todos. Adicionalmente, o respeito pela pluralidade tem um efeito legitimador da acção europeia, dado que o exercício de poder por parte da UE será percebido como *justo*, o que poderia ser difícil de atingir se as identidades nacionais fossem simplesmente ignoradas[[26]](#footnote-26).

Mais do que a absoluta supremacia de uma ordem constitucional em relação a outra(s), o que se mostra decisivo para a integração europeia é a definição clara de quais os valores que o pluralismo constitucional europeu se propõe a proteger. As concessões, que existem para permitir uma melhor coexistência entre ambos os níveis do constitucionalismo, nunca poderão, por isso, chegar ao ponto de permitir uma disrupção da base axiológica de entendimento comum em que se baseia a confiança existente entre os EM e UE. Em caso de conflito inultrapassável através do diálogo constitucional[[27]](#footnote-27), a última palavra deverá, no entanto, ser concedida à UE, sempre que em causa se encontrem valores fundamentais da sua identidade constitucional – não por causa de um qualquer princípio de hierarquia ou primado, mas sim porque a UE, ao defender a sua identidade constitucional, se encontra simultaneamente a defender aquilo que constitui o núcleo comum das identidades constitucionais dos restantes EM que integram essa comunidade de Direito.

1. **Confiança, Estado de Direito e identidade constitucional na Área de Liberdade, Segurança e Justiça**

A interacção entre os vários ordenamentos jurídicos nesses moldes pressupõe, como condição fundamental, a confiança que se estabelece entre os vários intervenientes. Essa confiança, derivada da semelhança de valores e cultura, do respeito mútuo e respeito pelo Estado de Direito e direitos fundamentais, surge como pré-condição mais evidente quando a UE pretende interferir no núcleo do poder soberano – ou seja, nas matérias que, neste momento, se encontram reunidas na Área de Liberdade, Segurança e Justiça (ALSJ). Por outro lado, a manutenção da mesma, que depende em primeiro lugar da manutenção das condições materiais que permitiram o seu surgimento, não se encontra atribuída, de forma unívoca, a uma ou outra esfera (neste caso, ou à UE ou aos EM) – pelo contrário, sendo uma relação que se estabelece entre essas entidades, deverá der respeitada por todos os envolvidos.

* 1. **Confiança horizontal e relação interna entre os EM**

De todos os mecanismos hoje existentes que implicam a cooperação entre EM, o Mandado de Detenção Europeu (MDE) é aquele que levanta as questões mais prementes, precisamente porque interfere de modo mais acutilante com os direitos fundamentais e com o modo de protecção considerado mais adequado de acordo com um dado Estado.

A cooperação facilitada hoje existente foi possibilitada pela afirmação de valores comuns a todos os EM[[28]](#footnote-28): os valores comuns determinam a existência de princípios comuns e eventualmente um nível equivalente (mínimo denominador comum) de protecção dos direitos fundamentais. Por isso, mesmo que as soluções legais não sejam exactamente as mesmas, os EM toleram essa diferença porque *confiam* que a solução material (baseada nos mesmos fundamentos axiológicos) não será significativamente divergente da ditada pelos valores nucleares existentes no panorama puramente interno. Uma vez afirmado esse princípio-base, a *presunção* da existência de um adequado nível de protecção dos direitos fundamentais em toda a UE não demoraria a ser implementada, sendo esta, ainda, a que fundamentalmente define a cooperação judiciária hodierna[[29]](#footnote-29).

A presunção de que todas as entidades envolvidas respeitam os direitos fundamentais é um importante elemento a ter em conta quando os Estados cooperam entre si, uma vez que determina que a recusa de cooperação deve constituir uma excepção. Isso terá uma dupla consequência: aos EM “não lhes é possível exigir a outro Estado‑Membro um nível de proteção nacional dos direitos fundamentais mais elevado do que o assegurado pelo direito da União, nem tão‑pouco, salvo em circunstâncias excecionais, verificar se esse outro Estado‑Membro respeitou efetivamente, num caso concreto, os direitos fundamentais garantidos pela União”[[30]](#footnote-30) – salvo em situações muito excepcionais.

Uma vez que a protecção dos direitos fundamentais é, primariamente, um dever do EM de emissão[[31]](#footnote-31), e que se pressupõe existir um nível equivalente de protecção dos mesmos em toda a UE, nas causas de recusa taxativamente listadas na Decisão-Quadro do MDE (e, consequentemente, na lei de transposição portuguesa, L65/2003) não se encontra prevista nenhuma baseada na violação (prospectiva) de direitos fundamentais da pessoa objecto da cooperação. Eventualmente tornou-se evidente que seria necessário prever um desvio a esta confiança presumida e automática[[32]](#footnote-32). No entanto, a existência de um acervo de valores comuns partilhado pelos EM “implica e justifica a existência da confiança mútua entre os Estados‑Membros”[[33]](#footnote-33), que apenas pode ser refutada em casos em que se consegue demonstrar que existem motivos suficientes para acreditar que uma violação de um direito fundamental do indivíduo terá lugar após a sua entrega.

Para que se recuse a entrega deve ser efectuado um teste em duas fases, de acordo com o estabelecido pelo TJUE. Primeiramente, devem ser identificadas deficiências, sistémicas ou generalizadas (e não apenas esporádicas ou individualizadas); e, em segundo lugar, deve existir um risco específico de que a pessoa em concreto veja o seu direito violado no EM de emissão. Quando questionado se ambos os passos seriam necessários, o TJUE quase sempre respondeu na afirmativa[[34]](#footnote-34).

Desde logo, porque nem sempre as deficiências sistémicas terão impacto na situação individual – p. ex., porque o concreto estabelecimento prisional onde se espera deter o indivíduo não apresenta as deficiências identificadas[[35]](#footnote-35). Depois, porque se os EM pudessem recusar a cooperação assim que se verificassem deficiências sistémicas, sem avaliar o impacto individual das mesmas, isso equivaleria, na prática, a suspender a aplicação do MDE em relação a um EM sem existir anteriormente o procedimento adequado a tal[[36]](#footnote-36). Assim, a suspensão será realmente possível, mas apenas no caso de violação grave e sistemática dos valores plasmados no art. 2º TUE, constatada segundo os procedimentos para tal estabelecidos nos Tratados. Esta questão surgiu no âmbito de pedidos de decisão prejudicial relacionados com a independência do sistema judiciário na Polónia, uma vez que os restantes EM demonstravam relutância em executar MDE por si emitidos[[37]](#footnote-37), por já não a considerarem um EM cumpridor dos valores nucleares da UE. Mas ainda que os restantes EM tenham expressado as suas dúvidas em relação ao respeito pelo direito a um julgamento justo, e qual o nível de protecção desse direito no âmbito de um sistema tido por *injusto*, o TJUE foi peremptório ao estipular que uma recusa automática de todos os MDE emitidos nesses casos corresponderia à suspensão do mecanismo do MDE em relação à Polónia sem que existisse uma decisão do Conselho nesse sentido (o que teria que seguir o procedimento do art. 7º TUE)[[38]](#footnote-38).

Em terceiro lugar, podem existir outros interesses legítimos, perseguidos pelo MDE – como os direitos das vítimas[[39]](#footnote-39), ou a necessidade de combater a impunidade[[40]](#footnote-40) dentro da UE – que devem ser devidamente ponderados na decisão de recusar a cooperação. Essa ponderação tem como objectivo encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais dos arguidos procurados e outros interesses que possam existir; isso só assim não será quando em causa se encontrar violada (ou em risco de ser violada) a proibição de tortura, tratamentos humanos ou degradantes (art. 4º da Carta de Direitos Fundamentais da UE), dada a sua natureza absoluta[[41]](#footnote-41).

Através deste exemplo podemos retirar o verdadeiro efeito prático dos valores considerados comuns e que formam o núcleo intocável da identidade constitucional da UE: devido à sua natureza fundamental (e ao entendimento de que todos os EM com quem cooperamos adoptam e respeitam esses mesmos valores), a confiança mútua dependerá efectivamente desse respeito e da manutenção desses valores enquanto manifestação essencial da identidade constitucional de cada EM. Esses são os limites que a UE estabelece para os EM, e são também os limites que os EM se impõem mutuamente para que possam aproveitar de modo pleno as vantagens da sua pertença à UE. Isso permite-nos concluir que uma identidade nacional que se afaste demasiado desse núcleo axiológico, se não corrigida, será considerada incompatível com a UE e com aquilo que esta representa[[42]](#footnote-42) – esta é, simultaneamente, a influência europeia e o limite que impõe às identidades constitucionais nacionais.

* + 1. **A identidade constitucional nacional incompatível e a cooperação judiciária – sugestões de mudança**

A primeira sugestão encontra-se relacionada com a jurisdição do TJUE. A jurisdição judicativa do TJUE em matéria penal encontra-se limitada: o seu maior impacto neste âmbito advém da sua jurisprudência resultante de pedidos de interpretação prejudicial, em que irá interpretar actos das instituições, órgãos ou organismos da União (art. 267º TFUE), ou ainda decidir sobre a compatibilidade de actos legislativos nacionais com (e à luz da) legislação europeia. Devido aos limites existentes para recorrer ao TJUE em tais situações – nomeadamente, o recurso ao TJUE pode não ser obrigatório[[43]](#footnote-43) e o facto de que o julgamento desse Tribunal não irá efectivamente decidir o caso nacional que originou o pedido de interpretação[[44]](#footnote-44) – a jurisdição judicativa europeia pode ser considerada incompleta, já que não determina, em absoluto, a conclusão a que o Tribunal nacional deve chegar[[45]](#footnote-45).

É incontestável que o Direito Penal e, consequentemente, os mecanismos dirigidos a facilitar a sujeição dos indivíduos ao mesmo (como o MDE), afectam de forma particularmente incisiva os direitos fundamentais dos sujeitos. Por esse motivo, deveria ser previsto um novo mecanismo que permitisse aos indivíduos recorrer ao TJUE em caso de alegação da violação dos direitos fundamentais garantidos pela UE, derivada da aplicação de Direito da União, não ficando assim na dependência exclusiva da vontade dos seus Tribunais nacionais. De momento, essa alegação pode apenas ser feita no âmbito dos processos de MDE ou, quando possível, perante o TEDH, quando os Tribunais nacionais não referem uma questão ao TJUE e o devessem fazer (assim suscitando uma potencial violação do direito a um julgamento justo – art. 6º CEDH), ou quando o direito violado também é protegido pela CEDH. A previsão de um recurso directo ao TJUE por parte do indivíduo afectado mostrar-se-á cada vez mais necessária, à medida que a UE interfere em mais aspectos do processo penal ou da responsabilidade penal individual[[46]](#footnote-46).

Poderia haver uma outra possibilidade, neste caso: o acesso directo do indivíduo ao TJUE através do recurso de anulação previsto no art. 263º TFUE. Esta possibilidade levanta algumas questões, dado que o MDE é um acto de um EM dirigido a outro EM. No entanto, é o próprio art. 263º, nº 4 que permite a um indivíduo recorrer ao TJUE quando o acto é dirigido a ele *ou* quando directa e individualmente o afecta (o que seria, neste caso, incontestável – permitindo assim ultrapassar a doutrina do Ac. *Plaumann[[47]](#footnote-47)*). Mas existem, para além disso, os requisitos mencionados no nº 1 e 2 do art. 263º. Se o acto tem um efeito indubitável na esfera do indivíduo afectado pelo MDE, o facto de ser um “acto de um órgão ou organismo da UE” poderia, à primeira vista, afastar a competência do Tribunal. Mas uma perspectiva assim formalista não terá em conta que os Tribunais nacionais, quando aplicam Direito da União Europeia, são considerados “Tribunais comuns em matéria de Direito da UE”[[48]](#footnote-48) e portanto, fazem parte da estrutura da UE na defesa e aplicação da sua legislação (art. 4º, nº 3 TUE), preenchendo então também esta condição. Já relativamente ao facto de a sentença do Tribunal nacional (que concede o MDE apesar do risco de violação de um direito fundamental) “infringir os Tratados ou qualquer outra norma relacionada com a sua aplicação” (art. 263º, nº 2 TFUE), tanto a Carta de Direitos Fundamentais da UE quanto a DQ MDE são susceptíveis de a preencher. Por estes motivos, deveria ser possível aos indivíduos recorrer ao TJUE pedindo a anulação da sentença nacional que concede o MDE nestas circunstâncias[[49]](#footnote-49).

A segunda sugestão prende-se com a modificação do teste actualmente empregue pelo TJUE para avaliar da violação prospectiva de direitos fundamentais. Apesar de inicialmente se aproximar da jurisprudência do TEDH na avaliação do impacto da cooperação judiciária na protecção dos direitos fundamentais[[50]](#footnote-50), a sua inflexível afirmação de que seria necessário verificarem-se, num primeiro momento, deficiências generalizadas no EM em causa fazia com que pudessem efectivamente sobrevir violações aos direitos fundamentais[[51]](#footnote-51). Foi apenas com o caso *EDL* que esta conclusão foi algo modificada, concluindo o Tribunal que seria suficiente, para recusa da cooperação, o facto de existir um risco individual de violação dos direitos fundamentais no EM de emissão[[52]](#footnote-52) (assim apoiando-se apenas no segundo passo do teste).

Mas uma mais simples abordagem à questão seria o reconhecimento de que apenas um dos passos poderia ser suficiente para recusar a cooperação: haverá situações em que só existirá um risco individualizado, sem o correspondente défice generalizado no EM; assim como será possível existir uma situação de tal modo deficitária que prescinda da prova relacionada com uma avaliação individual para negar a entrega[[53]](#footnote-53).

A terceira sugestão está intrinsecamente relacionada com o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade na UE e o seu entendimento por parte do TJUE no âmbito da cooperação. O caso originário é o de *Petruhhin[[54]](#footnote-54)*, mas todos os que se seguiram partilham aspectos em comum: um Estado terceiro requer a extradição de um cidadão da UE a um EM que não é o da sua nacionalidade. Nestas circunstâncias, estabeleceu o TJUE que ao EM de nacionalidade deverá ser concedida a oportunidade de emitir um MDE para julgar os factos que originaram o pedido de extradição, caso em que a cooperação intra-europeia se sobreporia à cooperação para o exterior da mesma. No entanto, a emissão de tal MDE nem sempre será legalmente possível[[55]](#footnote-55), o que faz com que exista uma potencial discriminação quando o EM requerido tenha, no seu ordenamento, uma proibição de extradição dos seus próprios nacionais e jurisdição para julgar o caso no seu território.

A conclusão do TJUE é criticável – principalmente quando se tem em conta que afirmou que “o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”[[56]](#footnote-56) – também quando em comparação com a sua própria jurisprudência no âmbito dos pedidos de extradição para cumprimento de sentença, caso em que equiparou efectivamente os residentes aos nacionais[[57]](#footnote-57). Assim, o reforço da protecção dos direitos dos indivíduos exigiria que se estabelecesse uma equiparação entre a nacionalidade e a cidadania europeia, quando não existem motivos (substantivos) que justifiquem uma diferença de tratamento, dessa forma realmente corporizando a cidadania europeia como estatuto fundamental na UE.

Finalmente, neste âmbito sugerir-se-ia ainda o estabelecimento do reconhecimento mútuo enquanto conceito compreensivo. Este destina-se, em matéria penal, a permitir a EM que reconheçam como suas decisões de outros EM, o que significa, por seu turno, que serão mais eficazmente implementadas. Essas decisões não são, actualmente, as que funcionam em benefício do indivíduo, mas apenas as que se destinam a dar efeito ao poder repressivo estadual. No entanto, este princípio tem indiscutivelmente o potencial de ser lido no “interesse da pessoa condenada ou absolvida”[[58]](#footnote-58), motivo pelo qual a ECBA (European Criminal Bar Association) clamou pelo reconhecimento mútuo de certas decisões relativas à extradição e entrega (negando a cooperação), de modo a permitir o efectivo gozo do direito de livre circulação dentro da UE, sem que o indivíduo tenha, por isso, que ficar confinado ao território do EM que recusou a cooperação[[59]](#footnote-59). Dependendo da natureza do motivo que levou uma determinada jurisdição a negar o pedido de cooperação, deveria, então, ser possível requerer o seu reconhecimento em todo o território da UE, fazendo com que a cooperação irremediavelmente em contradição com os valores fundamentais da UE fosse reconhecida por todos os EM.

* 1. **Confiança vertical e manutenção da identidade constitucional europeia pela UE**

Para além do que foi referido em relação ao respeito da identidade constitucional da UE por parte dos EM, a manutenção da mesma por parte da própria UE também se mostra necessária. Na ALSJ, a temática onde a atitude contrária pode ser percebida é a política europeia de migração e asilo.

Apesar de a migração corresponder a um direito humano (reconhecido em múltiplos instrumentos internacionais), na prática a sua exequibilidade dependerá das restrições existentes no território dos Estados envolvidos: tanto do Estado de origem quanto do Estado de trânsito ou destino. A actual escassez de meios (legais) de aceder a protecção internacional[[60]](#footnote-60) estará, neste sentido, na origem de uma significativa percentagem de migração irregular em território europeu[[61]](#footnote-61).

Os esforços europeus neste âmbito centram-se num claro objectivo: o de manter as pessoas em migração *fora* desse território, autorizando apenas alguns movimentos migratórios (para além dos intra-comunitários, usualmente apenas os que correspondem a reunificação familiar ou postos de trabalho desejados pelos EM). Esse objectivo pode ser retirado tanto das prioridades assumidas pela UE – a segurança das fronteiras externas, o combate ao contrabando de migrantes, o estabelecimento de procedimentos de retorno acelerados[[62]](#footnote-62) – como da jurisprudência do TJUE que, apesar de ter tido como vantagem a não punição (penal) dos migrantes, claramente priorizou o seu retorno[[63]](#footnote-63). O problema com a definição desse objectivo é que leva, invariavelmente, à erosão de direitos fundamentais (dos migrantes e dos cidadãos da UE), decorrente da sua constante violação – o que se irá demonstrar através de três exemplos.

O primeiro é o fenómeno conhecido como *instrumentalização de migrantes*: este pretende identificar o uso, por parte de países terceiros, de migrantes para desestabilizar o sistema de asilo europeu. A instrumentalização ocorre porque a chegada (em números significativos) de migrantes em situação irregular é promovida ou facilitada por esse país terceiro[[64]](#footnote-64). A resposta dos EM mais afectados não tinha precedentes até então: restringiram o direito a requerer asilo e autorizaram a remoção forçada dos migrantes das suas fronteiras, em violação das suas obrigações internacionais[[65]](#footnote-65). Apesar disso, e do claro desrespeito pelos valores fundamentais da UE (nomeadamente pelo Estado de direito e direitos fundamentais), não só não foram censurados, como também foram economicamente apoiados nesses esforços[[66]](#footnote-66).

O segundo exemplo surge-nos no campo do Direito Penal. A criminalização do contrabando de migrantes operada pela legislação europeia é notoriamente abrangente: para além de não requerer uma intenção lucrativa para que a conduta de facilitamento de entrada, trânsito ou residência no território de um EM seja criminalizada, também não possui qualquer excepção humanitária obrigatória. Isso tem como consequências, para lá da óbvia ausência de bem jurídico a proteger nesse caso[[67]](#footnote-67), a criminalização da ajuda humanitária, dos próprios migrantes (incluindo crianças), e ainda variadas falhas que caracterizam os processos nestes casos[[68]](#footnote-68).

Finalmente, deve ainda referir-se o processo de externalização da política de migração europeia em curso, o qual envolve variadas práticas que pretendem impermeabilizar o território europeu à migração indesejada. Merecem particular crítica os acordos estabelecidos com países terceiros (maioritariamente africanos) para controlo da migração e os fundos europeus massivos investidos nesses países[[69]](#footnote-69): para além da documentada violação dos direitos humanos dos migrantes que originam[[70]](#footnote-70), perpetuam a migração irregular que pretendem controlar, dado que muitas vezes os grupos responsáveis pelo combate ao contrabando de migrantes são os mesmos que o promovem[[71]](#footnote-71). A actuação da UE neste campo foi (e é) amplamente criticada precisamente por colocar os seus fundamentos axiológicos em causa e perpetuar regimes autocráticos[[72]](#footnote-72), em clara violação do estabelecido pelos Tratados (art. 3º, nº 5 TUE).

Existem várias sugestões de melhorias neste âmbito. Desde logo, o investimento europeu deveria dirigir-se ao estabelecimento de vias legais que permitissem a deslocação dos migrantes (requerentes de asilo) sem necessidade de recorrer ao seu contrabando, e também à sua integração eficaz na sociedade para onde se deslocam. O investimento nas comunidades dos países de origem faria com que as aspirações migratórias diminuíssem, por se encontrarem reunidas as condições de sobrevivência na sua própria comunidade. A adopção dessas medidas permitiria ainda a adopção de uma norma penal, relativa ao contrabando de migrantes, mais consentânea com os fundamentos próprios do Direito Penal liberal e valores constitucionais europeus, bem como, concomitantemente, a defesa da identidade constitucional da UE.

1. **Conclusões**

A identificação de um núcleo axiológico e de fundamentos materiais que integram a característica identidade constitucional europeia preclude, por parte das entidades envolvidas – sejam os EM, seja a UE –, a adopção de comportamentos contrários a essa identidade, sob pena não só de se desvirtuar o ordenamento supranacional criado, mas também de potenciar alteração da identidade constitucional em cada EM.

As consequências do específico constitucionalismo europeu denotam-se em ambos os níveis que o compõem. Por um lado, os EM não são já inteiramente livres de definir a sua identidade constitucional de um modo que se revele incompatível com os valores da comunidade europeia e continuar, simultaneamente, a integrar essa rede constitucional neles fundada[[73]](#footnote-73). Essa incompatibilidade denota-se quer através da relutância dos restantes EM em colaborar, de forma plena, com o EM violador, quer através de algumas reacções (ainda que insuficientes) por parte da entidade supranacional (como p. ex. a retenção de fundos). Por outro lado, a própria UE deve activamente defender esses seus/comuns valores fundamentais; se não o fizer, através da adopção visível dos mesmos na sua actuação e do sancionamento efectivo dos EM infractores[[74]](#footnote-74), os Estados sentir-se-ão igualmente no direito de os desrespeitar, o que irá acelerar o manifesto recuo do Estado de Direito na UE[[75]](#footnote-75).

Tanto a entidade supranacional quanto os Estados devem recordar a natureza essencial dos valores expressos no art. 2º TUE para a nossa identidade comum. E essa identidade não é apenas a escolha soberana de um Estado ou mesmo da UE: enquanto essa União existir, deve ser o reflexo de uma escolha comunitária, respeitada por todos os membros dessa comunidade de valores.

**Bibliografia**

A. Ancite-Jepifánova (2024), “Beyond the “Hybrid Attack” Paradigm: EU-Belarus Border Crisis and the Erosion of Asylum-Seeker Rights in Latvia, Lithuania and Poland”, AVANT XV(2), <https://doi.org/10.26913/ava2202405>

Alberto Alemanno, “Op-Ed: Europe’s Search for a Democratic Dividend between Enlargement and Treaty Reform”, EU Law Live, 12/02/2024, disponível em <https://eulawlive.com/op-ed-europes-search-for-a-democratic-dividend-between-enlargement-and-treaty-reform-by-alberto-alemanno/>

András Sajó (2005), “Constitution without the constitutional moment: a view from the new member states”, *in* International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2-3, May

André Klip (2021), *European Criminal Law – An integrative approach* (4ª Edição), Intersentia

Andrea Simoncini (2014), “The European Union as a ‘3-D’ Constitutional Space”, *in* Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 21, No. 2

Armin Von Bogdandy (2005), “The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe”, *in* International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2-3, May

Carolina Pereira (2012), “Tratado de Lisboa: o transconstitucionalismo como ferramenta à harmonização”, *in* Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1, nº 12

Davor Jančić (2012), “Representative Democracy across levels? National Parliaments and EU Constitutionalism”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 8

Denis Preshova (2012), “Battleground or Meeting point? Respect for National Identities in the European Union – Article 4(2) of the Treaty on European Union”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 8

Elspeth Guild (2024), “Frontex and access to justice: The need for effective monitoring mechanisms”, European Law Journal [DOI: 10.1111/eulj.12501]

Federico Fabbrini and András Sajó (2019), “The dangers of constitutional identity”, *in* European Law Journal, Vol. 25, Issue 4, July

G. Ovacık, M. Ineli-Ciger and O. Ulusoy (2024), “Taking Stock of the EU-Turkey Statement in 2024”, 26 *European Journal of Migration and Law*

Gareth Davies (2012), “Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism”, *in* Matej Avbelj and Jan Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing

Gerhard van der Schyff (2016), “Exploring Member State and European Union Constitutional Identity”, *in* European Public Law, Vol. 22, Issue 2

Giuseppe Martinico (2007), “Complexity and Cultural Sources of Law in the EU Context: From the Multilevel Constitutionalism to the Constitutional Synallagma”, *in* German Law Journal, Vol. 08, No. 03

Giuseppe Martinico (2012), “The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU”, *in* Yearbook of European Law, Vol. 31, No. 1

Gráinne De Búrca (2022), “Poland and Hungary’s EU membership: On not confronting authoritarian governments”, *in* International Journal of Constitutional Law, Vol. 20, No. 1

H. Crawley (2023), “How Europe’s migration policies are contributing to the migration crisis”, *Migration Policy and the EU* 2

José Canotilho (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7th Edition, Almedina

José Pujol (2014), “Pluralismo Constitucional Europeu”, *in* O Direito, Ano 146º, I

Julian Scholtes (2021), “Abusing Constitutional Identity”, *in* German Law Journal, Volume 22

Karine Caunes (2022), “#IAmPetra; Prologue: The paradoxes of the rule of law in EU context—with special emphasis on the Polish RRP and EAW sagas; In this issue” (Editorial), *in* European Law Journal, Vol 27

L. Achilli (2024), “The missing link: the role of criminal groups in migration governance”, 50(20) *Journal of Ethnic and Migration Studies*

L. F. Torres (2023), “Hindering Democracy Through Migration Policies? An Analysis of EU External Migration Policies’ Impacts on the Democratisation of Morocco”, *in* R. Zapata-Barrero and I. Awad (eds), *Migrations in the Mediterranean*, Springer, Cham

Leposava Ognjanoska (2021), “Promoting the Rule of Law in the EU Enlargement Policy: a Twofold Challenge”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, 17

Luis María Díez-Picazo (2008), “La Naturaleza de la Unión Europea”, *in* InDret Revista para el Análisis del Derecho, nº 4

Luke Dimitrios Spieker (2025), “Tackling the Union’s “Orbán Problem” Now. Seizing Momentum, Reviving Article 7 TEU, Sharpening Conditionality”, *in* Verfassungsblog, 10 April, disponível em <https://verfassungsblog.de/tackling-orban-problem/>

Mary Dobbs (2014), “Sovereignty, Article 4(2) TEU and the respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?”, *in* Yearbook of European Law, Vol. 33, No. 1

Massimo Fichera and Oreste Pollicini (2019), “The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?”, *in* German Law Journal, Vol. 20, Issue 8

Matej Avbelj (2020), “The Federal Constitutional Court Rules for a Bright Future of Constitutional Pluralism”, *in* German Law Journal, Vol. 21, Issue S1

Michel Rosenfeld (2012), “Constitutional Identity”, in Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press

Michel Rosenfeld (2005), “The European treaty – constitution and constitutional identity: a view from America”, *in* International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2-3, May

Miguel João Costa, Raquel Cardoso, Vânia Costa Ramos (2024), “The Second Life of the European Arrest Warrant: An Analysis of the Protective Potential of Mutual Recognition against Extradition to Third States”, *in* Transnational Criminal Law Review, Vol. 3. No. 1

Niovi Vavoula (2019), “C-61/11 PPU – El Dridi. Criminalisation of Irregular Migration in the EU: The Impact of El Dridi”, *in* Valsamis Mitsilegas, Alberto di Martino & Leandro Mancano (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford: Hart

Patricia Popelier, Giulia Gentile and Ester van Zimmeren (2022), “Bridging the gap between facts and norms: mutual trust, the European Arrest Warrant and the rule of law in an interdisciplinary context”, *in* European Law Journal, 27

Paul Kirchhof (2010), “The European Union of States”, *in* Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd Revised Edition, Hart Publishing

Pedro Caeiro (2022a), “Constitution and development of the European Union's penal jurisdiction: Responsibility, self-reference and attribution”, *in* European Law Journal, 2022 (DOI: 10.1111/eulj.12443)

Pedro Caeiro (2020), “ ‘Scenes From a Marriage’: Trust, Distrust and (Re)Assurances in the Execution of a European Arrest Warrant”, *in* Sergio Carrera, Deirdre Curtin and Andrew Geddes, *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, European University Institute

Pedro Caeiro (2019), "The contribution of *Advocaten voor de Wereld* for the protection of human rights in the context of supra-state law and for the doctrine of double criminality", in Valsamis Mitsilegas, Alberto di Martino and Leandro Mancano (Eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law: Leading Cases in a Contextual Analysis*, Bloomsbury

Pedro Caeiro (2022b), “The ‘licence to distrust’ and the protection of individual rights in the execution of a European Arrest Warrant: A comment”, *European Law Journal*, nº 28

Peter Lerche (1993), “Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes”, *in* Bernd Bender, Rüdiger Breuer, Fritz Ossenbühl and Horst Sendler (Eds.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung

Petra Bárd (2022), “In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law”, *in* European Law Journal, Vol 27

PICUM Report (2024), *Cases of criminalisation of migration and solidarity in the EU in 2023*, disponível em: <https://picum.org/blog/at-least-117-people-criminalised-for-helping-migrants-in-europe-in-2023/>

Raquel Cardoso (2024), “Changing for the Better – Reframing Treaty Reform and Access to Justice”, *in* UKAEL (UK Association for European Law) Blog, 31/01/2024, disponível em <https://ukael.org/2024/01/31/changing-for-the-better-reframing-treaty-reform-and-access-to-justice/>

Raquel Cardoso (2024) “Legitimacy and Rationalization in European Criminal Law: A Critical Analysis of the Criminalization of Migrant Smuggling”, *in* University of Bologna Law Review, Vol. 9.2/24

Sergio Carrera, Júlia Pőcze and Davide Colombi (2024), “A Rule of Law Agenda for 2030. Priorities for a principled area of freedom, security and justice”, CEPS, October, disponível em <https://www.ceps.eu/ceps-publications/a-rule-of-law-agenda-for-2030/>

Stephen Coutts (2011), “The Lisbon Treaty and the Area of Freedom, Security and Justice as an area of Legal Integration”, *in* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 7

Sören Schomburg, Vânia Costa Ramos, William Julié, Amélie Beauchemin and Rebecca Niblock (2022), ‘ECBA Statement on Mutual Recognition of Extradition Decisions’, of 21 June, disponível em <https://ecba.org/extdocserv/publ/ECBA_STATEMENT_Mutualrecognitionextraditiondecisions_21June2022.pdf>

Tímea Drinóczi and Pietro Faraguna (2022), “The Constitutional Identity of the EU as a Counterbalance for Unconstitutional Constitutional Identities of the Member States”, *in* European Yearbook of Constitutional Law, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4287559>

Thomas Wahl (2020), “Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements”, *in* eucrim, Issue 4

Valsamis Mitsilegas (2020), “Trust”, *in* German Law Journal, Vol. 21, Issue 01

V. Pavlov and R. Cardoso (2024), “The New Trend in the EU’s Migration Policy: Is Externalization Any Better?”, 10(3) *Journal of Liberty and International Affairs*

Vânia Costa Ramos, Diana Silva Pereira (2024), “Right of appeal by the accused in criminal matters in European Public Prosecutor’s Office (EPPO) Cases: no access to the Court of Justice of the European Union (CJEU) = no effective remedies for breaches of EU Law”, 22/04/2024, disponível em <https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2024/04/2024-04-222-Right-to-appeal-by-the-accused-in-criminal-matters-in-EPPO-Cases.pdf>

**Documentos oficiais**

Comissão Europeia (1992), Bulletin of the European Communities, Supplement 3/92, “Europe and the challenge of enlargement”, 24 June 1992 (Prepared for the European Council Lisbon, 26-27 June 1992)

Comissão Europeia (2024a), Press Corner, *Commission takes stock of key achievements on migration and asylum*, 12 March 2024 (and corresponding factsheet), disponível em <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1413>

Comissão Europeia (2024b), Press Corner, *Commission steps up support for Member States to strengthen EU security and counter the weaponisation of migration*, 11 December 2024, disponível em <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6251>

Conselho da União Europeia (2024), *Migration flows: Eastern, Central and Western routes. Yearly irregular arrivals (2015-2024)*, disponível em <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/migration-flows-to-europe/>

CURIA – Presentation – CJEU: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/en/>

Politico (2025), “Brussels is ‘honored’ Canadians want to join the EU — but says it won’t happen”, por Csongor Körömi, *in* POLITICO, 12 de Março, disponível em <https://www.politico.eu/article/canadians-want-join-european-union-will-never-happen-paula-pinho/>

**Jurisprudência**

Bundesverfassungsgericht, 1BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen II*)

*TJUE*

C-156/21 (*Hungary v. Parliament and Council*) ECLI:EU:C:2022:97

C-157/21 (*Poland v. Parliament and Council*) ECLI:EU:C:2022:98

C‑562/21 PPU e C‑563/21 PPU (*X and Y*) ECLI:EU:C:2022:100

C-699/21 (*E. D. L.*)ECLI:EU:C:2023:295

C‑354/20 PPU e C‑412/20 PPU (*L and P*) ECLI:EU:C:2020:1033

C‑561/19 (*Consorzio Italian Management*)ECLI:EU:C:2021:799

C-128/18 (*Dorobantu*)ECLI:EU:C:2019:857

C‑216/18 PPU (*LM*) ECLI:EU:C:2018:586

C‑220/18 PPU (*ML*) ECLI:EU:C:2018:589

C‑327/18 PPU (*RO*) ECLI:EU:C:2018:733

C‑163/17 (*Jawo*) ECLI:EU:C:2019:218

C-247/17 (*Raugevicius*) ECLI:EU:C:2018:898

C‑416/17 (*Commission/France*)ECLI:EU:C:2018:811

C-578/16 PPU (*C. K.*)ECLI:EU:C:2017:127

C-182/15 (*Petruhhin*)ECLI:EU:C:2016:630

C‑404/15 e C‑659/15 PPU (*Aranyosi and Căldăraru*) ECLI:EU:C:2016:198

C‑160/14 (*Silva e Brito*)ECLI:EU:C:2015:565

C-61/11 PPU (*El Dridi*) ECLI:EU:C:2011:268

C-411/10 e C-493/10 (*N.S. and Others*)ECLI:EU:C:2011:865

C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*) ECLI:EU:C:2006:391

C-495/03 (*Intermodal Transports*)ECLI:EU:C:2005:552

C-224/01 (*Köbler*)ECLI:EU:C:2003:513

C-413/99 (*Baumbast*) ECLI:EU:C:2002:493

C-25/62 (*Plaumann*) ECLI:EU:C:1963:17

Opinion 2/13 (*Accession of the European Union to the ECHR*) ECLI:EU:C:2014:2454

*TEDH*

*Schipani et Autres c. Italie* (nº 38369/09)

*Dhahbi v. Italy* (nº 17120/09)

*Sanofi Pasteur v. France* (nº 25137/16)

*Liu v. Poland* (nº 37610/18)

1. \* Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada; investigadora integrada no CEJEIA.

   Este artigo adopta como ponto de partida o artigo “The European Constitutional Identity as mirror and reflection of national constitutional identities – concessions, limits and trust within the EU”, publicado em Revue des Affaires Européennes 2023/4 (Mai 2024), reiterando as principais ideias do mesmo, actualizando-as, expandindo-as e delas retirando outras conclusões. [↑](#footnote-ref-1)
2. Michel Rosenfeld (2012), p. 757 – nomeadamente, varia em relação ao conjunto de normas que a Constituição contém, a relação entre a Constituição e a cultura em que se insere, a relação entre a Constituição e outras identidades, entre outras. [↑](#footnote-ref-2)
3. Gerhard van Der Schyff (2016), p. 227. [↑](#footnote-ref-3)
4. Michel Rosenfeld (2012), p. 759. [↑](#footnote-ref-4)
5. Na verdade, esse foi o método utilizado para primeiro identificar o núcleo constitucional essencial da UE (caso do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE – C-4/73, *Nold*, § 13): construir, a partir de concepções comuns dos vários EM, a identidade constitucional com a qual os cidadãos europeus se pudessem identificar e reconhecer como válida. [↑](#footnote-ref-5)
6. Michel Rosenfeld (2005), p. 317 ss. [↑](#footnote-ref-6)
7. Como a sua origem comum, valores fundamentais, ou a diferenciação da América – Armin von Bogdandy (2005), p. 299. [↑](#footnote-ref-7)
8. Giuseppe Martinico (2007). [↑](#footnote-ref-8)
9. O que implica que esse sinalagma possa também ter consequências negativas, se se influenciarem mutuamente num sentido inverso ao até agora adoptado para definir a identidade constitucional dos EM e da UE. Poder-se-ia argumentar que sempre existiria o limite (pelo menos formal) do art. 2º; mas o que o “Estado de Direito” e a “democracia” significam pode vir a variar exponencialmente, se esses valores não forem convenientemente defendidos. [↑](#footnote-ref-9)
10. Parece ser claro que a utilização da palavra “europeus” não pretende significar (apenas) a localização geográfica dos Estados candidatos: se antes existia apenas a candidatura da Turquia e a adesão do Chipre como indicação, recentemente colocou-se a questão de saber se o Canadá poderia, querendo, pertencer à UE. Apesar de tal ideia ter sido afastada por Bruxelas (Politico, 2025), a caracterização de um Estado como “europeu” depende de um conjunto de factores, combinando elementos históricos, culturais e de proximidade geográfica, de acordo com a Comissão Europeia (1992), que sublinha que o que tal conceito significa está sujeito a revisão “a cada geração” (p. 11). [↑](#footnote-ref-10)
11. Isso significa que serão materialmente avaliadas as condições existentes nos Estados Membros antes da acessão à UE, não bastando uma qualquer declaração formal no que concerne à adopção de um sistema interno democrático – assim, Luis María Díez-Picazo (2008), p. 39; Leposava Ognjanoska (2021). [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre a distinção, Pedro Caeiro (2022a). [↑](#footnote-ref-12)
13. Existe ainda uma clara ligação entre o orçamento da UE e os valores do art. 2º TUE, que é demonstrada pela conclusão a que chegou o TJUE nos casos C-156/21 (*Hungary v. Parliament and Council*), e C-157/21 (*Poland v. Parliament and Council*) – aqui, concluiu o Tribunal que os fundos europeus poderiam ser retidos no caso de violação grave (e persistente) dos valores do art. 2º TUE por parte de um EM. [↑](#footnote-ref-13)
14. Gráinne de Búrca (2022). [↑](#footnote-ref-14)
15. Denis Preshova (2012), p. 268 ss; Mary Dobbs (2014), p. 300. Isso significaria que a UE deveria ainda, na sua acção, não infringir os valores essenciais componentes da identidade constitucional nacional de cada EM. Por outro lado, se tal disposição for lida em conjunto com o art. 2º TUE, essa limitação deixaria de existir quando (ou se) a identidade nacional levasse a uma interpretação oposta a um desses valores. [↑](#footnote-ref-15)
16. V. Denis Preshova (2012), p. 273 ss. [↑](#footnote-ref-16)
17. Peter Lerche (1993), p. 140. [↑](#footnote-ref-17)
18. O facto de dever ser “inconciliável” pretende precisamente demonstrar que qualquer solução de compromisso entre o EM e a UE seria inalcançável e que, por isso, qualquer diálogo entre ambos seria incapaz de ter como resultado a aproximação das duas soluções legais em oposição. [↑](#footnote-ref-18)
19. Pense-se na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e jurisprudência do respectivo Tribunal, que se pronunciou já várias vezes também sobre aspectos do Direito da UE. [↑](#footnote-ref-19)
20. Essa confiança é principalmente colocada à prova em questões que estão tradicionalmente confiadas ao Estado, porque associadas ao núcleo da sua soberania: o exercício do seu *ius puniendi* e o direito de manter ou remover pessoas do seu território, bem como a protecção dos direitos fundamentais. Ambos os exemplos serão posteriormente mencionados. Sobre a confiança na Área de Segurança, Liberdade e Justiça, Valsamis Mitsilegas (2020) e Pedro Caeiro (2020). [↑](#footnote-ref-20)
21. Na rede interconstitucional, as Constituições nacionais mantêm a sua função de auto-descrição e auto-referência, mas não são já auto-suficientes, uma vez que certos princípios (como a hierarquia ou competência) são desvalorizados em prol da abertura à influência jurídica externa que advém precisamente do facto de se encontrarem integradas numa rede constitucional, o que pressupõe a interculturalidade e a descoberta de regras comuns – José Canotilho (2003), p. 1426 ss. [↑](#footnote-ref-21)
22. Exemplificativamente: constitucionalismo pós-nacional tolerante, multi-nível, quase-federal, compósito, policêntrico, cooperativo; complexidade constitucional ou pluralismo pós-nacional. Em relação a estas teorias, v. José Pujol (2014), p. 54; Davor Jančić (2012), p. 239/240; Giuseppe Martinico (2012), p. 220 ss; e Massimo Fichera, Oreste Pollicini (2019). [↑](#footnote-ref-22)
23. Que pode, também, ser visto como algo transitório ou um aspecto intrínseco do constitucionalismo europeu – Andrea Simoncini (2014), p. 244. [↑](#footnote-ref-23)
24. Denis Preshova (2012), p. 249. Naturalmente, há autores que criticam tal visão pluralista (p. ex. Gareth Davies, 2012) ou que negam a existência de uma identidade europeia, precisamente porque o que parece existir é uma multiplicidade de identidades e não uma que se possa identificar como exclusivamente da UE (v. Carolina Pereira (2012), p. 7715). No entanto, existem exemplos práticos que demonstram esta interacção constitucional, um dos mais relevantes sendo o do julgamento do Tribunal Constitucional Alemão, 1BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen II*), onde os juízes reconheceram que a questão de direitos fundamentais invocada se encontrava já completamente harmonizada e procederam, consequentemente, a analisar o caso tendo em conta não a Lei Fundamental alemã, mas sim o Direito da União Europeia (em comentário, Matej Avbelj, 2020). [↑](#footnote-ref-24)
25. Stephen Coutts (2011), p. 90. [↑](#footnote-ref-25)
26. Luis María Díez-Picazo (2008), p. 59. [↑](#footnote-ref-26)
27. Exemplos desse diálogo são a conhecida saga *Solange* e *Taricco*, que opuseram, respectivamente, o Tribunal Constitucional alemão e italiano ao TJUE. [↑](#footnote-ref-27)
28. Opinion 2/13 (*Accession of the European Union to the ECHR*), § 168. [↑](#footnote-ref-28)
29. Foi também fundamental para a criação e manutenção de uma área interna sem fronteiras: C‑220/18 PPU (*ML*), § 48 e 49. A mesma presunção é válida para o sistema de asilo europeu e suas regras de alocação da responsabilidade para proceder à sua análise: C‑163/17 (*Jawo*), § 82. [↑](#footnote-ref-29)
30. C‑216/18 PPU (*LM*), § 37. [↑](#footnote-ref-30)
31. Exemplificativamente, AG Jean Richard de la Tour no caso C-158/21 (*Puig Gordi and Others*), § 87. Essa conclusão era já retirada no caso C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*), § 53 (em comentário e análise, Pedro Caeiro, 2019). [↑](#footnote-ref-31)
32. Esta questão surgiu primeiramente em relação à proibição de tratamento desumano e degradante, no caso C‑404/15 e C‑659/15 PPU (*Aranyosi and Căldăraru*), § 82 ss), sendo depois estendida a outros direitos fundamentais. [↑](#footnote-ref-32)
33. C‑327/18 PPU (*RO*), § 34. [↑](#footnote-ref-33)
34. Em geral, uma situação deficitária geral que não se reflicta de maneira comprovada na situação particular do indivíduo não será obstáculo à cooperação. No entanto, no caso C‑699/21 (*E.D.L.*), o Tribunal Europeu concluiu que poderia ser possível recusar a cooperação, mesmo na ausência de deficiências generalizadas no EM de emissão, se comprovadamente a entrega do indivíduo resultasse na violação de um seu direito fundamental – neste caso, motivada pela doença de que sofria o indivíduo em causa. [↑](#footnote-ref-34)
35. Era precisamente a situação em causa em C‑404/15 e C‑659/15 PPU (*Aranyosi and Căldăraru*), § 91 – 93. [↑](#footnote-ref-35)
36. O recital 10 da DQ 2002/584/JHA, relativa ao MDE, determina que essa suspensão só será possível “no caso de violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos princípios enunciados no nº 1 do artigo 6º do Tratado da União Europeia, verificada pelo Conselho nos termos do nº 1 do artigo 7º do mesmo Tratado e com as consequências previstas no nº 2 do mesmo artigo”. [↑](#footnote-ref-36)
37. Sobre a perda de confiança, Patricia Popelier, Giulia Gentile and Ester van Zimmeren (2022), p.167 ss. Sobre a falta de independência judicial, Thomas Wahl (2020). [↑](#footnote-ref-37)
38. C‑216/18 PPU (*LM*), § 70 ss; C‑562/21 PPU e C‑563/21 PPU (*X and Y*), § 63 ss; C‑354/20 PPU e C‑412/20 PPU (*L and P*), § 41ss (em relação ao conceito de autoridade judiciária de emissão), e § 57 ss. [↑](#footnote-ref-38)
39. C‑562/21 PPU e C‑563/21 PPU (*X and Y*), § 60 / 61. [↑](#footnote-ref-39)
40. C‑562/21 PPU e C‑563/21 PPU (*X and Y*), § 63; C‑354/20 PPU e C‑412/20 PPU (*L and P*), § 62 [↑](#footnote-ref-40)
41. C‑128/18 (*Dorobantu*), § 82: “o caráter absoluto […] que reveste a proibição de tratos desumanos ou degradantes na aceção do artigo 4.o da Carta, opõe‑se a que o direito fundamental de não ser sujeito a tais tratos possa ser de algum modo limitado por [considerações ligadas à eficácia da cooperação judiciária em matéria penal e aos princípios da confiança e do reconhecimento mútuos]”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Também neste sentido, Tímea Drinóczi and Pietro Faraguna (2022). [↑](#footnote-ref-42)
43. O art. 267º estabelece que apenas os Tribunais de última instância estão obrigados a recorrer ao TJUE; assim, antes de o caso chegar a esses Tribunais nacionais, não existirá obrigação de recorrer ao TJUE (mas apenas a possibilidade de o fazerem). Mesmo aí, os Tribunais de última instância poderão recusar referir uma questão ao TJUE, ao abrigo das doutrinas do *acte claire* e *acte eclairé*. Ainda assim, a falta de referência de uma questão ao TJUE quando tal fosse considerado obrigatório – nomeadamente porque o procedimento nacional se encontra perante um Tribunal de última instância e / ou porque a questão não é clara nem tenha sido anteriormente esclarecida pelo TJUE – poderá dar lugar à responsabilidade do EM: v., p. ex., os julgamentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), *Schipani et Autres c. Italie* (nº 38369/09), §69-73; *Dhahbi v. Italy* (nº 17120/09), §30-34; *Sanofi Pasteur v. France* (nº 25137/16), §68-81. Sobre a interpretação da obrigação de submeter um pedido de interpretação ao TJUE, C-224/01 (*Köbler*), §53-55/117-118; C-495/03 (*Intermodal Transports*), §28-45; C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*), §32 ss; C‑160/14 (*Silva e Brito*), §36-45; C‑416/17 (*Commission/France*), §105 ss; C‑561/19 (*Consorzio Italian Management*), §33-66. [↑](#footnote-ref-43)
44. Como ilustrado pela conclusão do TJUE no caso C‑480/21 (*W.O and J. L.*), §46: “any assessment of the facts of the case is a matter for the national court […] while the Court is empowered to give rulings on the interpretation or the validity of an EU provision only on the basis of the facts which the national court puts before it”. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ainda que um importante passo tenha sido dado com a adopção da Procuradoria Europeia (EPPO). [↑](#footnote-ref-45)
46. Exemplificativamente, Vânia Costa Ramos e Diana Silva Pereira (2024). Outro aspecto em que tal recurso poderia ser útil seria na responsabilidade da Frontex, a agência da UE responsável por providenciar apoio aos EM na segurança das fronteiras externas da UE – sobre o tópico, p. ex., Elspeth Guild (2024). [↑](#footnote-ref-46)
47. C-25/62 (*Plaumann*). [↑](#footnote-ref-47)
48. CURIA – Presentation – CJEU. [↑](#footnote-ref-48)
49. Em mais detalhe, Raquel Cardoso (2024). [↑](#footnote-ref-49)
50. Utilizando inclusive a mesma formulação: C-411/10 e C-493/10 (*N.S. and Others*, § 94. [↑](#footnote-ref-50)
51. C-128/18 (*Dorobantu*), § 57. [↑](#footnote-ref-51)
52. C-699/21 (*E. D. L.*), § 50. Essa conclusão havia sido algo precedida, já em 2017, por aquela do caso C-578/16 PPU (*C. K.*), § 91-92. [↑](#footnote-ref-52)
53. Exemplificativamente, o julgamento do TEDH em *Liu v. Poland* (nº 37610/18), § 83. [↑](#footnote-ref-53)
54. C-182/15 (*Petruhhin*). [↑](#footnote-ref-54)
55. Com detalhe, Miguel João Costa, Raquel Cardoso e Vânia Costa Ramos (2024). [↑](#footnote-ref-55)
56. C-413/99 (*Baumbast*), § 82. [↑](#footnote-ref-56)
57. C-247/17 (*Raugevicius*), § 50. [↑](#footnote-ref-57)
58. André Klip (2021), p. 369. [↑](#footnote-ref-58)
59. V. Sören Schomburg, Vânia Costa Ramos, William Julié, Amélie Beauchemin and Rebecca Niblock (2022). Para exemplo prático de um recurso com sucesso nesta questão, v. Miguel João Costa, Raquel Cardoso, Vânia Costa Ramos (2024). [↑](#footnote-ref-59)
60. H. Crawley (2023), p. 21. [↑](#footnote-ref-60)
61. De acordo com as estatísticas oficiais, 85,9% dos migrantes irregulares são requerentes de asilo – Conselho da UE (2024). [↑](#footnote-ref-61)
62. Comissão Europeia (2024a). [↑](#footnote-ref-62)
63. Caso C-61/11 PPU (*El Dridi*) – em comentário, N. Vavoula (2019). [↑](#footnote-ref-63)
64. A primeira vez que esse fenómeno foi identificado foi em 2021, quando a Bielorrússia concedeu vistos a migrantes oriundos do Médio Oriente e de África e organizou o seu transporte até às fronteiras externas da UE (abrangendo a Polónia, Lituânia e Letónia). [↑](#footnote-ref-64)
65. Em comentário, A. Ancite-Jepifánova (2024). [↑](#footnote-ref-65)
66. Num total de 170€ biliões – Comissão Europeia (2024b). [↑](#footnote-ref-66)
67. Com detalhe, Raquel Cardoso (2024). [↑](#footnote-ref-67)
68. PICUM Report (2024), p. 7, 11-14. [↑](#footnote-ref-68)
69. Para uma análise mais detida, v. Vasil Pavlov e Raquel Cardoso (2024). [↑](#footnote-ref-69)
70. G. Ovacık, M. Ineli-Ciger and O. Ulusoy (2024), p. 154 ss [↑](#footnote-ref-70)
71. L. Achilli (2024), p. 5051. [↑](#footnote-ref-71)
72. Como se verificou em Marrocos – L. F. Torres (2023), p. 29 ss. [↑](#footnote-ref-72)
73. Petra Bárd (2022), p. 185. [↑](#footnote-ref-73)
74. Luke Dimitrios Spieker (2025). [↑](#footnote-ref-74)
75. Karine Caunes (2022), p. 2. É até sugerido, neste sentido, o estabelecimento de um organismo responsável por observar o cumprimento desses valores por parte dos EM / UE – v. Sergio Carrera, Júlia Pőcze e Davide Colombi (2024). [↑](#footnote-ref-75)