



Comentários: a agenda da União Europeia sobre os direitos e garantias da defesa em processo penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português

Autor(es): Caeiro, Pedro

Publicado por: Imprensa da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/42475>

DOI: DOI:<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1413-7>

Accessed : 29-Jul-2020 22:31:34

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

Pedro Caeiro (org.)

Maria João Antunes | Joana Fernandes Costa

Ana Rita Alfaiate | Helena Moniz

Miguel João Costa

A Agenda da União Europeia sobre os Direitos
e Garantias da Defesa em Processo Penal:
a "segunda vaga" e o seu previsível impacto
sobre o direito português

The European Union Agenda on Procedural
Safeguards for Suspects or Accused Persons:
the "second wave" and its predictable impact on Portuguese law

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

PROJECTO
DESAFIOS SOCIAIS, INCERTEZA E DIREITO
(UID/DIR/04643/2013) | INSTITUTO JURÍDICO

Grupos de investigação: | *Thematic strands:*

- Crise, sustentabilidade e cidadania(s) | *Crisis, sustainability and citizenship(s)*
- Vulnerabilidade e direito | *Law and vulnerability*

É permitida a distribuição ou reprodução, total ou parcial, do presente trabalho, desde que a título gratuito e citada a fonte, sendo proibida a sua comercialização.

(Página deixada propositadamente em branco)

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

REVISÃO DOS TEXTOS EM INGLÊS

Sara Moreira

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

FOTOGRAFIA DA CAPA

Micha

ISBN

978-989-26-1412-0

ISBN DIGITAL

978-989-26-1413-7

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1413-7>

A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português

*The European Union Agenda on Procedural Safeguards
for Suspects or Accused Persons:
the “second wave” and its predictable impact on Portuguese law*

ORGANIZAÇÃO E INTRODUÇÃO
ORGANISATION AND INTRODUCTION

PEDRO CAEIRO

COMENTÁRIOS
COMMENTARIES (ABSTRACTS)

Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal (COM(2013) 821 final)

Proposal for a Directive on the presumption of innocence and the right to be present at trial in criminal proceedings (COM(2013) 821 final)

MARIA JOÃO ANTUNES / JOANA FERNANDES COSTA

Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal (COM(2013) 822 final)

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings (COM(2013) 822 final)

ANA RITA ALFAIATE (com a colaboração de HELENA MONIZ)

Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus (COM(2013) 824 final)

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings (COM(2013) 824 final)

MIGUEL JOÃO COSTA

(Página deixada propositadamente em branco)

INTRODUÇÃO (OU DE COMO TODO O PROCESSO PENAL COMEÇA COM UMA CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS)

Pedro Caeiro*

1. Até há relativamente pouco tempo, a intervenção da União Europeia (UE) em matéria penal e processual penal foi-se orientando no sentido de reforçar os aparelhos punitivos dos Estados-membros, assim privilegiando, para usar a terminologia de Christine Van den Wyngaert, a respectiva “função-espada” (protecção de bens jurídicos através da restrição das liberdades individuais) em detrimento da “função-escudo” (protecção das liberdades individuais contra o poder repressivo do Estado). Se esta tendência é congruente com o punitivismo global que se vem impondo nas duas ou três últimas décadas (e cujas raízes e razões profundas não cabe aqui discutir), a verdade é que ela tem causas imediatas e próprias na forma como os Estados-membros foram construindo a jurisdição penal da União.

Com efeito, até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a intervenção da UE ao abrigo de poderes para legislar em matéria especificamente penal estruturou-se sobre três linhas principais:

- Em primeiro lugar, procurou-se incrementar a *cooperação* entre as agências formais de controlo dos Estados-membros, tanto no plano normativo (até ao Tratado de Amesterdão, com o estabelecimento de convenções, e, a partir daí, por meio de decisões-quadro), como institucional (através da criação de novas autoridades com competências coadjuvantes na prevenção / repressão penal: a EUROPOL, a EUROJUST, a Rede Judiciária Europeia, o OLAF, etc.).

Esta linha de actuação ganhou um curso especificamente *europen*, tendo gerado, por um lado, mecanismos de cooperação inovadores, assentes no *reconhecimento mútuo* (cuja forma matricial se encontra no mandado de detenção europeu), e, por outro lado, a

* Investigador do Instituto Jurídico; Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Membro do Grupo de Peritos sobre Política Criminal da União Europeia.

assunção, no *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE), de um projecto de titularidade (limitada) da acção penal, corporizado na instituição de uma *Procuradoria Europeia*, cuja efectiva realização é já objecto de um procedimento legislativo.

- Em segundo lugar, prosseguindo as atribuições que lhe foram sendo conferidas a partir do Tratado de Amesterdão, a UE aprovou vários instrumentos destinados a *harmonizar / aproximar* os ordenamentos penais substantivos dos Estados-membros, impondo-lhes deveres de incriminar certas condutas e de estabelecer penas mínimas para as mesmas. Essa dilatação da proibição / repressão penal não é – nem pode ser, à luz das competências previstas nos Tratados – acompanhada de instrumentos que expressamente criem deveres de descriminalizar certas condutas (destituídas de dignidade penal), ou de estabelecer limiares máximos para as penas aplicáveis, como específicas opções de política criminal (sem prejuízo, naturalmente, das genéricas “proibições de proibir” impostas aos Estados pelas liberdades europeias).
- Por fim, numa iniciativa que fazia reear outros desenvolvimentos mas que acabou por ter um impacto modesto, a UE aprovou, em 2001, uma Decisão-quadro relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

2. Em virtude desta tendência, que a doutrina justamente qualifica de securitária, a actividade legiferante da UE anterior ao Tratado de Lisboa raramente visou proteger, de forma autónoma e como expressão de uma política criminal própria, as liberdades individuais contra o poder punitivo. Na verdade – postas entre parêntesis as escassas normas constantes de instrumentos de cooperação que consagram alguns direitos da defesa, bem como certos mecanismos de deslocalização do controlo sobre arguidos ou condenados que podem favorecer as decisões *pro libertate* e a respectiva inserção social –, a única garantia de génese europeia e de natureza especificamente penal que se instituiu naquele período foi a configuração interestatal da regra *ne bis in idem* prevista no art. 54º da *Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen*.

É curioso notar que, mesmo em relação a esta garantia, de carácter nitidamente penal, o Tribunal de Justiça não deixou de invocar, na sua decisão seminal sobre a matéria (*Gözütok e Brügge*, de 2003), a livre circulação de pessoas (enquanto *liberdade geral* propiciada pelo direito europeu) para fundamentar um certo desenho da regra (*sc.*, a inclusão, no âmbito das decisões-pressuposto relevantes, de acordos entre o Ministério Público e o arguido que satisfaçam determinadas condições). Em rigor, talvez só essa intencionalidade *transcensora* do ambiente jurídico-penal possa justificar a perturbação provocada pelo *ne bis in idem* nos sistemas penais dos Estados-membros, que não conseguem assimilá-lo directamente. Com efeito, na ausência de mecanismos vinculativos de delimitação da esfera de aplicabilidade das leis e de distribuição da jurisdição (judicativa), a decisão geradora da garantia não é necessariamente tomada no “melhor foro possível” (seja qual for o conteúdo que, do

ponto de vista europeu onde se funda a proibição, possa ser assinalado a este conceito), pelo que podem frustrar-se as finalidades da prevenção / repressão penal, mesmo entendidas no horizonte mais vasto de uma qualquer política criminal *comum*.

3. À primeira vista, a exigência da clássica “conexão comunitária” ter-se-ia projectado também na forma como o TFUE regula as atribuições e competências da UE para legislar sobre os direitos individuais em procedimentos penais. A UE pode estabelecer, através de directivas, “regras mínimas” sobre os direitos individuais em processo penal “*na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça*” (art. 82.º, n.º 2, al. b), do Tratado; *itálicos nossos*).

Numa interpretação literal, dir-se-ia que o estabelecimento de “regras mínimas” ordenadas a facilitar o reconhecimento mútuo e a cooperação policial e judiciária não equivale necessariamente a criar um *patamar mínimo* de direitos. Com efeito, não seria impossível invocar esta atribuição para fixar *limites máximos* aos direitos e prerrogativas processuais da defesa com o objectivo de que eles não dificultem o reconhecimento de decisões ou a prática de actos de cooperação judiciária, numa espécie de “harmonização pelo baixo” que teria (apenas) por fronteiras a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* e as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.

Todavia, a verdade é que, até ao momento, os órgãos da UE têm interpretado as disposições do Tratado no sentido de que as “regras mínimas” referidas no art. 82.º, n.º 2, do TFUE, devem traduzir-se em *direitos mínimos* das pessoas visadas por um processo penal (ou por um mandado de detenção europeu), como expressamente se adianta no ponto 2.4 do *Programa de Estocolmo*². Assim sendo, do ponto de vista da já aludida tensão “espada / escudo”, as regras mínimas terão aqui o sentido inverso daquele que detêm no estabelecimento dos crimes e das penas, variação que não surpreende, dada a diferente finalidade que lhes preside (André Klip).

4. Neste contexto, é minha convicção que a adopção do *Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais* pelo Conselho em 2009³ e das directivas⁴

² *Programa de Estocolmo — Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos*, JO C 115, de 4-05-2010, p. 1 e ss.

³ *Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais* (2009/C 295/01), JO C 295, de 4-12-2009, p. 1 ss.

⁴ *Directiva 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*, JO L 280 de 26-10-2010, p. 1 ss.; *Directiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal*, JO L 142 de 1-06-2012, p. 1 ss.; e *Directiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares*, JO L 294 de 6-11-2013, p. 1 ss.

e propostas de directivas⁵ que se lhe seguiram podem augurar uma *nova linha de intervenção* da UE em matéria penal, pelas razões que se expõem de seguida:

4.1. Desde logo, por força da interpretação lata que o legislador europeu parece ir dando às suas competências, ao aprovar instrumentos normativos que *não* funcionalizam a promoção dos direitos individuais em processo penal ao reconhecimento mútuo e à cooperação entre as autoridades, antes procuram assegurar um “melhor equilíbrio” entre esses direitos e as “medidas que visam facilitar a instauração de processos penais” adoptadas nas duas últimas décadas, no sentido de “reforçar as garantias processuais e o respeito pelo Estado de direito nos processos penais, independentemente do local da União Europeia onde os cidadãos decidam viajar, estudar, trabalhar ou viver” (considerando 10º do citado *Roteiro*).

O futuro dirá se tais direitos acrescentarão muito ao que se prevê já na CEDH e nos sistemas nacionais, mas a sua adopção pelo legislador europeu aumentará seguramente a respectiva força e vinculatividade, dada a natureza particular do direito europeu (primazia, dever de implementação para os Estados membros, vigilância por parte da Comissão, poderes do Tribunal de Justiça, efeito directo, interpretação conforme, etc.).

4.2. Em segundo lugar, pela forma particularmente ostensiva como o impacto normativo dos direitos individuais em processo penal exorbita do conteúdo clássico da “conexão europeia”, assentando decididamente em fundamentos jurídico-axiológicos autónomos.

Por essa via, a legislação sobre os direitos processuais afasta-se do paradigma que tem dominado o direito penal substantivo e a cooperação em matéria penal. Com efeito, a intervenção legislativa levada a cabo no âmbito do direito material pode reivindicar-se, em geral, da necessidade de protecção de *bens jurídicos comuns*, ou mesmo especificamente *européus*, não obstante a ocorrência de transbordamentos esporádicos, politicamente motivados, para domínios sem qualquer relação com a integração (como sucedeu, p. ex., com a definição de incriminações e penas mínimas no âmbito do abuso sexual de menores). Por sua vez, a facilitação da cooperação judiciária entre os Estados-membros constitui, por natureza, um problema europeu: a referência europeia não se encontra nos factos praticados, nem nos bens jurídicos a proteger (que podem ser puramente nacionais), mas está insculpida no *espaço partilhado* (“*comum*”) de justiça, concebido de modo a que cada Estado-membro beneficie do mais amplo auxílio dos restantes na administração da *sua* justiça, presumindo-se que assim fica servida uma qualquer ideia de justiça comum.

Ora, se é certo que alguns dos direitos constantes da *Agenda* têm uma ligação directa

⁵ *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal*, de 27-11-2013, COM(2013) 821 final; *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal*, de 27-11-2013 COM (2013) 822 final; e *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus*, de 27-11-2013 COM(2013) 824 final.

com a integração europeia (como, por exemplo, o direito à tradução e o direito ao acesso a um advogado e a apoio judiciário por parte das pessoas visadas por um mandado de detenção europeu), a maior parte deles não se fundamentam em uma conexão europeia entendida no sentido tradicional: não têm a sua aplicabilidade limitada a processos penais instaurados por crimes indicados no art. 83.º do Tratado, nem beneficiam somente os cidadãos que fazem uso da sua liberdade de circulação e / ou residência.

Claro que a instituição destes direitos pode ter como *motivo* mais próximo ou mais remoto a salvaguarda de interesses especificamente europeus – v. g., garantir mais fortemente os direitos dos cidadãos que são perseguidos ou acusados *fora do Estado-membro* onde residem ou de que são nacionais, ou reforçar a confiança mútua com vista a facilitar o *reconhecimento inter-estatal* das decisões –, mas o transbordamento dos seus efeitos para fora dessas situações é, neste caso, uma verdadeira inundação: uma elevadíssima percentagem das instâncias de aplicação da presunção de inocência, da protecção especial de menores sujeitos a um processo penal e da prestação de apoio judiciário não dirá certamente respeito a cidadãos residentes ou nacionais de um Estado-membro que não o do foro, nem a decisões que devam ser reconhecidas, em concreto, por outros Estados-membros.

4.3. Deste modo, a intervenção da UE nesta matéria incorpora-se na fisiologia dos sistemas processuais penais dos Estados-membros e, longe de se encapsular num determinado sector normativo impregnado pela integração europeia, torna-se parte componente da respectiva estrutura. A conexão europeia é, aqui, um *projecto próprio* de tutela dos direitos individuais nos processos penais perante as autoridades dos Estados-membros – e nisso se cifra, em meu entender, o real ponto de viragem da política europeia neste âmbito. De certa maneira, ter-se-á encontrado um *sentido verdadeiramente europeu*, diferente da soma das partes, para a intervenção em matéria processual penal, que também projecta uma nova luz sobre o reconhecimento mútuo: as decisões dos Estados-membros deverão ser reconhecidas não por provirem de outros Estados-membros, mas porque estão obrigadas a respeitar as garantias exigidas, no exercício das suas *autónomas* atribuições e juízos, pela *mesma* entidade legitimada para impor o reconhecimento mútuo.

5. O impulso para a elaboração do presente estudo foi a circunstância de se encontrar em curso o procedimento legislativo conducente à aprovação do “pacote” de directivas sobre direitos processuais apresentado pela Comissão em 2013, relativas (i) *ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal*; (ii) *às garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal*; e (iii) *ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeu*⁶.

⁶ Vd. *supra*, nota 5.

Em cada artigo, procede-se à interpretação de uma proposta de directiva e, num segundo momento, analisa-se o respectivo impacto sobre o ordenamento jurídico português. Pareceu-nos que o estilo e o horizonte pragmático que dominam estas reflexões se enquadram na linha editorial do IJ “Ensaaios, comentários e outros escritos”, a quem agradecemos o bom acolhimento.

Espera-se agora que o resultado deste trabalho possa contribuir para a discussão pública das propostas, bem como para a transposição das directivas que dali venham a resultar.

Coimbra, Março de 2015.

INTRODUCTION (OR: EVERY CRIMINAL PROCEDURE STARTS WITH A BILL OF RIGHTS)

Pedro Caeiro*

1. Until recently, the main purpose of the European Union's (EU) intervention in the field of criminal law and criminal procedure has been the reinforcement of the Member States' penal systems, thus favouring – to borrow Christine Van den Wyngaert's well-known expressions – their “sword-function” (protection of legal interests through the restriction of individual freedoms) to the detriment of the “shield-function” (protection of individual rights and safeguards against the State's punitive power). Such trend is consistent with the global punitivism that has reigned for the last two or three decades, the roots and reasons of which cannot be assessed in this paper. Nevertheless, it has its own specific and immediate causes in the way Member States have conceived the penal jurisdiction of the EU.

Before the entry into force of the Treaty of Lisbon, EU action under its competence to legislate on criminal matters followed three main strands:

- In the first place, it aimed at enhancing the *cooperation* between national enforcement agencies, both at the normative level (through the establishment of conventions and, under the Treaty of Amsterdam, framework decisions) and at the institutional level (through the creation of new agencies endowed with ancillary powers for the prevention / repression of crime, e.g., OLAF, EUROPOL, EUROJUST and the European Judicial Network).

Such line of action has led to specific *European* developments: it generated innovative cooperation mechanisms based on *mutual recognition* (whose matrix and paradigmatic

* Researcher at UCILeR; Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra; Member of the Commission's Expert Group on EU Criminal Policy.

instance is the European Arrest Warrant), as well as the subsequent vindication, in the *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU), of the Union's entitlement to penal action regarding certain criminal offences, embodied in the institution of a *European Public Prosecutor's Office*, the implementation of which is currently the object of a legislative procedure.

- In the second place, pursuant to the assignments set in the Treaties since Amsterdam, the EU passed several acts aiming at the *harmonization / approximation* of the Member States' substantive criminal law, imposing upon them duties to incriminate certain conduct and to establish minimum thresholds to the applicable sanctions. Irrespective of the generic "prohibitions to prohibit" that stem from European freedoms, which indirectly limit the States' *ius puniendi*, the expansion of penal repression caused by European criminal law has not been balanced – neither can it be, in the light of the Treaties – by European instruments creating duties to de-criminalize other conducts, or to establish maximum levels for the applicable sanctions, as *specific* decisions of criminal policy.
- Finally, in an initiative that raised the fear of further developments but eventually bore a modest impact, the EU passed, in 2001, a framework-decision on the status of the victim in penal proceedings.

2. Hence, due to that security-driven approach, the legislative activity of the EU prior to the Treaty of Lisbon was seldom aimed at protecting individual freedoms against the punitive power as an instance of a specific and autonomous European criminal policy. As a matter of fact – apart from a few defence rights provided for in the cooperation instruments, as well as some mechanisms allowing for the de-localization of State control over suspects and convicted persons, which might favour decisions *pro libertate* and rehabilitation – the sole European individual safeguard with a specific criminal law nature born in that period was the inter-jurisdictional scope of the rule *ne bis in idem* (art. 54 of the *Convention Implementing the Schengen Agreement*).

In any case, it is interesting to note that, in their seminal decision on the issue (*Gözütok and Brügge*, 2003) and despite the unequivocal criminal law nature and contents of *ne bis in idem*, the Court of Justice did not refrain from grounding a certain configuration of the rule (*ie.*, the inclusion, in the circle of the relevant decisions, of the agreements between the prosecution and the defence, as long as they meet some requirements) on the freedom of movement (as a *general freedom* stemming from EU law). Arguably, it is necessary to resort to this kind of foundation, which *transcends* the assignments of criminal law policy, to justify the nuisance brought by inter-jurisdictional *ne bis in idem* into the national legal systems, as the latter do not seem to swiftly assimilate it as a pure criminal law construct. In the absence of binding mechanisms that limit the scope of national laws and distribute (adjudicative)

jurisdiction between the Member States, the decision that generates *ne bis* is not necessarily taken in the “best possible forum” (whichever the contents of this notion might be, from the European perspective that grounds the prohibition of *bis*). Consequently, the goals of crime prevention / repression might be frustrated, even if we place them in the context of some *common* criminal policy.

3. At first sight, the classic requirement of a “community connection” is also present in the way the TFEU regulates the competence of the EU to legislate on individual rights in criminal proceedings and the goals it shall achieve. By means of directives, the EU can establish “minimum rules” on the rights of individuals in criminal procedure “*to the extent necessary to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension*” (art. 82(2)b) TFEU; emphasis added).

A literal interpretation of this norm would lead to the conclusion that the establishment of “minimum rules” which aim at facilitating mutual recognition and police and judicial cooperation does not necessarily amount to setting *a minimum threshold for individual rights*. As a matter of fact, it would not be impossible to resort to that goal as a justification to set *maximum limits* to the rights and procedural prerogatives of the defence, in order to prevent the latter from hampering on the recognition of decisions or on judicial cooperation, in a sort of “low-level harmonisation”, which would have for sole frontiers the *European Convention on Human Rights*, the *Charter of Fundamental Rights of the EU* and the constitutional traditions common to the Member States.

Nevertheless, up until now, the EU bodies have interpreted the norms of the Treaty in the sense that the “minimum rules” referred to in art. 82(2) TFEU should be translated as *minimum rights* of the individuals targeted by a criminal procedure (or a European arrest warrant), as explicitly stated in paragraph 2.4 of the *Stockholm Programme*². Hence, from the perspective of the mentioned tension between “sword and shield”, the meaning of minimum rules is, in this case, the opposite of the one they bear in the context of the establishment of incriminations and penalties, such variation being unsurprising, given the different goals they pursue (André Klip).

4. It is submitted that the adoption of the *Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings* by the Council in 2009³, as well as the directives⁴

² *The Stockholm Programme - An open and secure Europe serving and protecting the citizens*, OJ C 115, 4.05.2010, p. 1 ff.

³ *Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings* (2009/C 295/01), OJ C 295, 4.12.2009, p. 1 ff.

⁴ *Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1 ff.; *Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings*, OJ L 142, 1.6.2012, p. 1 ff.; and *Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have*

and proposals for directives⁵ that ensued, might augur a new strand of EU intervention on criminal law matters, for the following reasons:

4.1. In the first place, the EU legislator seems to be adopting a broad reading of his competence, by passing acts that do *not* purport to promote individual rights in the criminal procedure as a function of mutual recognition and enhanced cooperation between authorities, but rather seek to “improve the balance” between those rights and the “measures that facilitate prosecution” adopted in the last two decades, in order to “strengthen procedural guarantees and the respect of the rule of law in criminal proceedings, no matter where citizens decide to travel, study, work or live in the European Union” (recital 10 of the mentioned *Roadmap*).

Whether or not such rights add much to the ECHR and to the national systems already in place, is yet to be seen, but their adoption by the European legislature will obviously increase their strength and enforceability, due to the particular nature of European law (primacy, duty to transpose, surveillance by the Commission, powers of the Court of Justice, direct effect, conform interpretation, etc.).

4.2. In the second place, the normative impact of the rights and safeguards in criminal procedure goes far beyond the classic content of the “European connection”, decidedly building upon autonomous legal-axiological grounds.

By doing so, the legislation on procedural rights turns away from the paradigm which has dominated substantive criminal law and international cooperation in criminal matters. In fact, the legislative intervention on substantive criminal law is covered, in general, by the need for an effective protection of *common*, or even specifically *European legal interests*, notwithstanding some instances of sporadic, politically motivated spill-over of European legislation to fields with no relationship whatsoever with European integration (as it was the case, *eg.*, with the definition of minimum incriminations and penalties regarding sexual abuse of minors). In the same vein, facilitating judicial cooperation between the Member States is, by definition, a European issue: the European reference might not be found in the offences committed, or in the legal interests that need protection (which might bear an exclusively domestic nature), but it is carved in the *shared* (“*common*”) *area of justice*, conceived in a way that each Member State can enjoy the broadest assistance from the others in the administration of its *own* justice, the presumption being that this serves some unuttered idea of common justice.

a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013, p. 1 ff.

⁵ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings*, of 27.11.2003, COM(2013) 821 final; *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*, of 27.11.2003, COM(2013) 822 final; and *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings*, 27.11.2013, COM(2013) 824 final.

Now, if it is true that some of the rights contained in the *Agenda* have a direct connection to the European integration (as it is the case, for instance, with the right to translation and the rights of access to a lawyer and to legal aid in the execution of a European arrest warrant), most of them are not based on a European connection in the traditional sense: they do not have their scope limited to criminal proceedings for the offences described in art. 83 TFEU, or to the suspects and accused that use their freedom of movement and / or residence.

Indeed, the motives for the creation of those rights might lie in the safeguard of specifically European interests – *eg.*, strengthening the rights of the citizens who are investigated or prosecuted *outside the Member State* of their nationality or residence, or reinforce mutual trust in order to facilitate *inter-state recognition* of the decisions – but the spill-over effect amounts, in this case, to a true flooding. A very high percentage of the instances where the presumption of innocence, the special protection for minors and the conferral of legal aid will apply will certainly not deal with individuals who are foreigners or reside in another Member State, nor with decisions that must be actually recognised by other Member States.

4.3. Hence, the intervention of the EU on this matter embodies itself in the physiology of the Member States’ criminal procedure systems and, far from being encapsulated in a given normative sector impregnated by European integration, becomes a component of their structure. The European connection is, in this case, an *autonomous, self-designed project* for the protection of individual rights in criminal proceedings before the authorities of the Member States – and that is also why it is legitimate to see a “shift” in the direction of the European policy in this realm. In a way, one might have found a *truly European meaning* for the intervention on criminal procedure, which also sheds a different light on mutual recognition: decisions should be recognised not because they are uttered by other Member States, but because they are bound to respect the safeguards that are required, in the pursuance of its *own* assignments and assessments, by the *same* entity who is entitled to impose mutual recognition.

5. The present project originated in the circumstance that there is a legislative procedure under way regarding the “package” of directives on procedural rights presented by the Commission in November 2013, on (i) *the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings*; (ii) *the procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*; and (iii) *provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings*⁶.

Each chapter deals with the interpretation of one proposal, as well as its predictable impact on the Portuguese legal system. The style and the pragmatic horizon under which

⁶ See *supra*, note 5.

those reflections are carried out bode well with UCILeR's editorial strand "Essays, commentaries and other writings", whom we thank for the publication.

We hope that the result of our work might contribute to the public debate over the proposals, as well as for the transposition of the directives, when they are passed, into Portuguese law.

Coimbra, March 2015.

COMENTÁRIOS

COMMENTARIES (ABSTRACTS)

NB: As opiniões expressas pelos(as) Autores(as) são da exclusiva responsabilidade de cada um(a) deles(as) | *The Authors' opinions are of their exclusive responsibility*

(Página deixada propositadamente em branco)

COMENTÁRIO À

PROPOSTA DE DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO REFORÇO DE CERTOS ASPECTOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DIREITO DE COMPARECER EM TRIBUNAL EM PROCESSO PENAL (COM(2013) 821 FINAL)

Maria João Antunes*

Joana Fernandes Costa**

1. Introdução

1.1. Sob o pressuposto de que, tal como decorre do art. 82.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a cooperação judiciária em matéria penal assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, a Comissão Europeia apresentou, em Novembro de 2013, uma **Proposta de Directiva relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal**, dando assim continuidade ao processo de criação das condições necessárias para que, através da confiança mútua entre os diferentes sistemas judiciais e da percepção de que os direitos dos suspeitos ou arguidos são respeitados em todos os casos, as decisões judiciais proferidas num Estado-Membro possam ser consideradas equivalentes às proferidas noutros Estados-Membros, tornando-se, por essa via, executórias em toda a União.

* Investigadora do Instituto Jurídico; Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Juíza de Direito; Assessora do Gabinete do Presidente do Tribunal Constitucional.

A referida Proposta de Directiva inscreve-se, assim, no âmbito do programa legislativo para o reforço do acervo dos direitos processuais em matéria penal¹ a que a Comissão Europeia, politicamente mandatada pelo Conselho Europeu no âmbito do chamado Programa de Estocolmo², deu início em 2010, tendo em vista o reforço do respeito pelo **direito a um processo equitativo** em toda a União Europeia (UE) e o incremento da confiança mútua entre as autoridades judiciais dos Estados membros³.

1.2. Pretendendo dar um decisivo passo em frente na concretização do referido programa, a Proposta de Directiva em referência assume a centralidade, do ponto de vista do respeito pelo princípio do processo equitativo, do direito à presunção de inocência e do direito de comparecer no próprio julgamento. Sob influência directa do art. 6.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, dos arts. 47.º e 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, em especial, do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tal como interpretado pelo respectivo Tribunal, a referida Proposta procurou definir, assim, naquele domínio, um conjunto de obrigações mínimas que os Estados deverão transpor para os respectivos ordenamentos processuais-penais no âmbito da União Europeia.

2. Objecto e âmbito de aplicação

2.1. Em consonância com a orientação expressa na agenda da Comissão⁴, a Proposta de Directiva sujeita à incidência da jurisprudência do TEDH o conteúdo das regras mínimas relativas à protecção das garantias de defesa intentadas reforçar, em particular à ideia, ali presente, de que o princípio do processo penal equitativo⁵, para além de englobar o direito de comparecência em Tribunal⁶, é centralmente integrado pelo direito à presunção de inocência, revestindo este, por sua vez, os seguintes aspectos essenciais: **i)** o direito de

¹ Cf. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions**, COM(2013) 820 final, 27-11-2013, p. 2.

² **Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos** (2010/C 115/01), de 04-05-2010, ponto 2.4.

³ A esta autodesignada “agenda” da Comissão “em matéria de garantias processuais” foi já dada execução através de três distintas Directivas: **i)** a **Directiva 2010/64/UE, de 20 de Outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal**; **ii)** a **Directiva 2012/13/EU, de 22 de Maio de 2012, relativa ao direito ao direito à informação em processo penal**; e, por último, **iii)** a **Directiva 2013/48/EU, de 22 de Outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e aos direitos de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, em privação de liberdade, com terceiros e autoridades consulares**.

⁴ Cf. COM(2013) 820 final, de 27-11-2013, p. 7-8.

⁵ O direito ao processo equitativo encontra-se consagrado no art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. De acordo com a respectiva previsão, “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

⁶ Cf. Acórdão **Colozza v. Itália**, de 12 de Fevereiro de 1985.

não ser apresentado como culpado pelas autoridades públicas antes da decisão definitiva⁷; **ii)** o facto de o ónus da prova recair sobre a acusação e qualquer dúvida razoável quanto à culpabilidade da pessoa em causa dever ser decidida a favor desta⁸; e **iii)** o direito de ser informado da acusação.

Uma vez que o direito de ser informado da acusação foi objecto de regulação autónoma através da Directiva 2012/13/UE, de 22 de Maio⁹, o programa normativo constante da Proposta de Directiva versa apenas sobre as duas primeiras dimensões do direito à presunção de inocência, sem deixar, todavia, de lhes fazer acrescer um conjunto de regras mínimas sobre “o direito de não se auto-incriminar, o direito de não colaborar e o direito ao silêncio” de acordo com a perspectiva, igualmente presente na jurisprudência do TEDH¹⁰, segundo a qual o nexo causal que liga aquela presunção a estes direitos inviabiliza a possibilidade de reforçar eficazmente a integridade da primeira sem que os segundos se encontrem concomitantemente assegurados.

2.2. Seguindo a orientação fixada na jurisprudência, quer do TEDH, quer do Tribunal de Justiça da UE (a seguir designado «TJUE») sobre o direito à não auto-incriminação¹¹, a modelação constante da Proposta de Directiva assume que, tal como este direito, também o direito à presunção de inocência evidencia diferentes necessidades e reclama distintos níveis de protecção consoante se trate de pessoas singulares ou colectivas, sendo menos intenso em relação a estas. Por isso, a Proposta de Directiva versa apenas sobre o direito à presunção de inocência das **pessoas singulares**.

Para além de dizerem respeito apenas a pessoas singulares, as normas mínimas constantes da Proposta de Directiva aplicam-se somente aos **processos penais**, com exclusão dos processos administrativos que tenham por resultado a imposição de sanções – tais como os processos de concorrência, os processos comerciais, fiscais e de serviços financeiros e outros inquéritos realizados pelas autoridades administrativas em relação com esses processos –, bem como dos processos cíveis.

No âmbito do processo penal, o conjunto de normas proposto é aplicável independentemente da fase em que o mesmo se encontrar, isto é, antes mesmo de o visado ser informado pelas autoridades competentes de um Estado-Membro, mediante notificação oficial ou outro meio, de que é suspeito da prática de um crime ou arguido a esse título, até ao trânsito em julgado da decisão final.

⁷ Cf. Acórdão **Minelli v. Suíça**, de 25 de Março de 1983.

⁸ Cf. Acórdãos **Barberà, Messegué e Jabardo v. Espanha** e **Telfner v. Áustria**, de 6 de Dezembro de 1988 e 20 de Março de 2001, respectivamente.

⁹ Vide **supra** nota 3.

¹⁰ Cf. Acórdão **Saunders v. Reino Unido**, de 17 de Dezembro de 1996, Acórdão **Heaney and MacGuinness v. Irlanda**, de 21 de Dezembro de 2000, e Acórdão **Weh v. Áustria**, de 8 de Abril de 2004.

¹¹ Cf. Processo C-308/04 P, **Comissão/SGL Carbon** (Colectânea 2006, p. I-5915) e Processo T-112/98, **Mannesmannröhren-Werke/Comissão** (Colectânea 2001, p. II-732).

3. Conteúdo programático da Proposta de Directiva

3.1. Depois de definir, nos termos acabados de descrever, o respectivo objecto e âmbito de aplicação (arts. 1.º e 2.º), a Proposta de Directiva procede, nos capítulos seguintes, à explicitação do conteúdo, alcance e extensão das normas mínimas respeitantes ao **direito à presunção de inocência** e ao **direito de comparecer em Tribunal** que se pretende sejam tornadas aplicáveis por todos os Estados-Membros às pessoas singulares suspeitas ou arguidas em processo penal.

Fazendo recair sobre os Estados-Membros o dever de assegurar que o suspeito ou arguido se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não for legalmente provada (art. 3.º), a Proposta de Directiva densifica, no respectivo capítulo segundo, as três projecções do **direito à presunção de inocência** intentadas regular.

3.2. A primeira, relativa às **referências em público à culpabilidade antes da condenação**, concretiza-se na imposição aos Estados-Membros do dever de assegurar que, antes de uma condenação definitiva, nenhuma declaração pública ou decisão oficial emitida pelas autoridades apresentará o suspeito ou arguido como condenado, bem como de adoptar as medidas necessárias em caso de eventual violação (art. 4.º). Em consonância com o entendimento seguido na jurisprudência do TEDH, esta obrigação impende não apenas sobre as entidades judiciais mas sobre todos os agentes públicos¹², com a mesma se pretendendo acautelar o risco de a opinião pública ser encorajada a concluir pela culpabilidade do suspeito ou arguido visado, prejudicando a apreciação dos factos pela autoridade judicial competente.

3.3. A segunda dimensão do direito à presunção de inocência objecto da Proposta de Directiva diz respeito ao **ónus da prova e nível de prova exigido**, âmbito no qual se prevê a imposição aos Estados-Membros do dever de assegurar que, sem prejuízo dos eventuais poderes **ex officio** do tribunal competente para julgar a causa, recai sobre a acusação o ónus de provar a culpabilidade do suspeito ou arguido, sendo qualquer dúvida interpretada em favor da defesa (art. 5.º, n.ºs 1 e 3).

Sob invocação, uma vez mais, da jurisprudência do TEDH – em particular do resultado da compatibilização, aí reconhecida, entre o interesse público, medido pelas necessidades da acusação, e o direito de defesa¹³ –, as regras mínimas constantes da Proposta de Directiva contemplam a possibilidade de, em casos específicos e limitados, os ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros procederem, através do estabelecimento

¹² Este entendimento foi expresso no Acórdão proferido no caso **Allenet de Ribemont v. França**, de 10 de Fevereiro de 1995. No referido Acórdão, o TEDH considerou violado o princípio da presunção de inocência pelo facto de, numa conferência de imprensa promovida pela polícia francesa e que contara com a participação do Ministro do Interior, ter sido atribuída ao queixoso, detido nesse mesmo dia, a autoria do crime de homicídio sob suspeita do qual havia sido realizada a respectiva detenção.

¹³ Cf. Acórdão **Salabiaku v. França**, de 7 de Outubro de 1988.

de presunções de “facto ou de direito”, à inversão do ónus da prova. Na medida em que apenas é admitida em termos restritivos e a título excepcional, tal possibilidade encontra-se, todavia, sujeita a um duplo pressuposto: **i)** os interesses subjacentes ao estabelecimento da presunção deverão revestir relevância suficientemente justificativa da inversão do ónus da prova; e **ii)** a presunção deverá ser refutável, bastando a tal refutação que a defesa produza provas suficientes para suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido (art. 5.º, n.º 2).

3.4. A terceira e última projecção do princípio da presunção de inocência regulada na Proposta de Directiva relaciona-se directamente com a prerrogativa de não auto-incriminação implicada no **princípio nemo tenetur se ipsum accusare**, em particular com o **direito ao silêncio** e o **direito a não facultar meios de prova** que constituem seus corolários.

Embora presente, conforme se viu já, ao longo de toda a regulamentação contida na Proposta de Directiva, a influência da jurisprudência do TEDH é particularmente evidente na modelação do conjunto das normas mínimas relativas aos direitos à não auto-incriminação, à não colaboração e ao silêncio.

Para além da assunção de que, tal como reiteradamente afirmado pelo TEDH, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação constituem **standards** internacionais situados no coração da noção de “processo equitativo”¹⁴, a Proposta de Directiva parte da consideração de que a prerrogativa da não auto-incriminação se relaciona, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do suspeito ou arguido em permanecer em silêncio e, na medida em que constitui uma decorrência do pressuposto segundo o qual a acusação, num processo criminal, deverá provar a sua tese sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos coercivos ou opressivos com desrespeito pela vontade deste, é intimamente associável à **presunção de inocência**¹⁵ consagrada no n.º 2 do art. 6.º da Convenção.

3.4.1. O direito ao silêncio encontra-se regulado no art. 7.º da Proposta de Directiva, aí se impondo aos Estados-Membros o dever de assegurar que o suspeito ou arguido tem o direito de guardar silêncio quando for interrogado pelas autoridades policiais ou outras autoridades com funções coercivas ou judiciais em relação ao crime de que é suspeito de ter cometido ou a título do qual é arguido (n.º 1). Para além disso, estabelece-se a obrigação de os Estados-Membros informarem rapidamente o suspeito ou arguido do seu direito ao silêncio, esclarecendo-os sobre o respectivo conteúdo e sobre as consequências decorrentes da sua renúncia ou exercício (n.º 2), ao mesmo tempo que se lhes veda a possi-

¹⁴ Cf. Acórdãos proferidos nos casos **Funke v. França**, **John Murray v. Reino Unido**, **Saunders v. Reino Unido**, **Heaney e McGuinness v. Irlanda** e **Jalloh v. Alemanha**, de 25 de Fevereiro de 1993, 08 de Fevereiro de 1996, 17 de Dezembro de 1996, 21 de Dezembro de 2000 e 11 de Julho de 2006, respectivamente.

¹⁵ O princípio da presunção de inocência encontra-se consagrado no n.º 2 do art. 6.º da Convenção. De acordo com a respectiva previsão, “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

bilidade de utilização do exercício do direito ao silêncio contra o suspeito ou arguido numa fase ulterior do processo, designadamente a de considerar tal exercício como uma confirmação dos factos (n.º 3). Por último, estabelece-se a inadmissibilidade das provas obtidas em violação do regime fixado, ressalvando-se, porém, as hipóteses em que a sua utilização não prejudique a equidade geral do processo (n.º 4)¹⁶.

3.4.2. Uma vez mais em conformidade com a orientação seguida pelo TEDH – de acordo com a qual o privilégio da não auto-incriminação, apesar de se relacionar em primeira linha com o respeito pela vontade do acusado em permanecer em silêncio, deverá ser entendido de forma mais ampla no âmbito do art. 6.º da Convenção, em termos de abranger também os casos que se relacionam com o uso de poderes coercivos para a obtenção de informação potencialmente incriminatória através da **entrega de documentos**¹⁷ –, a Proposta de Directiva regula, a par do direito ao silêncio, o **direito à não auto-incriminação** e o **direito à não colaboração** enquanto direitos a não facultar meios de prova.

No respectivo art. 6.º, a referida Proposta impõe, assim, aos Estados-Membros o dever de assegurar que, em qualquer processo penal, o suspeito ou acusado tem os direitos de não se autoincriminar e de não colaborar.

O regime proposto para tais direitos é idêntico àquele que foi seguido em relação ao direito ao silêncio – no sentido em que, também quanto aos primeiros, se veda aos Estados-membros a possibilidade de consentirem na valoração do seu exercício contra o suspeito ou arguido numa fase ulterior do processo, designadamente a de fazer equivaler o respectivo exercício a uma confirmação dos factos (n.º 3), ao mesmo tempo que se estabelece a inadmissibilidade das provas obtidas em violação do regime assim fixado, salvo se a sua utilização não prejudicar a equidade geral do processo (n.º 5) –, embora com a particular explicitação de que, tal como expressamente resulta da jurisprudência do TEDH, se encontra excluída do âmbito de incidência do direito à não auto-incriminação a utilização, em quaisquer processos penais, de elementos susceptíveis de serem obtidos do suspeito ou acusado através do legítimo exercício de poderes compulsivos, desde que a respectiva existência seja **independente da vontade da pessoa visada**, conforme sucede com os documentos apreendidos em buscas, as amostras de sangue ou de urina e os tecidos corporais para testes de ADN¹⁸.

¹⁶ A decisão de excluir a inadmissibilidade que, em regra, atinge as provas obtidas através da violação do direito ao silêncio nos casos em que a respectiva utilização não seja de modo a tornar o processo, como um todo, globalmente inequitativo é praticamente decalcada do critério decisório reiteradamente seguido pelo TEDH no âmbito da aplicação do art. 6.º da Convenção. Para o TEDH, o art. 6.º da Convenção, embora garanta o direito a uma audição justa, não enuncia, de forma expressa ou implícita, quaisquer regras sobre a **admissibilidade da prova enquanto tal**, pelo que a questão não é a de saber se certo tipo de prova, designadamente a obtida por meios ilícitos, é admissível, mas a de determinar se **o procedimento, como um todo, incluindo o modo como a prova foi obtida e utilizada, foi justo e equitativo**. De acordo com o TEDH, para verificar se o procedimento, como um todo, foi injusto ao ponto de extinguir o **núcleo essencial do privilégio à não auto-incriminação**, é necessário considerar: **i)** a natureza e o grau da coerção empregue; **ii)** a existência de garantias processuais no procedimento e o uso que delas é feito; e **iii)** a utilização feita do material probatório obtido (cf. o Acórdão proferido no caso **Allan v. Reino Unido**, de 05 de Novembro de 2002).

¹⁷ Cf. Acórdão **Funke v. França**, de 25 de Fevereiro de 1993.

¹⁸ Embora aí manifestamente a título de **obiter dictum**, o TEDH começou por afirmar tal orientação no

3.5. Partindo da consideração de que o **direito de comparecer em tribunal**, ou de ao mesmo renunciar depois de conhecida a sua existência, é indispensável ao exercício dos direitos de defesa, o art. 8.º da Proposta de Directiva impõe aos Estados-Membros o dever de assegurar a todo o suspeito ou arguido o direito de estar presente no seu próprio julgamento (n.º 1) sempre que este tiver por objecto a apreciação da questão da culpabilidade.

Assumindo, contudo, que o direito de comparecer em Tribunal não tem carácter absoluto, a Proposta de Directiva admite que os Estados-Membros possam prever, sob específicas condições, a possibilidade de o tribunal competente decidir sobre a culpabilidade na ausência do suspeito ou arguido.

Assim, o julgamento poderá ser realizado na ausência do arguido sempre que este, tendo tido conhecimento do julgamento previsto, tiver conferido mandato a um defensor, designado por si ou pelo Estado, para a sua defesa em tribunal e por este tiver sido efectivamente representado no julgamento (n.º 2, al. **b**)).

Para além desta hipótese, o julgamento apenas poderá ser legitimamente realizado na ausência do arguido se este, de forma atempada: **i**) tiver sido pessoalmente notificado da data e local previstos para a realização do julgamento ou, em alternativa, tiver recebido, por outros meios mas de forma efectiva, informação oficial da data e do local previstos para o julgamento, permitindo o procedimento seguido estabelecer de modo inequívoco que o mesmo tinha conhecimento do julgamento previsto; e **ii**) tiver sido concomitantemente advertido da possibilidade de uma decisão ser proferida em caso de não comparência (n.º 2, al. **a**)).

De acordo com o regime previsto na Proposta de Directiva, se consentirem na realização de julgamentos na ausência fora das condições acima descritas, os Estado-membros têm o dever de assegurar que a decisão que tiver sido proferida apenas se tornará exequível se, depois de ter sido notificado dessa decisão e expressamente informado do direito a novo julgamento ou a recurso, o arguido: **i**) declarar expressamente que não contesta a decisão; ou **ii**) não requerer novo julgamento ou recurso dentro de um prazo razoável (n.º 3).

Para além do dever de assegurar o direito a um novo julgamento e a faculdade de nele estar presente àqueles que hajam sido julgados na ausência fora das condições começadas por referir, a Proposta de Directiva obriga ainda os Estados membros a garantir que, uma vez requerido, tal julgamento permitirá a reapreciação do mérito da causa, incluindo novas provas, podendo conduzir a uma decisão distinta da inicial (art. 9.º).

4. Impacto da Proposta de Directiva no ordenamento jurídico-penal português

4.1. Considerado o conteúdo, o alcance e a extensão das regras mínimas relativas à presunção de inocência e ao direito de comparecer em tribunal em processo penal constantes

Acórdão proferido no caso **Saunders v. Reino Unido**, de 17 de Dezembro de 1996, reiterando-a e desenvolvendo-a no Acórdão proferido no caso **Jalloh v. Alemanha**, de 11 de Julho de 2006.

da Proposta de Directiva e acabadas de analisar, importa em seguida verificar se, por via das soluções que consagra, o ordenamento jurídico-penal português acolhe já um modelo suficientemente consonante com as prescrições que se pretende sejam tornadas aplicáveis em todos os Estados-membros ou se, pelo contrário, carecerá, em todos ou em certos dos segmentos ali contemplados, de determinados ajustamentos, desenvolvimentos ou explicitações.

4.2. Integrado na chamada constituição processual penal, o **princípio da presunção de inocência** encontra consagração expressa no art. 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Depois de, no respectivo n.º 1, impor ao processo penal, com carácter geral, o ónus de assegurar “todas as garantias de defesa”, vinculando-o ao reconhecimento de todos os “direitos e instrumentos necessários e adequados”¹⁹ a uma defesa ampla e efectiva em relação quer à “decisão final”, quer a “todas aquelas que impliquem restrições de direitos ou possam condicionar a solução definitiva do caso”²⁰, o art. 32.º da Constituição refere-se em especial ao direito à presunção de inocência no seu n.º 2, aí dispondo que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”.

A previsão do n.º 2 do art. 32.º da Constituição identifica-se, no essencial, com as formulações do princípio da presunção de inocência acolhidas nos textos internacionais em que se baseiam as regras mínimas constantes da Proposta de Directiva, isto é, quer com a seguida no n.º 1 do art. 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – de acordo com a qual “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa” —, quer com a que consta do n.º 2 do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, onde se estabelece que “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Não obstante a reconhecida dificuldade na determinação do exacto sentido do princípio da presunção de inocência²¹, prevalece tanto na doutrina como na jurisprudência constitucional²² a ideia de que o mesmo, apesar de operar decisivamente no domínio probatório, dispõe, todavia, de um sentido e de um alcance mais vastos.

De acordo com tal perspectiva, o princípio da presunção de inocência constitui, essencialmente, uma regra ou um critério de tratamento a dispensar ao arguido ao longo do processo²³ – dentro e fora dele²⁴ –, cujo efeito é o de impor que o mesmo seja titular de um

¹⁹ Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 516.

²⁰ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA / HENRIQUE SALINAS, in Jorge Miranda / Rui Medeiros, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra 2010, p. 710.

²¹ Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, **ob. cit.**, p. 518.

²² Acórdão do TC n.º 179/2012 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

²³ Cf. ALEXANDRA VILELA, **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**, Coimbra Editora, 2000, p. 91 e ss.

²⁴ Cf. RUI PATRÍCIO, **O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no actual Processo Penal Português**, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 38.

estatuto e destinatário de uma consideração próprios de alguém que é considerado inocente e que a “contenção, a restrição e a negação dos seus direitos de cidadão” tenham por isso em cada momento “o alcance mais restrito possível (qualitativa e quantitativamente)”²⁵.

Deste modo, para além de a cláusula geral constante da primeira parte do n.º 1 do art. 32.º englobar já todas as garantias que, “embora não explicitadas nos números seguintes, hajam de decorrer do princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal”²⁶, o princípio da presunção de inocência consagrado no respectivo n.º 2, justamente por não ter reflexos apenas num ou noutro instituto processual — mas antes encerrar uma ponderação que se projecta, quer no processo penal no seu todo, quer ainda na organização e funcionamento dos tribunais²⁷ —, comporta projecções materiais várias, certas delas já explicitadas na jurisprudência constitucional e outras susceptíveis de o virem a ser em face das concretas circunstâncias do caso.

4.3. Muito mais do que um simples princípio programático, o princípio da presunção de inocência foi constitucionalmente elevado à categoria de direito fundamental e, por integrar o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, dispõe da força normativa a estes especialmente atribuída, o que torna a norma do n.º 2 do art. 32.º da Constituição, não apenas directamente aplicável, como vinculativa de entidades públicas e privadas (art. 18.º, n.º 1, da Lei Fundamental).

Enquanto regra de tratamento a dispensar ao sujeito visado pelo procedimento, o princípio da presunção de inocência tem aplicação desde o início do processo até ao trânsito em julgado da decisão final, conformando por isso o estatuto constitucional não apenas do arguido mas também do suspeito em processo penal²⁸.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 516.

²⁷ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA / HENRIQUE SALINAS, *ob. cit.*, p. 723-724.

²⁸ De acordo com a definição constante da al. e) do art. 1.º do Código de Processo Penal, “suspeito” é toda a pessoa relativamente à qual “exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”. Quando o suspeito é formalmente reconhecido como tal, adquire a qualidade de arguido, convertendo-se num sujeito processual **de pleno jure**. A constituição de arguido pode ocorrer **ope legis** ou mediante comunicação feita ao visado por uma autoridade judiciária (juiz ou Ministério Público) ou por um órgão de polícia criminal. De acordo com o regime previsto no art. 57.º do Código de Processo Penal, assume automaticamente a qualidade de arguido “todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal” (n.º 1), conservando-se tal qualidade “durante todo o decurso do processo” (n.º 2). Segundo o disposto no art. 58.º, n.º 1, do mesmo Código, a constituição de arguido é, todavia, obrigatória logo que: a) Correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal; b) Tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coacção ou de garantia patrimonial; c) Um suspeito for detido; ou d) For levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado, salvo se a notícia for manifestamente infundada. Para além disso, se, “durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao acto suspende-o imediatamente” e procede à sua constituição como arguido (art. 59.º, n.º 1), sendo assegurado à “pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime” o “direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem” (art. 59.º, n.º 2). Finalmente, “correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la” (art. 272.º, n.º 1).

Na medida em que, em qualquer uma das dimensões materiais que comporta, o princípio da presunção de inocência supõe, em regra, que o sujeito visado pelo procedimento haja sido previamente constituído arguido, pode dizer-se que, quanto a este, tal princípio é invocável em relação à totalidade dos aspectos sobre os quais incide a Proposta de Directiva.

4.4. Apesar de consagrar a presunção de inocência enquanto garantia essencial do processo penal, a Constituição não densifica, contudo, qualquer uma das dimensões materiais do princípio, não tutelando por essa razão, de forma autónoma e expressa, qualquer um dos segmentos objecto da regulamentação constante da Proposta de Directiva. Todavia, considerado o conteúdo potencial máximo que doutrina e jurisprudência constitucionais vêm reconhecendo às garantias constitucionais do processo penal justo, pode, ainda assim, afirmar-se com segurança que as três projecções do princípio da presunção de inocência reguladas na Proposta de Directiva têm assento constitucional, encontrando-se tuteladas implicitamente ou por directa implicação no art. 32.º da Lei Fundamental.

4.5. Não sofre contestação a ideia de que a ponderação valorativa implicada no princípio da presunção de inocência proíbe qualquer afirmação da culpabilidade do sujeito visado pelo procedimento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nesta sua dimensão extraprocessual, o princípio manifesta-se assim, antes do mais, como um direito constitucional a beneficiar, fora do processo, de um “tratamento não discriminatório não só por parte das autoridades judiciais, como por parte de quaisquer outras entidades públicas ou privadas”²⁹.

Impondo-se **erga omnes** com este específico conteúdo material, o princípio da presunção de inocência não pode deixar de supor, como sua primeira decorrência, a vinculação de todas as autoridades públicas – em especial das entidades judiciárias e dos órgãos de polícia criminal – à proibição de, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, se referirem publicamente ao suspeito ou arguido como culpado ou de o apresentarem publicamente como tal.

Tal proibição, para além de resultar já da vinculação a que, relativamente aos preceitos referentes a direitos, liberdades e garantias, se acham tanto positiva como negativamente sujeitas todas as entidades públicas, encontra-se ainda infraconstitucionalmente concretizada, quanto às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal, no dever geral de reserva imposto nos estatutos e leis que respectivamente as regem.

Para além de se lhes encontrar intraprocessualmente vedada a possibilidade de, no caso de o arguido optar por prestar declarações no âmbito da audiência de julgamento, “manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários donde possa inferir-se um juízo sobre a culpabilidade” (art. 343.º, n.º 2, do Código de Processo Penal – CPP), os ma-

²⁹ Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, **Revista do Ministério Público** 23 (2002), n.º 92, p. 77.

magistrados judiciais encontram-se sujeitos, de acordo com o art. 12.º do respectivo Estatuto³⁰, ao dever geral de reserva, não podendo, segundo o respectivo n.º 1, produzir “declarações ou comentários sobre processos, salvo, quando autorizados pelo Conselho Superior da Magistratura, para defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo”. Idêntica previsão consta do n.º 1 do art. 84.º do Estatuto do Ministério Público, que impõe a estes magistrados um dever geral de reserva com igual conteúdo e excepções coincidentes.

Já no que diz respeito aos órgãos de polícia criminal, importa em particular salientar o disposto: **i)** no art. 13.º da Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto³¹, cujo n.º 2 proíbe os funcionários em serviço na Polícia Judiciária de fazerem “revelações públicas relativas a processos ou sobre matérias de índole reservada, salvo o que se encontra previsto (...) sobre informação pública e acções de natureza preventiva junto da população e ainda o disposto nas leis de processo penal”; **ii)** no art. 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 297/2009, de 14 de Outubro³², que impõe aos militares da Guarda Nacional Republicana um dever geral de sigilo quanto aos “factos e matérias” de que tomem “conhecimento em virtude do exercício das suas funções”; e **iii)** no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 299/2009, de 14 de Outubro³³, que sujeita ao segredo de justiça e ao segredo profissional os actos praticados pelos agentes da Polícia de Segurança Pública.

Embora o dever de reserva ou sigilo se encontre legalmente configurado, em qualquer uma das modelações aludidas, como um dever funcional de carácter geral, que veda aos agentes por ele abrangidos qualquer tipo de publicidade informativa tendo por objecto o conjunto dos elementos integrados no procedimento, incluindo os relativos à pessoa do sujeito por este visado, não deixa de ser verdade que, sempre que tais agentes produzirem referências públicas à culpabilidade de um suspeito ou arguido antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, aquele dever será necessariamente violado, constituindo tal violação, por seu turno, fundamento idóneo para a responsabilização disciplinar do agente em causa.

4.5.1. Ainda que em termos considerados insuficientes por um relevante sector da doutrina penal³⁴, a preservação da dimensão social da presunção de inocência surge igual-

³⁰ O Estatuto dos Magistrados Judiciais foi aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, e alterado, pela última vez, pela Lei n.º 9/2011, de 12 de Abril. O do Ministério Público, a que de seguida se faz referência, foi aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, e alterado, pela última vez, pela Lei n.º 9/2011.

³¹ A Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto, aprovou a orgânica da Polícia Judiciária, tendo sido alterada pela Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

³² O Decreto-Lei n.º 297/2009, de 14 de Outubro, aprovou o Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana.

³³ O Decreto-Lei n.º 299/2009, de 14 de Outubro, aprovou o Estatuto do Pessoal Policial da Polícia de Segurança Pública.

³⁴ Constituindo o segredo de justiça externo o instrumento, em geral, mais apto a assegurar a efectividade social da presunção de inocência, um importante sector da doutrina penal vem sustentando que o regime consagrado na sequência da revisão operada pela Lei n.º 48/2007, na medida em que circunscreve à fase de inquérito a possibilidade de sujeição do processo a segredo de justiça, não permitindo a sua comunicação à fase de instrução, fragiliza de modo ilegítimo aquela presunção. De acordo com tal perspectiva, ainda que o inquérito tenha sido sujeito ao segredo de justiça externo, a circunstância de o não poder ser também na fase de instrução submete o arguido a um momento obrigatoriamente público do processo apesar de aquele, ao requerer a instrução, o poder ter feito justamente com o propósito de evitar que

mente implicada no próprio regime legal da publicidade do processo (art. 86.º do CPP), mais concretamente nas excepções consagradas no respectivo âmbito.

Com efeito, apesar de a revisão operada pela Lei n.º 48/2007 haver convertido a publicidade externa no regime-regra de todas as fases do processo penal (art. 86.º, n.º 1, do CPP), não deixou de acautelar-se a possibilidade de, designadamente a requerimento do arguido, o juiz de instrução determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, sempre que entenda que a publicidade prejudica os direitos do sujeito que o requereu (n.º 2). Para além disso, atribuiu-se ao Ministério Público a faculdade de, sempre que entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justificam, determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo juiz de instrução (n.º 3).

Nos casos em que o segredo de justiça tiver sido decretado, as autoridades judiciais poderão, no entanto, a pedido das pessoas publicamente postas em causa, prestar os esclarecimentos públicos que forem necessários ao restabelecimento da verdade sempre que os mesmos não prejudicarem a investigação (art. 86.º, n.º 13, do CPP). Tal possibilidade constitui uma excepção legalmente prevista ao dever de reserva que estatutariamente impende sobre os magistrados judiciais e do Ministério Público, sendo considerada uma consequência imposta pela necessidade de acautelamento da dimensão social da presunção de inocência.

Encontrando-se o processo em segredo de justiça, a divulgação, no todo ou em parte, do teor de qualquer acto praticado nessa fase ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral constitui, de acordo com o n.º 1 do art. 371.º do Código Penal, crime punível com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, salvo se outra pena for cominada para o caso pela lei de processo.

4.6. Apesar de a ela se não poder reduzir, o princípio da presunção de inocência contém uma inevitável dimensão probatória, o que significa que entre as decorrências do seu conteúdo essencial se contam tanto a “proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido”, como “o **princípio in dubio pro reo**”³⁵.

Sendo embora questionável se, no âmbito do ordenamento processual penal português, existe um verdadeiro ónus de prova a cargo da acusação³⁶, não há dúvidas de que se

um julgamento público tivesse lugar (neste sentido, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 4.ª ed., p. 252; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, **Revista do CEJ**, n.º 9 (especial), 2008, pp. 17-18, e NUNO BRANDÃO, “A nova fase da instrução”, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal** 18 (2008), pp. 236 e 240). De todo o modo, ainda que ao ordenamento processual penal português possa ser imputada, pelas razões apontadas, uma insuficiente concretização da dimensão pública do direito à presunção de inocência, tratar-se-á sempre de uma insuficiência qualitativamente diversa daquela a cuja neutralização se dirigem as regras a esse propósito constantes da Proposta de Directiva.

³⁵ Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, **ob. cit.**, p. 518, e, no mesmo sentido, o Acórdão do TC n.º 179/2012.

³⁶ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, **Direito Processual Penal**, 1.ª ed., Reimpressão, Coimbra 2004, p. 212-213, não existe no âmbito do processo penal “qualquer verdadeiro ónus de prova que recaia sobre a acusação ou o

encontra, por um lado, constitucionalmente vedada a possibilidade do estabelecimento de qualquer ónus de prova a cargo da defesa e, por outro, constitucionalmente prescrita a vinculação do julgador ao dever de resolver favoravelmente ao arguido qualquer dúvida que razoavelmente subsista quanto aos elementos de facto com relevância para a decisão que lhe cumpra proferir, o que inclui tanto os pressupostos do preenchimento do tipo de crime, como os factos demonstrativos da existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa³⁷, como ainda aqueles que relevem para a determinação das consequências jurídicas do crime.

Nesta última acepção, concretizada no princípio **in dubio pro reo**, resulta da presunção de inocência que “todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos «à dúvida razoável» do tribunal”, não poderão também “considerar-se como «provados»”: na medida em que a falta de provas não pode, em caso algum, desfavorecer a posição do arguido, “um **non liquet** na questão da prova (...) tem de ser sempre valorado a favor do arguido”³⁸.

Apesar de, ao contrário de outros – como o princípio da livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP) e o princípio da investigação ou da verdade material (art. 340.º do CPP) —, não se encontrar enunciado de forma expressa no CPP, o **in dubio pro reo** constitui um princípio geral do processo penal directamente operativo, que impõe por isso uma orientação vinculativa ao julgador em caso de persistência de dúvida razoável sobre os factos. A sua revisibilidade encontra-se, como tal, processualmente assegurada, na medida em que conforma uma autêntica questão-de-direito a alegação da sua violação, cabendo no âmbito dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça (art. 432.º, n.º 1, al. c), do CPP).

4.7. Enquanto regra de tratamento do arguido ao longo de todo o processo, a garantia constitucional da presunção de inocência tem ainda consequências extraprocessuais, traduzindo-se estas, essencialmente, numa proibição dirigida ao legislador ordinário de estatuir, designadamente através da consagração de presunções de culpa, qualquer norma que faça inverter o ónus da prova em desfavor do arguido. Conforme explicitado tanto na doutrina como na jurisprudência constitucional, dela decorre, pois, “um conjunto de exigências de sentido que não se limitam a conformar os diversos atos que compõem as diversas fases

arguido”. Não existindo seguramente um “ónus de prova formal, segundo o qual as partes teriam o dever de produzir as provas necessárias a escorar as suas afirmações de facto, sob pena de não verem os factos respectivos ser tidos como provados”, também não existirá um “ónus de prova material” a cargo da acusação, o que se explica pelo facto de, de acordo com o seu estatuto, o Ministério Público se encontrar legalmente vinculado ao dever de colaboração na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo a critérios de estrita objectividade (art. 53.º, n.º 1, do CPP), não possuindo, por essa razão, um “interesse necessariamente contraposto ao do arguido”. No mesmo sentido, rejeitando a possibilidade de se considerar que “a incapacidade de provar a culpa do arguido acarrete para o Ministério Público a desvantagem característica dos verdadeiros ónus”, vide RUI PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 29.

³⁷ Relativamente ao facto sujeito a julgamento, o princípio da presunção de inocência aplica-se sem qualquer limitação e, neste sentido, não apenas aos elementos fundamentadores e agravantes da pena, mas também às causas de exclusão da ilicitude, da culpa ou da pena, bem como às circunstâncias atenuantes, sejam elas modificativas ou simplesmente gerais. Em todos estes casos, a persistência de dúvida razoável após a produção da prova tem de actuar em sentido favorável ao arguido, conduzindo à consequência de se ter logrado a prova (cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de Alegar e de Provar em Processo Penal?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 105 (1972-73), p. 140 e 141.

³⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 213.

do processo penal”³⁹, operando ainda, e de forma decisiva, “a montante, ao nível da previsão legislativa dos tipos incriminadores”. Nesta acepção, a presunção de inocência impõe ao legislador que “as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos”; impõe-lhe, “em suma, que legisle no sentido de que não saia diminuído, direta ou indiretamente, o princípio da presunção de inocência do arguido”⁴⁰.

4.8. Um outro reflexo imediato que a presunção de inocência exerce sobre o estatuto do arguido é o de que “a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objeto do processo”⁴¹.

Impondo que ao arguido seja atribuído o estatuto de verdadeiro sujeito processual e vedando por isso qualquer possibilidade da sua conversão em objecto ou instrumento de prova, o princípio da presunção de inocência encontra-se intimamente relacionado com a prerrogativa da não auto-incriminação implicada no princípio **nemo tenetur se ipsum accusare**, em especial com o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, os quais constituem seus corolários⁴².

A Constituição da República Portuguesa não consagra **expressis verbis** este princípio, mas, não obstante essa ausência, tanto a doutrina como a jurisprudência constitucional têm defendido que o **nemo tenetur se ipsum accusare** tem assento constitucional implícito, sendo considerado um direito constitucional do processo penal não escrito⁴³.

Para além de materialmente dedutível do princípio da presunção de inocência consagrado no n.º 2 do art. 32.º da Constituição – ou das garantias de defesa previstas no n.º 1⁴⁴ –, o **princípio nemo teneatur** encontra-se amplamente consagrado no CPP, ainda que

³⁹ Cf. o Acórdão do TC n.º 179/2012.

⁴⁰ Cf. RUI PATRÍCIO, **ob. cit.**, pp. 37-38.

⁴¹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in AA. VV., **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal**, Coimbra, 1991, pp. 27-28. No mesmo sentido, **vide** ainda o Acórdão do TC n.º 179/2012.

⁴² De acordo com o princípio **nemo tenetur se ipsum accusare**, ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação. Trata-se de uma verdadeira prerrogativa de não auto-incriminação que engloba, como seus corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova (cf. PAULO DE SOUSA MENDES, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, **Revista de Concorrência e Regulação I** (2010), n.º 1, p.125).

⁴³ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra Editora, 1992, p. 125, e AUGUSTO SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, **O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português**, Coimbra Editora, 2009, pp. 14-15. No mesmo sentido, **vide** os Acórdãos do TC n.ºs 695/95, 304/2004, 181/2005, 155/2007 e 340/2013 (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

⁴⁴ De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, os “direitos ao silêncio e à não autoincriminação devem considerar-se incluídos nas garantias de defesa que o processo penal deve assegurar (art. 32.º, n.º 1, da Constituição), não deixando estes direitos processuais de proteger mediata ou reflexamente a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais com ela conexos, como sejam os direitos à integridade pessoal, ao livre

apenas na sua vertente de direito ao silêncio.

4.8.1. Através de um amplo e articulado conjunto de normas, a lei processual penal não só garante ao arguido um “total e absoluto direito ao silêncio”⁴⁵ sobre os factos pertinentes ao estabelecimento dos pressupostos da responsabilidade criminal e suas consequências, como procura assegurar a eficácia desse direito através da imposição às autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal perante os quais aquele seja chamado a prestar declarações de um correlativo dever de esclarecimento ou advertência.

Assim, depois de integrar no elenco dos direitos titulados pelo arguido em qualquer fase processual o direito de “não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar” (art. 61.º, n.º 1, al. **d**)), a lei processual penal onera as autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal que devam intervir em cada acto com a obrigação de prestação de toda a informação relativa à existência daquele direito.

Logo no momento da sua constituição como arguido, este é obrigatoriamente informado de todos direitos que legalmente lhe assistem, incluindo o direito ao silêncio, cujo conteúdo lhe será explicitado sempre que tal se revelar necessário (art. 58.º, n.º 2).

No início do primeiro interrogatório judicial a que haja sido submetido na sua condição de detido, o arguido é obrigatoriamente informado pelo juiz de instrução de que tem o direito a guardar silêncio, sendo-lhe tal direito explicitado sempre que for caso disso (art. 141.º, n.º 4, al. **a**)). Tal regra mantém-se na hipótese de o arguido detido ser ouvido em primeiro interrogatório pelo Ministério Público (art. 143.º, n.ºs 1 e 2), valendo ainda no âmbito, quer dos subsequentes interrogatórios de arguido preso, quer dos interrogatórios de arguido em liberdade (art. 144.º, n.º 1) a que houver de proceder-se no decurso das fases do inquérito e da instrução.

O mesmo dever de informação e de advertência é imposto no âmbito do julgamento, cabendo ao Presidente do Tribunal que no mesmo intervier esclarecer o arguido, no início da audiência, de que “tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo” (art. 343.º, n.º 1).

Se o arguido se dispuser a prestar declarações, cada um dos juizes e dos jurados pode fazer-lhe perguntas sobre os factos que lhe sejam imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas, conservando todavia o arguido a possibilidade de, “espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer” (art. 345.º, n.º 1).

desenvolvimento da personalidade e à privacidade, não se revelando necessário, para sustentar o acolhimento constitucional, o recurso a parâmetros mais genéricos ou distantes como o direito ao processo equitativo (art. 20.º, n.º 4, da Constituição) ou à presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da Constituição)”. Cf. Acórdãos n.º 340/2013 e 108/2014, disponíveis naquele sítio.

⁴⁵ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS / VÂNIA COSTA RAMOS, **ob. cit.**, p. 16.

No ordenamento processual penal português, “é titular do direito ao silêncio primeiramente o arguido e, além dele, todas as pessoas que, não o sendo, são, contudo, orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas”⁴⁶.

Por isso, o art. 132.º do CPP estabelece que a testemunha, apesar de sujeita ao dever geral de “responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas” (art. 132.º, n.º 1, al. **d**)), “não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal” (art. 132.º, n.º 2).

Se o conteúdo do direito ao silêncio e o correlativo dever de informação sobre a sua existência se encontram extensamente previstos e regulados na lei processual penal, o mesmo não sucede já com o esclarecimento das consequências associáveis ao seu exercício ou à sua renúncia.

Com efeito, apenas no âmbito do primeiro interrogatório judicial de arguido detido se prevê a obrigação de este ser advertido pelo juiz de instrução de que, não exercendo o direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova (art. 141.º, n.º 4, al. **b**)). Para além desta hipótese, em que o esclarecimento das consequências resultantes da renúncia ao direito ao silêncio é justificado pela necessidade de tornar possível a atendibilidade em julgamento das declarações prestadas no âmbito do primeiro interrogatório judicial mesmo na hipótese de o arguido vir a ser julgado na ausência ou, sendo julgado presencialmente, exercer aí o seu direito ao silêncio, a lei processual penal não prevê nenhum outro dever de explicitação das consequências associáveis ao seu exercício ou renúncia para além da genérica indicação de que, caso o arguido opte por exercer o direito ao silêncio, este não o poderá desfavorecer.

Através da estatuição constante do n.º 5 do art. 58.º do CPP, o legislador assegura contrafactivamente a eficácia das normas que prescrevem o dever de esclarecimento ou de advertência através da “drástica sanção da «proibição de valoração»”⁴⁷, não sendo tal consequência superável através de um juízo ponderativo, destinado a verificar e mensurar o impacto da utilização das declarações assim obtidas, em conjugação com todos os demais elementos concorrentes no caso, sobre a equidade geral do procedimento.

À violação pelas autoridades judiciais do dever de advertência deve ligar-se, pois, uma “autêntica proibição de prova, que impedirá que sejam valoradas para o processo as declarações prestadas pelo arguido – a menos (...) que este as «ratifique» em interrogatório posterior em que o dever de advertência tenha sido cumprido”⁴⁸.

4.8.2. De acordo com a jurisprudência do TEDH – sob incidência da qual vimos já ter sido fixado o conteúdo das regras mínimas adoptadas na Proposta de Directiva –, a

⁴⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁷ Cf. M. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 126.

⁴⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 447.

prerrogativa da não auto-incriminação, apesar de se relacionar em primeira linha com o respeito pela vontade do acusado em permanecer em silêncio, tem, todavia, um âmbito material mais amplo, abrangendo a obtenção coerciva de informação potencialmente incriminatória através da **entrega de documentos** pelo suspeito ou acusado⁴⁹, embora já não a utilização, em quaisquer processos penais, de elementos susceptíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos, desde que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN.

Ao contrário do que vimos suceder com o direito ao silêncio, a lei processual penal portuguesa não disciplina, pelo menos de forma unitária e sistematizada, qualquer outra explicitação do princípio **nemo tenetur**, nenhuma regulamentação contendo sobre a prerrogativa da não auto-incriminação enquanto direito à não colaboração ou direito a não facultar meios de prova.

Uma vez que, neste domínio, o CPP português se limita a incluir no conjunto dos deveres que conformam o estatuto processual do arguido o de sujeição às “diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente” (art. 61.º, n.º 3, al. **d**)), prevendo a possibilidade de o mesmo a tal ser “compelido por decisão da autoridade judiciária competente” no caso de “pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada” (art. 172.º, n.º 1), vem cabendo à jurisprudência — quer à jurisprudência dos tribunais comuns, quer à jurisprudência constitucional — um amplo poder de conformação.

Partindo do assento constitucional implícito do princípio **nemo tenetur**, o Tribunal Constitucional considerou já que este, para além do direito ao silêncio propriamente dito, se desdobra em diversos corolários, abrangendo as situações em que esteja em causa **a prestação de informações ou a entrega de documentos auto-incriminatórios**⁵⁰ no âmbito de um processo penal e aí intervindo sob duas formas distintas: **i**) preventivamente, impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação; e **ii**) repressivamente, obrigando à desconsideração de meios de prova recolhidos com aproveitamento de uma colaboração coercivamente imposta.

Considerando, todavia, que, pelo menos nesta sua dimensão, a prerrogativa da não auto-incriminação não é absoluta, o Tribunal pronunciou-se pela viabilidade constitucional da sua sujeição às compressões necessárias à salvaguarda de certos outros valores constitucionais — no caso, a satisfação das necessidades financeiras do Estado e justa repartição dos rendimentos e da riqueza a que se dirige o sistema fiscal — desde que verificados todos os demais requisitos previstos no art. 18.º, n.º 2, da Constituição, para as normas restritivas de direitos, liberdades e garantias (isto é: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida). Tal levou o Tribunal a concluir pela possibilidade de virem

⁴⁹ Cf. Acórdãos n.º 340/2013 e 108/2014.

⁵⁰ Cf. Acórdão n.º 340/2013.

a ser posteriormente utilizados como prova, em processo por crime fiscal, documentos obtidos pela inspecção tributária ao abrigo do dever de cooperação imposto por lei aos contribuintes. Para assim concluir, o Tribunal não deixou de ter em conta, entre outros elementos de ponderação, que a imposição do referido dever de colaboração pelo ordenamento tributário surge acompanhada da garantia, assegurada pela lei processual penal (art. 126.º, n.º 2, **a**), do CPP), de proibição de utilização como prova em processo penal de documentos obtidos na actividade de fiscalização tributária, quando se revele que a entidade fiscalizadora tenha desencadeado ou prolongado deliberadamente a fase inspectiva com a finalidade de recolher meios de prova para o processo penal a instaurar, abusando daquele dever de colaboração do contribuinte⁵¹.

Em estreita sintonia com a posição seguida na jurisprudência do TEDH e objectivada agora na Proposta de Directiva, o Tribunal Constitucional considerou também que a prerrogativa da não auto-incriminação constitucionalmente consagrada não abrange o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como sucede com a colheita de saliva para efeitos de realização de testes de ADN⁵². Reconhecendo, todavia, que a recolha de saliva através da utilização da técnica da zaragatoa bucal — ainda que sem efectivo recurso à força física mas realizada contra a vontade expressa do arguido e sob a ameaça de recurso à mesma —, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal, o Tribunal considerou que tal recolha depende da prévia autorização do juiz de instrução, não sendo suficiente uma intervenção **a posteriori**.

Partindo do postulado interpretativo segundo o qual, ao impor ao arguido o dever de sujeição às “diligências de prova (...) especificadas na lei”, o art. 61.º, n.º 3, al. **d**), do CPP, contempla “todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova (art.º 125.º, do CPP)”, o Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão n.º 14/2014, fixou, por seu turno, jurisprudência no sentido de que os “arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo (...) Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo art. 348.º, n.º 1, b), do Código Penal”, considerando, assim, compatível com o direito à não auto-incriminação a imposição ao arguido da obrigação de, contra a sua vontade, produzir pelo seu punho “amostras de escrita manual”⁵³.

4.9. No ordenamento jurídico-processual português, o direito do arguido de comparecer ao julgamento encontra-se assegurado tanto constitucional como infraconstitucionalmente, embora de forma não absoluta.

⁵¹ Em sentido contrário ao decidido no Acórdão n.º 340/2013, cf. a anotação crítica de COSTA ANDRADE, “**Nemo tenetur se ipsum accusare** e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, **Revista de Legislação e de Jurisprudência** 144 (2014), n.º 3989, p. 121 e ss.

⁵² Cf. Acórdão n.º 155/2007.

⁵³ Em sentido contrário, CRUZ BUCHO, **Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)**, disponível em www.trg.pt/info/estudos/253.

Até à Revisão Constitucional operada pela LC 1/97, era pacífico o entendimento de que a Constituição proibia o julgamento de ausentes e que tal proibição decorria do entendimento segundo o qual o arguido tem o **direito** e o **dever** de estar presente na audiência de julgamento. O aditamento ao art. 32.º da Lei Fundamental do seu actual n.º 6 veio tornar constitucionalmente possível aquela solução, embora em “certos termos e condições”, isto é, “quando seja necessário, adequado e não desproporcionado” afectar os “princípios garantísticos do processo penal” que o julgamento na ausência inevitavelmente põe em causa – como sejam “o da oralidade e da imediação do processo penal” – e essa afectação seja compensada “com a garantia do exercício do direito de defesa nos termos possíveis, nomeadamente através do direito ao recurso”⁵⁴.

Constitucionalmente vinculado a modelar o regime legal aplicável através da articulação dos “valores justificativos do julgamento na ausência com as condições inultrapassáveis do núcleo irreduzível do direito de defesa”⁵⁵, o legislador processual penal, depois de estabelecer, como regra geral, a da obrigatoriedade de comparência do arguido na audiência do julgamento (art. 332.º, n.º 1) e de a este facultar a possibilidade de requerer ao Tribunal que lhe propicie as condições necessárias para a deslocação que haja de realizar para esse efeito (art. 332.º, n.º 3), definiu, através de um conjunto articulado de normas, as condições e os termos em que essa regra pode ser excepcionada.

O pressuposto básico para que a audiência de julgamento possa ter lugar na ausência do arguido é o de que este se encontre regularmente notificado do despacho que, dando cumprimento ao disposto no art. 312.º, do CPP, haja designado o dia, a hora e o local para a respectiva realização.

De acordo com o n.º 2 do referido artigo, neste despacho será igualmente designada data para realização da audiência em caso de adiamento – o que apenas ocorrerá se o arguido não se encontrar presente no dia, hora e local para o efeito designados e o Tribunal considerar que a sua presença desde o início da audiência é absolutamente indispensável para a descoberta da verdade material (art. 333.º, n.º 1, do CPP) – ou para audição do arguido a requerimento do seu advogado ou defensor nomeado no caso de a audiência se ter iniciado apesar da sua ausência (art. 333.º, n.º 2, do CPP).

A notificação ao arguido do despacho que designa dia para julgamento não pode ser realizada apenas na pessoa do respectivo defensor ou advogado, carecendo de o ser também na pessoa do primeiro.

O arguido considera-se regularmente notificado do referido despacho sempre que a notificação tiver sido realizada através de qualquer um dos meios para o efeito legalmente admitidos, ou seja: **i)** mediante contacto pessoal; ou **ii)** por via postal simples, por meio de carta ou aviso (art. 113.º, n.º 1, als. **a)** e **c)**, respectivamente).

⁵⁴ Cf. Acórdão do TC n.º 465/2004 e, no mesmo sentido, Acórdão n.º 206/2006 (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). Sobre a evolução verificada, no plano do direito constitucional e do direito processual penal, MARIA JOÃO ANTUNES, “A falta do arguido à audiência de julgamento e a revisão do Código de Processo Penal”, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal** 8 (1998), p. 215 e ss.

⁵⁵ Cf. Acórdão n.º 465/2004.

Nesta última hipótese, o funcionário judicial lavra uma cota no processo com a indicação da data da expedição da carta e do domicílio para a qual foi enviada e o distribuidor do serviço postal deposita a carta na caixa de correio do notificando, lavra uma declaração indicando a data e confirmando o local exacto do depósito, e envia-a de imediato ao serviço ou ao tribunal remetente, considerando-se a notificação efectuada no 5.º dia posterior à data indicada na declaração lavrada pelo distribuidor do serviço postal, cominação esta que deverá constar do acto de notificação (art. 113.º, n.º 3).

Para que possa ser considerada regularmente efectuada, a notificação por via postal simples deverá ter sido expedida para a morada que o arguido houver indicado no âmbito do termo de identidade e residência a que é obrigatoriamente sujeito logo que assuma aquela qualidade (art. 61.º, n.º 2, al. **c**), e 196.º).

O termo de identidade e residência é uma medida de coacção cumulável com qualquer outra das legalmente previstas (art. 196.º, n.º 4), sendo prestado perante a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal e lavrado no processo (art. 196.º, n.º 1). Para o efeito de ser notificado mediante via postal simples, nos termos acabados de referir, o arguido indica a sua residência, o local de trabalho ou outro domicílio à sua escolha (art. 196.º, n.º 2), sendo-lhe dado concomitante conhecimento: **i**) da obrigação de comparecer perante a autoridade competente ou de se manter à disposição dela sempre que a lei o obrigar ou para tal for devidamente notificado; **ii**) da obrigação de não mudar de residência nem dela se ausentar por mais de cinco dias sem comunicar a nova residência ou o lugar onde possa ser encontrado; **iii**) de que as posteriores notificações serão feitas por via postal simples para a morada que tiver indicado para o efeito, excepto se entretanto comunicar uma outra, através de requerimento entregue ou remetido por via postal registada à secretaria onde os autos se encontrem a correr nesse momento; e **iv**) de que o incumprimento do disposto nas alíneas anteriores legitima a sua representação por defensor em todos os actos processuais nos quais tenha o direito ou o dever de estar presente e bem assim a realização da audiência na sua ausência nos termos legalmente admitidos (art. 196.º, n.º 3, als. **a**) a **d**), respectivamente).

Se o arguido regularmente notificado não estiver presente na hora designada para o início da audiência, o juiz presidente toma as medidas necessárias e legalmente admissíveis para obter a sua comparência, sendo a audiência adiada para a data para esse efeito obrigatoriamente designada no despacho que procede ao respectivo agendamento apenas se o tribunal considerar que é absolutamente indispensável para a descoberta da verdade material a sua presença desde o início da audiência (art. 333.º, n.º 1, do CPP).

Se o tribunal considerar que a audiência pode começar sem a presença do arguido, ainda que este haja comunicado a sua impossibilidade de comparência atempadamente e de forma completa – isto é, com cinco dias de antecedência, se for previsível, e no dia e hora designados para a prática do acto, se for imprevisível, com a indicação do respectivo motivo, do local onde o faltoso pode ser encontrado e da duração previsível do impedimento (art. 117.º) –, a audiência não é adiada, sendo inquiridas ou ouvidas as pessoas presentes

e as respectivas declarações obrigatoriamente documentadas (art. 333.º, n.º 2) de forma a possibilitar um possível recurso do julgamento da matéria de facto.

Neste caso, o arguido mantém o direito de prestar declarações até ao encerramento da audiência e, se esta tiver tido início na primeira das datas marcadas, o advogado constituído ou o defensor nomeado ao arguido pode requerer que este seja ouvido na segunda data designada no despacho de agendamento (art. 333.º, n.º 3).

Havendo lugar à audiência de julgamento na ausência do arguido nos termos acabados de descrever, a sentença é-lhe notificada logo que o mesmo seja detido ou se apresente voluntariamente. Neste caso, ao arguido assiste o direito de interpor recurso da sentença, contando-se o prazo para tal interposição a partir da notificação da sentença (cf. art. 333.º, n.º 5, do CPP). Tanto a faculdade de recorrer da sentença como o prazo que legalmente lhe é concedido para o efeito são expressamente comunicados ao arguido no acto de notificação da sentença (art. 333.º, n.º 6, do CPP).

4.10. Para além do regime geral, caracterizado no essencial, a lei processual penal prevê ainda, à semelhança da Proposta de Directiva, a possibilidade de o arguido, por se encontrar praticamente impossibilitado de comparecer à audiência, nomeadamente por idade, doença grave ou residência no estrangeiro, requerer ou consentir que a mesma tenha lugar na sua ausência (art. 334.º, n.º 2). Neste caso, se o tribunal vier a considerar absolutamente indispensável a presença do arguido, ordena-a, interrompendo ou adiando a audiência, se isso for necessário (art. 334.º, n.º 3). Sempre que a audiência tiver lugar na ausência do arguido, este é representado, para todos os efeitos possíveis, pelo defensor (art. 334.º, n.º 4).

Nesta hipótese, ao contrário do que sucede no âmbito do regime geral, o arguido não carece de ser pessoalmente notificado da sentença (art. 334.º, n.º 6).

4.11. O regime a que se encontra, em geral, sujeita a possibilidade de realização da audiência de julgamento na ausência do arguido foi já, em certos dos seus aspectos constitutivos, sujeito à apreciação do Tribunal Constitucional.

Julgando as “normas constantes do art. 113.º, n.º 9, e 313.º, n.º 3, do CPP, na interpretação segundo a qual o arguido não tem de ser notificado por contacto pessoal do despacho que designa data para a audiência de julgamento, podendo essa notificação ser efectuada por via postal simples para a morada indicada pelo arguido no termo de identidade e residência”, o Tribunal considerou, no Acórdão n.º 17/2010⁵⁶, que “a solução normativa da notificação por via postal simples, se não é capaz de assegurar, com uma certeza absoluta, que o arguido teve conhecimento da data designada para a realização do julgamento, oferece garantias suficientes de que o respectivo despacho é colocado na área de cognoscibilidade do arguido em termos de ele poder exercer os seus direitos de defesa”.

⁵⁶ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

De acordo com o entendimento expresso no referido Acórdão, “não se pode dizer a respeito desta forma de notificação que a mesma não é idónea a transmitir o acto notificando ao conhecimento do destinatário” e, menos ainda, “que a notificação em questão seja realizada relativamente a arguidos que nem sequer conhecem formalmente a pendência de um procedimento criminal contra si – como, aliás, sucedeu na maioria dos casos (...) submetidos ao crivo do TEDH” — na medida em que a mesma “pressupõe sempre o prévio contacto pessoal do arguido com o processo, consubstanciado, pelo menos, na respectiva constituição como arguido e na respectiva sujeição a termo de identidade e residência”.

Fazendo notar que “o receptáculo postal para o qual é remetida a notificação pelo funcionário judicial e no qual é realizado o depósito pelo distribuidor postal é exclusivamente escolhido e indicado pelo próprio arguido”, o Tribunal não deixou ainda de considerar que, embora não fiquem “cobertas as situações em que o arguido, por qualquer motivo (v.g. por ter mudado de residência, por se ter ausentado temporariamente, por desleixo) deixa de aceder ao referido receptáculo postal, sem que previamente comunique essa situação ao tribunal”, o certo é que o “não conhecimento pelo arguido do acto notificado nestas situações é imputável ao próprio arguido, uma vez que, a partir da prestação do termo de identidade e residência, passou a recair sobre ele o dever de verificar assiduamente a correspondência colocada no receptáculo por si indicado e de comunicar ao tribunal qualquer situação de impossibilidade de acesso a esse local”, sendo este um dever que, para além de “compatível com o seu estatuto de sujeito processual”, não equivale ao estabelecimento de “um ónus excessivo ou desproporcionado que seja imposto aos cidadãos suspeitos da prática de crimes, atenta a facilidade do seu cumprimento, perante a importância dos fins que visa atingir.”

O Acórdão n.º 465/2004 pronunciou-se, por seu turno, sobre o modelo previsto para o julgamento na ausência do arguido no art. 333.º, n.º 1, do CPP, considerando que o mesmo, na medida em que “impõe ao julgador vários critérios de acção” — isto é, não apenas que “tome as medidas necessárias e legalmente admissíveis” para obter a comparência do arguido, como, “após o esgotamento sem êxito desse procedimento, (...) que pondere (...) se é absolutamente indispensável para a descoberta da verdade material a presença” do mesmo “desde o início da audiência” — e é acompanhado da atribuição ao arguido, julgado na sua ausência, de direitos vários — como o de prestar declarações até ao encerramento da audiência, em certas circunstâncias” e o de “recurso após notificação da sentença (...) nos termos do art. 333.º, n.º 5” —, não “extravasa o núcleo garantístico constitucionalmente configurado pelo art. 32.º, n.º 6, da Constituição”, designadamente o “princípio de necessidade e de adequação que lhe subjaz”.

4.12. Embora constitucionalmente validado nos termos acabados de expor, o regime previsto na lei processual penal para o julgamento na ausência pode colocar problemas de compatibilidade com as regras constantes da Proposta de Directiva se se considerar que a notificação por via postal simples com prova de depósito, por não oferecer uma certeza absoluta de recepcionamento, não constitui um procedimento que permita estabelecer de modo inequívoco que o arguido teve conhecimento do despacho que designa dia para a audiência de julgamento.

E isto porque, nas hipóteses em que o meio de notificação não é idóneo para permitir estabelecer o conhecimento efectivo da informação oficial da data e do local previstos para o julgamento, a Proposta de Directiva exige que ao arguido seja assegurado o direito a, em alternativa, requerer novo julgamento ou a recorrer da sentença, só este último se encontrando, no entanto, consagrado na lei processual penal portuguesa.

5. Conclusões

Quando confrontadas com a Proposta de Directiva relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal, as soluções consagradas no ordenamento jurídico-penal português revelam um modelo globalmente compatível com as regras mínimas que se pretende venham a ser transpostas por todos Estados-membros no âmbito da União Europeia.

Enquanto regra de tratamento a dispensar ao sujeito visado pelo procedimento, o princípio da presunção de inocência dispõe de um vasto âmbito de aplicação, encerrando projecções materiais de sentido e alcance coincidentes com as três dimensões pretendidas acautelar através da Proposta de Directiva.

Quer por efeito da aplicabilidade directa e da especial força vinculativa dos preceitos que consagram direitos, liberdades e garantias, quer em resultado da regulamentação legal de certas das projecções contempladas – como sucede com o conjunto das normas processuais relativas ao direito ao silêncio —, quer ainda por efeito da explicitação jurisprudencial de outras dimensões não concretizadas infraconstitucionalmente – como acontece com o direito à não-autoincriminação –, a ordem jurídica portuguesa assegura ao princípio da presunção de inocência uma compreensão de sentido convergente com a modelação constante da Proposta de Directiva, não fazendo antever, naquele âmbito, a necessidade de quaisquer outras modificações ou ajustamentos para além daqueles que possam porventura vir a resultar da opção pela consagração de uma disciplina das suas acepções essenciais no próprio Código de Processo Penal.

O mesmo nível de compatibilidade não é, todavia, partilhado pelo conjunto dos elementos que integram o regime previsto na lei processual penal para o julgamento na ausência, na medida em que, do ponto de vista da notificação do despacho que designa data para a realização da audiência, tal possibilidade se basta com o recurso à via postal simples com prova de depósito, considerando a morada indicada pelo arguido no termo de identidade e residência, sem que se encontre concomitantemente prevista a faculdade de, em alternativa ao recurso da sentença, ser requerida pelo arguido a realização de um novo julgamento.

Palavras-chave: Direito penal europeu; direitos processuais; presunção de inocência; *in dubio pro reo*; *nemo tenetur se ipsum accusare*; direito ao silêncio; direito de estar presente no julgamento; julgamento na ausência; Portugal.

COMMENTARY TO THE

PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON THE STRENGTHENING OF CERTAIN ASPECTS OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND OF THE RIGHT TO BE PRESENT AT TRIAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS (COM(2013) 821 FINAL)

Maria João Antunes*

Joana Fernandes Costa**

Abstract

This paper provides a critical assessment of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings and addresses its predictable impact on the Portuguese legal system.

The Proposal is based on Article 82(2) TFEU, in the light of which mutual recognition is to be seen as the cornerstone of judicial cooperation: judicial decisions taken in one Member State should be enforceable anywhere in the EU.

To this aim, the Proposal lays down minimum requirements governing certain aspects of the right of suspects or accused (natural) persons to be presumed innocent until proven guilty by a final judgment, in line with the Stockholm Programme and the ECtHR case law, covering: i) the right not to be publicly presented as guilty by public authorities before the final judgment; ii) the allocation of the burden of proof to the prosecution and the rule in *dubio pro reo* (any reasonable doubts on guilt should benefit the accused); iii) the right not to incriminate one-self, the right not to co-

* Researcher at UCILeR; Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra.

** LLM (Faculty of Law of the University of Lisbon); Judge; Advisor at the Cabinet of the President of the Constitutional Court.

operate and the right to remain silent; and iv) the right to be present at one's trial.

Concerning the right not to be presented as guilty by public authorities before the final judgment, the Proposal establishes the principle according to which Member States shall ensure that, before a final conviction, public statements and official decisions from public authorities do not refer to the suspects or accused persons as if they were already convicted and that appropriate measures will be undertaken in the event of a breach of that requirement.

By restating that the burden of proof is on the prosecution and that any doubt should benefit the accused, the Proposal requires Member States to ensure that, where the trial court makes an assessment as to the guilt of a suspect or accused person and cannot overcome a reasonable doubt thereupon, the person concerned shall be acquitted. Moreover, any presumption that shifts the burden of proof to the suspects or accused persons should be both justified, by the importance of the interests at stake, and rebuttable. Member States should also ensure that, to rebut such presumptions, it suffices that the defense adduces enough evidence so as to raise a reasonable doubt regarding the suspect or accused person's guilt.

Reflecting the ECtHR case-law, the Proposal establishes the right not to incriminate oneself and not to cooperate, which, however, do not prevent the use, in criminal proceedings, of material which may be obtained from the suspects or accused persons through the use of lawful compulsory powers, as long as such material exists regardless of their will. The Proposal also requires Member States to ensure that suspects or accused persons: (i) have the right to remain silent when questioned by the police or other law enforcement or judicial authorities over the offence that they are suspected or accused of having committed; (ii) are informed of this right and have its content explained to them, as well as the consequences of renouncing or invoking it, in particular that the exercise of the right to remain silent shall not be considered as a corroboration of facts.

Finally, the Proposal addresses the questions related to the right to be present at one's trial, where the circumstances under which Member States may provide that the trial court ultimately decides on the guilt in the absence of the suspect or the accused person are well defined and in compliance with a fair trial. The Proposal also imposes on Member States the duty to ensure that, whenever the trial in the absence of suspects or accused persons does not comply with those conditions, the persons concerned shall have the right to a new trial, at which they have the right to be present and which allows a fresh determination of the merits of the case, including examination of new evidence, and which may lead to the reversal of the previous decision.

Portuguese law, as interpreted by the courts and legal literature, enshrines the presumption of innocence in a way which is generally consistent with the rules laid down in the Proposal, through the recognition of the right not to be publicly presented as guilty by public authorities before the final judgment, as well as by allocating the burden of proof to the prosecution, providing that any

reasonable doubt on the guilt of the defendant should lead to his / her acquittal, and acknowledging the right not to incriminate one-self, not to co-operate and to remain silent.

However, there might be the need to amend Portuguese law concerning the right to be present at one's trial, since the Proposal specifically requires that, for the judgment to be held in the absence of the accused person, he / she should have been summoned in person and thereby informed of the scheduled date and place of the trial, or, by other means, actually given official information of the scheduled date and place of that trial, in such a manner that it was unequivocally established that he / she was aware of the scheduled trial. In this respect, the means through which notifications are carried out in the current Portuguese criminal procedure might not be sufficient to ensure such an actual knowledge, which is relevant to the extent that, under current Portuguese law, the accused tried in absentia is only granted the right to appeal, not the right to a retrial.

Keywords: European criminal law; procedural rights; presumption of innocence; *in dubio pro reo*; *nemo tenetur se ipsum accusare*; right to remain silent; right to be present at trial; trial in absentia; Portugal

COMENTÁRIO À

**PROPOSTA DE DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E
DO CONSELHO RELATIVA A GARANTIAS PROCESSUAIS PARA
OS MENORES SUSPEITOS OU ARGUIDOS EM PROCESSO PE-
NAL (COM(2013) 822 FINAL)**

*Ana Rita Alfaiate**

*(com a colaboração de Helena Moniz**)*

1. Nota introdutória

1.1. Para uma análise desta Proposta de Directiva temos, em primeiro lugar, de distinguir as situações jurídicas que servirão de enquadramento, em Portugal, a uma criança que cometa um facto qualificado pela lei como crime. A idade é, para essa distinção, um elemento fundamental. Assim, entre nós, existem quatro possibilidades de tratamento do problema consoante o menor que comete o facto ilícito típico (1) tenha até doze anos, (2) tenha entre doze e catorze anos, (3) esteja entre os catorze e os dezasseis anos ou, finalmente, (4) seja já maior de dezasseis, mas ainda menor por não ter completado os dezoito anos de idade (art. 122.º do Código Civil).

* Colaboradora do Instituto Jurídico; Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutoranda na mesma Instituição.

** Investigadora do Instituto Jurídico; Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Juíza-Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Em rigor, em caso de transposição da Proposta de Directiva que, ora, se discute, no caso português ela só se aplicará na última situação, ou seja, às crianças entre os dezasseis e os dezoito anos. De facto, até aos doze anos (situação (1)), a criança é sempre considerada uma criança em perigo para efeitos da aplicação da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro – LPCJP), independentemente de se estar perante uma vítima ou um agressor. A estas crianças é sempre aplicada uma medida de protecção. No fundo, considera-se que, mesmo a criança que se entrega a alguns comportamentos desviantes, o faz por estar em perigo e, por isso, deve ser considerada uma vítima das suas circunstâncias. O artigo 3.º da LPCJP trata da mesma maneira, no elenco exemplificativo das situações de perigo passíveis de tornar legítima a intervenção ao abrigo daquela lei, ambos os casos. Considera-se, assim, em perigo a criança ou jovem que (1) está abandonada ou vive entregue a si própria, (2) sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais, (3) não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal, (4) é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento, (5) está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional, mas também aquela que (6) assuma comportamentos ou se entregue a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

Só a partir dos doze anos, a lei portuguesa passa a diferenciar o tratamento legal de agressores e de vítimas. A LPCJP mantém a sua vocação de protecção das vítimas, das crianças ou jovens em perigo. Não obstante, àqueles menores que, tendo mais de doze anos, cometem factos qualificados pela lei como crime, passa a ser aplicável a Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro – LTE). E é esta a lei aplicável a todos aqueles menores que, sendo inimputáveis, têm já mais de doze anos (situações (2) e (3)).

Antes dos catorze anos (situação (2)), porém, não é possível aplicar à criança uma medida tutelar educativa privativa de liberdade, de internamento em regime fechado (art. 17.º/4 b) LTE), o que nos obriga a diferenciar entre os menores com mais de doze anos e menos de catorze e aqueles que têm mais de catorze anos.

Por último, a partir dos dezasseis anos, e independentemente da respectiva maturidade, os menores, salvo se padecerem de uma anomalia psíquica, serão imputáveis penalmente (situação (4)).

Em rigor, portanto, a presente Proposta de Directiva aplicar-se-á, *grosso modo*, apenas àqueles menores que, tendo mais de dezasseis anos, ainda não tenham dezoito.

1.2. Como já vimos, a imputabilidade penal não coincide, em Portugal, com a maioridade civil (arts. 122.º e 130.º do Código Civil – CC). No âmbito do direito penal, os dezasseis anos são a idade mais importante, pois permitem prestar o consentimento penalmente válido e eficaz (art. 38.º/3 CP) e fazem cessar a inimputabilidade por menoridade (art. 19.º CP). No

entanto, esta adquirida responsabilidade no direito penal não encontra respaldo civil antes dos dezoito anos. Embora se venha falando dos conceitos de maioridade progressiva e capacidade antecipada¹, a verdade é que, no âmbito civil, antes da maioridade, ou seja, antes dos dezoito anos, os menores podem apenas perflhar, emancipar-se pelo casamento, mas com autorização dos progenitores (arts. 132.º e 1601.º/a) e 1604.º/a) CC), ou consentir em alterações relevantes ao seu projecto de vida, como a alteração do exercício das responsabilidades parentais e o encaminhamento para um projecto de adopção, por exemplo.

A discussão em torno da idade da imputabilidade penal tem, aliás, beneficiado muito desta visão civilista do menor de idade como alguém a quem devem, naturalmente, reconhecer-se progressos de autonomia antes da maioridade, mas que não deixa de ser um incapaz, carecido de representação legal. No fundo, alguém ainda “a caminho”, inclusivamente no que toca à sua forma de compreender o direito e de se conformar com ele.

Não tendo, ainda, optado por alterar a idade da imputabilidade penal, o legislador português não deixou, apesar disso, de ser sensível à especial condição do jovem penalmente responsável e ao facto de o contacto com o processo penal e, em último recurso, com uma pena privativa de liberdade, ter efeitos francamente estigmatizantes para um projecto de vida ainda embrionário. Por isso, previu o Regime Penal Especial para Jovens (DL n.º 401/82, de 23 de Setembro – RPEJ). E embora este Regime não esteja a ser explorado convenientemente e em toda a sua amplitude, desde logo por falta de regulamentação, a verdade é que a jurisprudência tem sido sensível à pouca idade do condenado no momento em que decide a medida da pena. Focando-nos agora nos imputáveis entre os dezasseis e os dezoito anos, reconhecemos que este RPEJ poderia ser um instrumento cuja aplicação, nos termos largos em que está prevista na letra da lei, podia acautelar os efeitos nefastos da pena de prisão sobre os menores de idade. Acontece, porém, que, como vimos, a sua aplicação se tem resumido a considerações em sede de medida da pena e os menores de idade, bem assim como os jovens adultos, têm, em traços gerais, sido submetidos às mesmas regras que qualquer outro suspeito ou arguido em processo penal. O artigo 5.º do RPEJ prevê até a possibilidade de, cumpridos determinados requisitos orientados pela menor gravidade do facto, verificada pela moldura penal mais baixa (até dois anos), se poder aplicar ao jovem, subsidiariamente, a LTE, não só até aos dezoito anos, ou seja, não só durante a menoridade, mas até aos vinte e um. Os vinte e um anos são, aliás, a idade a partir da qual, mesmo em termos de protecção, o legislador português se desonera da previsão de mecanismos especiais de tratamento da pessoa (delinquente ou carecida de protecção – cfr., nomeadamente, arts. 5.º LTE e 63.º/1, d) LPCJP).

¹ Sobre o tema, interessante a leitura de GUILHERME DE OLIVEIRA, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 242; e ainda, entre outros, ROSA CÂNDIDO MARTINS, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 817 e o estudo de SÓNIA MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, N.º 291, Setembro – Dezembro de 2001, p. 159 a 194, bem como GIUSEPPA PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994 e alguns contributos da obra de MARCELLO DE CRISTOFARO / ANDREA BELVEREDE, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980, sobretudo o de MASSIMO DOGLIOTTI, pp. 250 e ss, o de ANDREA BELVEREDE, pp. 321 e ss, o de IGINO GRENDENE, p. 423 e ss, e o de FRANCESCA MENEGAZZI MUNARI, p. 647 e ss.

1.3. Outro problema muito discutido em Portugal prende-se com a questão da pré ou para delinquência. Dando por assente o acerto legislativo de manter apartados os casos carecidos de protecção dos casos que imponham a intervenção tutelar, têm-se vindo a intensificar as vozes no sentido da defesa de instituições de acolhimento que, no âmbito da LPCJP, e portanto, a coberto ainda da ideia de promoção e protecção, tenham um carácter de contenção. Nesse caso, e prescindindo dos pressupostos e procedimentos que levam à aplicação de uma medida tutelar, ainda consideradas em risco, estas crianças gozariam, porém, de um estatuto híbrido. Para a sua protecção, impor-se-ia a privação de liberdade, cumpridos que estivessem, bem é de ver, os critérios da necessidade e da proporcionalidade.

Entre nós, como, de resto, se percebe também na proposta de Directiva, não há coincidência de termos entre menores de idade e pessoas em geral vulneráveis. No caso das vítimas de crime, podemos, é verdade, no direito substantivo, encontrar, em alguns tipos legais de crime, a referência, não ao menor, mas simplesmente à pessoa indefesa em razão da idade (pouca ou muita)², mas, mesmo nesse âmbito, não deixa de ser frequente a previsão dos tipos legais por referência expressa à vítima menor de idade (é o caso dos crimes contra a autodeterminação sexual, do crime de violência doméstica e do crime de maus tratos).

No que diz respeito ao menor agressor, essa diferença — entre menores de idade e pessoas especialmente vulneráveis — é absolutamente explícita, por não se encontrar para as pessoas especialmente vulneráveis um tratamento sancionatório específico³ ao passo que, como vimos, os menores até aos dezasseis anos não entram na esfera do direito penal e os jovens adultos (entre os dezasseis e os vinte e um) mereceram a atenção do legislador quando este previu o RPEJ.

A este propósito, também o legislador europeu foi muito claro, considerando que não deve dar-se às duas situações tratamento igual e apresentando, concomitantemente, esta e outra proposta de Directiva, especialmente vocacionada para as ditas pessoas vulneráveis que não sejam menores (doentes e/ou idosos).⁴

2. O impacto previsível sobre o direito português

2.1. Adentrando, agora, naquelas que poderão ser as consequências de transposição da proposta de Directiva para o nosso ordenamento jurídico, começamos por verificar que

² Vejam-se os crimes de homicídio qualificado (art. 132.º/2, *c*) CP), de ofensa à integridade física qualificada (art. 145.º/2 CP), ameaça e coacção agravadas (art. 155.º/1, *b*) CP), sequestro (art. 158.º/2, *e*) CP), rapto (art. 161.º/2, *a*) CP) e burla qualificada (art. 218.º/2, *c*) CP).

³ A existir alguma atenção à especial vulnerabilidade da pessoa, ela relevará apenas em sede de execução da pena e nos estritos termos dos artigos 118.º a 122.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL).

⁴ Não podemos deixar de assinalar aqui a imprecisão de se considerar que todo o idoso é um doente. A idade avançada não poderá, por si só, determinar um regime de vantagem na execução da pena. O próprio CEPML esclarece, no artigo 118.º/*c*), a esse propósito, aliás, que à idade avançada há que juntar o facto de o idoso estar doente ou então, em alternativa, ter a sua autonomia muito reduzida.

o legislador opta por não exigir a uniformização da idade da responsabilidade penal (art. 2.º da Proposta). Parece, porém, que a opção se deveu mais aos constrangimentos que essa harmonização acarretaria até ser feita em definitivo do que propriamente a uma certeza de que essa não seja uma boa solução. Em rigor, parece ter sido a verificação das “grandes alterações para os sistemas de justiça penal dos Estados-Membros” (p. 11 da Proposta), inevitáveis e nem sempre fáceis de fazer acontecer, a levar o legislador europeu ao adiamento deste passo. É a própria proposta de Directiva que assume, embora não retire daí, depois, todos os efeitos, que “o envolvimento num processo penal estigmatiza as pessoas envolvidas e pode ter, em especial para um menor, impactos negativos sobre as suas possibilidades de reinserção na sociedade e a sua futura vida profissional e social” (p. 9 e art. 14.º da Proposta).

A verdade é, no entanto, que, se se elevasse a idade mínima da responsabilidade penal para os dezoito anos⁵, a presente proposta de Directiva deixaria de ser aplicável em Portugal. Todos os factos qualificados pela lei como crime mas praticados por menores de idade passariam a estar fora do âmbito do direito penal.

2.2. Não tendo sido essa a opção, a proposta de Directiva terá, entre nós, um campo de aplicação em larga medida coincidente com aquele que está previsto no RPEJ, embora nem sempre essa coincidência pareça muito exacta (sobretudo, atendendo ao ponto (10) da Exposição de Motivos da Proposta).

A proposta de Directiva pretende aplicar-se àqueles que, no momento em que passam a ser suspeitos ou acusados de uma infracção penal, tenham menos de dezoito anos. É irrelevante o facto de o desfecho do processo se dar já durante a maioridade do agente (art. 2.º da Proposta e (8) da Exposição de Motivos da Proposta). Ora, para se falar de facto punível pela lei penal, temos, entre nós, como já vimos, que ter um agente com mais de dezasseis anos no momento da prática do facto, independentemente do momento em que se torna suspeito ou acusado da prática criminosa e independentemente do momento do desfecho do processo. E, até aqui, não parece haver dúvidas.

O âmbito de aplicação da proposta de Directiva deixa, contudo, de ser tão claro quando pensamos na hipótese de um agente que, com mais de dezasseis anos e menos de dezoito, comete o facto, mas se torna suspeito ou arguido apenas quando já é maior. Sobre esta hipótese, nada está expressamente previsto no texto. Mas, se o momento relevante é o momento em que o jovem passa a ser suspeito ou acusado de uma infracção penal, e não o momento da prática do facto (o momento em que o agente actuou ou deveria ter actuado)⁶, então, ao tornar-se suspeito ou arguido depois dos dezoito anos, a Proposta deixa de ser aplicável? Ou o momento da prática do facto releva para efeitos de alargamento da aplicação das garantias reforçadas do processo penal a que a Proposta sujeita o menor? Parece-

⁵ Para os instrumentos internacionais, todo o ser humano com menos de dezoito anos deve ser considerado criança.

⁶ Entre nós, o momento que releva, em matéria de aplicação da lei penal no tempo, é o momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido – art. 3.º do CP.

-nos que nada obsta a que assim seja. E embora o texto da lei propriamente dito não seja claro, o que resulta do ponto (10) da Exposição de Motivos da Proposta parece ir nesse sentido. O legislador europeu podia, contudo, ter sido mais preciso neste ponto em particular.

2.3. Uma importante alteração decorrente da possível transposição da Directiva que venha a ser aprovada nos termos desta proposta é o comprometimento efectivo do titular das responsabilidades parentais no processo penal de que o menor é alvo. Longe de erigir qualquer tipo, ilegítimo neste âmbito, de *culpa in vigilando*, a Proposta reconhece o titular das responsabilidades parentais como representante máximo do menor e retira daí a consequência de tratar-se de um precioso auxiliar na prossecução dos fins de educação e ressocialização que se imputam às penas nestas situações (cfr. art. 5.º da Proposta e (15) da Exposição de Motivos da Proposta). Também as pessoas de referência na vida do menor vêem agora o seu papel reconhecido, sempre que, por exemplo, a comunicação do processo ao titular das responsabilidades parentais comprometa a investigação por, nomeadamente, um conflito de interesses que persista (coautoria entre menor e titular das ditas responsabilidades, por exemplo).

O acompanhamento persiste até à fase de julgamento propriamente dita, o que é muito importante, prevendo-se a presença do titular das responsabilidades parentais ou do adulto de referência para o menor em audiência (arts. 15.º e 16.º da Proposta).

2.4. Uma das diligências a poder ser levada a cabo por este titular das responsabilidades parentais é a nomeação de mandatário ao menor, direito de que este beneficia e a que, quanto a nós acertadamente, não pode renunciar (art. 6.º da Proposta). A este propósito, surge uma questão com muita pertinência em Portugal e suscitada também na proposta de Directiva: a especialização deste profissional do foro (art. 19.º da Proposta). Esta tem sido uma necessidade há muito discutida em Portugal, mas que continua por resolver. O problema é, aliás, bastante extenso. Para além da não especialização obrigatória dos advogados nomeados para tratar questões de menores, ligadas ao processo penal, continuamos a não ter essa especialização sequer quando a questão é a intervenção destes no âmbito da Promoção e Protecção ou Tutelar Educativa. E embora, hoje, todo o território esteja coberto por tribunais de competência especializada, continuamos a ter questões de menores, muitas vezes, julgadas por juízes, eles próprios, sem especiais conhecimentos nesta matéria, uma vez que à especialização dos tribunais não corresponde ainda a absoluta especialização dos magistrados neles colocados.

2.5. A proposta de Directiva, se for transposta, introduzirá, porém, outras alterações relevantes. Um dos exemplos mais marcantes é a tendencialmente obrigatória avaliação individual do menor suspeito da prática de um crime (art. 7.º da Proposta), que procurará atender não apenas às suas necessidades de protecção, educação, formação e reintegração, mas também, inevitavelmente, às características intrínsecas do menor e à sua maturidade (cfr. p. 6 da Proposta).

Tendo em conta o âmbito de aplicação da Proposta de Directiva, atender às necessidades de protecção, educação, formação e reintegração do menor pode levar à aplicação da LTE aos agentes entre os dezasseis e os dezoito anos. Para isso, basta que se dê relevo maior à deficiente educação para o direito e que se esteja perante um crime de menor gravidade. Este parece ser, ademais, o espírito que presidiu ao artigo 5.º do RPEJ.

Por outro lado, somos favoráveis à ideia de se estudar a maturidade do agente no momento prévio à acusação e de se levar para o processo, desde logo, quando não uma verdadeira inimputabilidade por menoridade⁷, ao menos as reservas suficientes para deixar ao direito penal um papel muito reduzido na intervenção junto de quem cometeu o facto.

2.6. Na sequência disto, cabe fazer uma reflexão a propósito da privação de liberdade de menores junto de maiores, seja para cumprimento de pena de prisão efectiva, seja enquanto dure a prisão preventiva. Este é um dos principais entorses no direito de menores em Portugal. Por um lado, tem-se privilegiado a ideia de aumentar o campo de protecção especificamente direccionado para os menores, quer enquanto vítimas de crime (por exemplo, sexual), quer em sede de LPCJP, cuja competência vai para lá da maioridade; por outro, contudo, assistimos à possibilidade de menores se encontrarem encarcerados juntamente com maiores. E por que razão isto é grave? Porque parece ignorar a possível (quando não provável) “imaturidade física e psicológica” e os riscos acrescidos de “maus tratos” de que estes menores podem ser alvo (pp. 6 e 7 da Proposta).

A proposta de Directiva podia, quanto a nós acertadamente, ter pensado na possibilidade de obrigar à criação de estabelecimentos especialmente concebidos para menores condenados. Optou, porém, por não o fazer. Mas não deixou, ainda assim, de chamar à colação a importância de um exame médico que dará especial atenção àquela imaturidade que os torna especialmente vulneráveis a maus tratos por parte de outros reclusos (cfr. art. 8.º e (36) da Exposição de Motivos da Proposta, mas, sobretudo, a exposição relativamente à sua *ratio*, na p. 7 da Proposta).

2.7. No mesmo sentido das preocupações precedentes, vai a previsão de gravação por meios audiovisuais do interrogatório do menor. Entre nós, a discussão a propósito da forma como se ouvem os menores tem surgido sobretudo nos casos em que estes são vítimas. O Observatório Permanente da Adopção português (que decorreu no âmbito do CDF/FDUC/IJ/UC⁸), através de um projecto-piloto de protocolos de actuação (em fase de teste), tem, nesta matéria, dedicado especial atenção aos menores vítimas de crime sexual, mas, em geral, o problema coloca-se de forma bastante mais ampla. Tem vindo a defender-se não só a criação de salas devidamente equipadas, mas ainda a presença, durante a audição do menor vítima, de um juiz e de um técnico de referência para a criança. O papel deste técnico seria mediar as questões a fazer, pela defesa ou pela acusação. A presença do

⁷ O que, em Portugal, nunca seria possível sem uma alteração da lei, pois a imputabilidade, como já vimos, ocorre pelo simples facto de se perfazerem os dezasseis anos, independentemente de qualquer avaliação da maturidade do menor.

⁸ <<http://www.centrodedireitodafamilia.org>>.

juiz, por sua vez, garantiria que as declarações prestadas pelo menor valeriam em sede de julgamento, assim se obviando à sua repetida audição.

No caso dos menores agressores, e seguindo o que é a orientação da Proposta de Directiva em análise, não se pretende ir tão longe, o que bem se entende, sobretudo se nos lembrarmos que deixa aqui de estar em causa a questão da vitimação secundária. O que a Proposta de Directiva visa garantir, porém, não deixa também de ser muito importante: a gravação, como forma de controlo relativamente à efectivação das garantias de defesa do menor que é ouvido (art. 9.º da Proposta). Além disso, se, como facilmente se infere do que deixámos escrito, nos parece insuficiente a verificação da imputabilidade pelo mero alcance da idade de dezasseis anos, desconsiderando-se em absoluto a maturidade do menor e a sua capacidade para compreender o sentido e o alcance das suas decisões relativamente ao dever-ser jurídico penal, este poderá ser o modo de acautelar a adaptação do interrogatório também à especial condição do sujeito em causa (p. 7 da Proposta e (23) da Exposição de Motivos da Proposta). E estes serão, efectivamente, avanços importantes caso passem a valer no ordenamento jurídico português.

As preocupações com a urgência do processo e a necessidade de proteger a privacidade do menor são também importantes tributos à ideia de que estes são suspeitos e/ou arguidos especiais e relativamente aos quais importa amenizar os piores efeitos do processo penal. Esta deve, parece-nos, ser a demanda última do legislador, nacional e europeu.

3. Conclusões

3.1. A Proposta de Directiva tem, em Portugal, o seu âmbito de aplicação limitado aos menores com mais de dezasseis anos e menos de dezoito – são, enfim, os únicos menores passíveis de entrar em contacto com o processo penal, entre nós, uma vez que, antes disso, aos infractores é aplicada a LTE.

3.2. A Proposta de Directiva elege como momento relevante para determinar o seu âmbito de aplicação o momento em que o menor se torna suspeito ou arguido em processo penal.

3.3. Razão pela qual, o âmbito de aplicação da Proposta de Directiva não é claro no que diz respeito à importância do momento da prática do facto: aplicar-se-á a proposta ao agente que, com mais de dezasseis anos e menos de dezoito, comete o facto, mas se torna suspeito ou arguido apenas quando já é maior? Parece-nos que nada obsta a que assim seja, e isso é, ademais, o que parece resultar do ponto (10) da Exposição de Motivos da Proposta.

3.4. A Proposta de Directiva propõe soluções orientadas pela maturidade do menor que é agente do crime, o que acabará por recuperar a discussão em torno das virtualidades do Regime Penal Especial para Jovens, em Portugal.

3.5. A Proposta de Directiva confere especiais direitos ao titular das responsabilidades parentais relativas ao agente menor de idade, o que seria uma inovação para o ordenamento jurídico português e sublinharia ainda mais as diferenças entre agentes menores e agentes maiores.

3.6. A Proposta de Directiva pugna pela especialização dos profissionais que contactem com o processo penal em que é suspeito ou arguido um menor, o que tem sido muito discutido em Portugal, mas não é ainda uma realidade.

3.7. A Proposta de Directiva introduz uma tendencialmente obrigatória avaliação individual do menor suspeito da prática de um crime e que procurará atender não apenas às suas necessidades de protecção, educação, formação e reintegração, mas também, inevitavelmente, às características intrínsecas do menor e à sua maturidade, o que nos parece sobejamente importante.

3.8. A Proposta de Directiva obriga à realização de um exame médico a todos os menores a quem seja aplicada pena privativa de liberdade, onde parece dever atender-se, nomeadamente, à sua capacidade para responder às medidas adoptadas contra si, o que constitui inovação de grande mérito no ordenamento jurídico português.

3.9. Está prevista na Proposta de Directiva a gravação do interrogatório do menor por meios audiovisuais, não só como forma de controlo relativamente à efectivação das garantias de defesa deste, mas também, naturalmente, como meio de acautelamento da adaptação do interrogatório não só à idade do menor, mas também à sua maturidade. E estes parecem-nos, efectivamente, avanços importantes caso passem a valer no ordenamento jurídico português.

Coimbra, 1 de Setembro de 2014

Palavras-chave: menoridade, (in)imputabilidade, responsabilidade, lei tutelar educativa, regime penal especial para jovens, processo penal

Alguma bibliografia relevante sobre o tema:

1. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, «La minoría de edad penal», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año II, n.º 18, 2005, pp. 5 a 10.
2. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Política criminal de menores», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 88, CESEJ, 2006, pp. 23 a 51.
3. BERNBURG, Jön Gunnar, KROHN, Marvin D., «Labeling, life changes, and adult crime: the direct and indirect effects of official intervention in adolescence on crime in early adulthood», *Criminology*, Vol. 41, n.º 4, 2003, pp. 1287 a 1318.
4. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil?: una toma de posición crítica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, Fasc. 1, 2002, pp. 285 a 317.
5. CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 3, 2011, pp. 351 a 391, disponível em <http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr/>
6. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Reflexiones sobre la capacidade de culpabilidade del menor y su tratamiento educativo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>
7. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «Endurecimiento simbólico de la ley penal del menor?», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º VI, 2006, pp. 11 a 56.
8. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre proteção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
9. FURTADO, Leonor (Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, Bubok, Março de 2013.
10. LANZA, Enrico, «L'imputabilità del minorenne: la difficoltà di interpretare la nozione di maturità e i possibili sviluppi in materia di responsabilità penale», *L'Indice Penale*, Anno XVI, n.º 2, Luglio – Dicembre 2013, pp. 349 a 393.
11. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Derecho penal de menores como derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 98, CESEJ, 2009, pp. 101 a 121.

12. POLAINO – ORTS, Miguel, «La irrupción del derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores», *Crónica Jurídica Hispalense / Derecho penal*, n.º 5, Tirant lo Blanch, Sevilla, 2007, pp. 319 a 378.
13. QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, Lisboa, Quid Iuris, 2012.
14. RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
15. VENTAS SASTRE, Rosa, *La minoría de edad penal*, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2002, disponível em <http://eprints.ucm.es/4599/>
16. VON HIRSCH, Andrew, «Sentencias proporcionales para menores. Qué diferencia con las de los adultos?», *Informes en Derecho*, Estudios de Derecho Penal Juvenil III, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago do Chile, 2012, pp. 61 a 85.

COMMENTARY TO THE

PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON PROCEDURAL SAFEGUARDS FOR CHILDREN SUSPECTED OR ACCUSED IN CRIMINAL PROCEEDINGS (COM(2013) 822 FINAL)

*Ana Rita Alfaiate**

*(with the collaboration of Helena Moniz**)*

Abstract

If passed, the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings, of November 27, 2013, will have an important impact on the Portuguese legal system, because it will strengthen, in several aspects, the protection of children as vulnerable individuals vis-à-vis the State's punitive power.

By having its scope limited to criminal proceedings (as opposed to educational / tutelary proceedings), the Directive will only affect the procedural regime applicable to minors who perpetrate a criminal offence while they are between the age of 16 and 18 and become a suspect of a crime, or are accused of one, prior to attaining 18 years of age.

* Research Associate at UCILeR; Invited Teacher and PhD candidate at the Faculty of Law of the University of Coimbra.

** Researcher at UCILeR; Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra; Judge at the Supreme Court of Justice.

The European act seems justly concerned with the need to adapt the criminal procedure to the specific condition of minors by taking into account their lower level of maturity, e.g., by enhancing the role of the legal representatives and introducing adaptations in the various stages of the proceedings, namely in the interrogation and the hearing.

In addition to the eventual modifications that the Portuguese legislator might have to introduce in the current criminal procedure law, the Directive might provide the opportunity for a deeper reflection on the creation of an actual special regime concerning young (liable) offenders. As a matter of fact, and notwithstanding the Young Offenders' Act already in force, the need for protection, education, training and reintegration of offending youths is often given less consideration than the restatement of the violated norms through the application of penal sanctions, as a means of protecting legal interests that might not always rank at a position higher than the former ones.

Keywords: European criminal law; young offenders; criminal procedure; procedural safeguards; parental responsibility; vulnerable suspects and accused persons; Portugal

(Página deixada propositadamente em branco)

COMENTÁRIO À

PROPOSTA DE DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO APOIO JUDICIÁRIO PROVISÓRIO PARA SUSPEITOS OU ARGUIDOS PRIVADOS DE LIBERDADE E AO APOIO JUDICIÁRIO EM PROCESSOS DE EXECUÇÃO DE MANDADOS DE DETENÇÃO EUROPEUS (COM(2013) 824 FINAL)

*Miguel João Costa**

1. Introdução

1.1. Mandatada politicamente para o efeito pelo Conselho Europeu através do Programa de Estocolmo, de 2010¹, a Comissão Europeia iniciou, ainda nesse ano, um “programa legislativo”² conducente ao reforço do acervo de direitos processuais dos cidadãos da União Europeia (UE) em matéria penal.

1.2. A autodesignada “agenda da UE em matéria de garantias processuais” teve a sua primeira concretização numa directiva relativa ao direito à interpretação e tradução (2010)³.

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Bolseiro de doutoramento FCT; Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Maastricht.

¹ 2010/C 115/01, de 04-05-2010, p. 12. Todos os diplomas europeus aqui referidos podem ser encontrados em <www.eur-lex.europa.eu>.

² COM(2013) 820 final, de 27-11-2013, p. 2.

³ Directiva 2010/64/UE, de 20 de Outubro.

Seguiu-se-lhe, já em 2012, uma directiva relativa ao direito à informação⁴ e, em 2013, uma directiva relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e aos direitos de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, em privação de liberdade, com terceiros e autoridades consulares⁵. O último diploma – o que mais importa aqui – foi considerado pela Comissão como “a medida mais importante da agenda”⁶.

Mais recentemente – em 27 de Novembro de 2013 –, foi apresentado um pacote de cinco novos instrumentos destinados a avançar na aplicação da agenda dos direitos processuais e a reforçar as bases do espaço europeu de justiça penal. Para o tema em análise, tem relevância a proposta de directiva sobre o direito a apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e o direito a apoio judiciário, provisório ou não, em processos de execução de mandados de detenção europeus⁷.

A Proposta sobre o direito a apoio judiciário, como a própria explicita, “está estreitamente ligada à Directiva 2013/48/UE relativa ao direito de acesso a um advogado e visa contribuir para que este direito se torne efetivo nas fases iniciais do processo para os suspeitos ou arguidos privados de liberdade e garantir que as pessoas procuradas no âmbito de processos de execução de mandados de detenção europeus tenham acesso a um advogado tanto no Estado-Membro de execução como no Estado-Membro de emissão («direito de dupla defesa»)”⁸. Essa proposta é acompanhada de uma recomendação da Comissão⁹, que visa assegurar a proporcionalidade das medidas adoptadas com a finalidade da actuação da UE, promover a uniformidade na utilização de certos conceitos, nomeadamente o de elegibilidade para apoio judiciário¹⁰, e incentivar os Estados-Membros (E-M) a tomarem medidas para melhorar a qualidade e a eficácia dos serviços e da gestão do apoio judiciário¹¹.

1.3. A base normativa comum que fundamenta a actuação da UE nesta matéria é constituída, desde logo, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a que o Tratado da União Europeia (TUE) reconhece “o mesmo valor jurídico que os Tratados” (art. 6.º, n.º 1). Bem assim pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), a que o TUE vincula a UE a aderir (art. 6.º, n.º 2), além de que, por um lado, já fazem parte do direito da União, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais conforme garantidos na CEDH (art. 6.º,

⁴ Directiva 2012/13/UE, de 22 de Maio.

⁵ Directiva 2013/48/UE, de 22 de Outubro.

⁶ COM(2013) 820 final, *cit.*, p. 2.

⁷ COM(2013) 824 final, de 27-11-2013.

⁸ *Idem*, p. 3.

⁹ C(2013) 8179 final, de 27-11-2013.

¹⁰ Vd. ainda *infra*, a n. 27.

¹¹ COM(2013) 820 final. Vd. ainda, com alterações àquela Proposta, Parlamento Europeu, “Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings”, COM(2013)0824 – C7-0429/2013 – 2013/0409(COD), 26-11-2014, em <www.eujusticia.net>, que já só pontualmente pôde ser tida em consideração neste texto.

n.º 3), e, por outro, todos os E-M são signatários desta Convenção. Além disso, o Tribunal de Justiça da UE (TJUE) também aplica o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹²⁻¹³.

2. Apreciação da agenda – uma “mudança de orientação”?

2.1. A agenda dos direitos processuais é apresentada pela Comissão como uma “mudança de orientação” relativamente à década anterior ao Tratado de Lisboa, em que a actividade normativa da UE privilegiou a repressão da criminalidade, gerando um “número impressionante” de instrumentos de cooperação judiciária e reconhecimento mútuo cujo objectivo é “levar os infratores a tribunal”, entre os quais se destaca o MDE¹⁴. O plano constava já do Roteiro do Conselho para o reforço dos direitos processuais, de 2009, onde se afirmara: “Muito se avançou (...) em matéria de cooperação judiciária e policial (...). É agora chegado o momento de atuar no sentido de estabelecer um melhor equilíbrio entre essas medidas e a proteção dos direitos processuais dos particulares. Devem ser desenvolvidos esforços para reforçar as garantias processuais e o respeito pelo Estado de direito nos processos penais, independentemente do local da União Europeia onde os cidadãos decidam viajar, estudar, trabalhar ou viver”¹⁵.

E, com efeito, os novos instrumentos elevam o limiar europeu de garantias processuais.

Há, como é natural, uma larga área de sobreposição relativamente à tutela já proporcionada pela CDFUE, pela CEDH e pelo PIDCP¹⁶, que prevêem o direito de acesso a um advogado num amplo conjunto de casos¹⁷, bem como o correlativo direito a apoio judiciário¹⁸. Também os direitos de informar um terceiro quando da privação de liberdade

¹² Vd. ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2nd ed., Intersentia, 2012, p. 229, indicando como exemplo o Processo C-540/03, *Parlamento Europeu c. Conselho*, 27-06-2006, em <<http://curia.europa.eu>>, §§ 33-39.

¹³ Cf. os arts. 6.º, n.º 3, al. c) CEDH e 47.º, § 3 CDFUE, que, segundo a COM(2013) 820 final, *cit.*, p. 11, é inspirado no art. 6.º, n.º 3, al. c) CEDH. A COM(2013) 824 final, *cit.*, p. 3, salienta que o direito a apoio judiciário também é reconhecido no art. 14.º, § 3, al. d) PIDCP, e que os princípios fundamentais em que deve assentar o regime de apoio judiciário são indicados nos Princípios e Orientações das Nações Unidas em matéria de acesso a apoio judiciário nos sistemas de justiça penal, adotados em 20 de Dezembro de 2012, pela Assembleia Geral.

¹⁴ Vd. a COM(2013) 820 final, *cit.*, p. 4.

¹⁵ Resolução 2009/C 295/01, do Conselho, de 30-11-2009, Considerando 10.

¹⁶ Cf. o Livro Verde da Comissão sobre garantias processuais dos suspeitos e arguidos em procedimentos penais na UE (COM(2003) 75 final), p. 17 ss., afirmando que o direito a ser defendido por um defensor “está firmemente estabelecido” (p. 22), que o direito a assistência judiciária e a representação por um defensor é já amplamente reconhecido como um “direito fundamental” (p. 25), e, portanto, que “a questão que se nos coloca não é a existência deste direito, mas a forma como é posto em prática nas melhores condições” (p. 25). É esta concretização, em grande medida, aquilo que a agenda vem fazer.

¹⁷ Inclusivamente para preparação de interrogatórios e em certos actos de recolha de prova (vd. a Proposta que viria a resultar na Directiva 2013/48/UE, *cit.*, p. 4 e 6, com ulteriores referências), pelo que mesmo o art. 3.º, n.º 2 desta Directiva, no essencial, concretiza direito preexistente.

¹⁸ Estão aqui implicados os arts. 3.º, 5.º, 6.º e 8.º CEDH, conforme interpretados pelo TEDH (vd. a jurisprudência citada na Proposta que viria a resultar na Directiva 2013/48/UE (COM(2011) 326 final, p. 3-4 e 6), o art.

e de, durante a mesma, comunicar com terceiros e com as autoridades consulares resultam já, no essencial, de instrumentos precedentes¹⁹.

Contudo, para além de a concretização de preceitos daqueles diplomas ser já meritória, na medida em que agiliza o exercício dos direitos que eles conferem, a agenda prevê direitos que pura e simplesmente não existiam²⁰.

a) No âmbito do direito de *acesso a um advogado*, é introduzido, no processo de entrega ao abrigo de um MDE, um direito de defesa ou representação dupla²¹, ou seja, de acesso a um advogado não apenas no Estado de execução²² mas igualmente no de emissão, cuja função é auxiliar o primeiro através da prestação de informações e aconselhamento²³.

b) O direito a um *apoio judiciário* de natureza *provisória* em processo penal e na execução de MDE também constitui “um valor acrescentado”²⁴. Com efeito, a proposta de directiva sobre o apoio judiciário preconiza no seu art. 4.º um sistema de apoio provisório que garante que os suspeitos ou arguidos, quando em privação de liberdade e, em qualquer caso, antes de serem interrogados, e para que possam exercer de modo efectivo o direito de acesso a um advogado previsto na Directiva 2013/48/UE, não tenham de esperar por uma decisão definitiva sobre o pedido de apoio judiciário, que requer uma avaliação dos critérios de elegibilidade que pode ser morosa.

14.º PIDCP e os arts. 4.º, 6.º, 7.º, 47.º e 48.º da CDFUE – vd. *idem*, p. 2 s. e 13, e o considerando n.º 12 da Directiva 2013/48/UE.

¹⁹ Como informa a Proposta que viria a resultar na Directiva 2013/48/UE, *cit.*, p. 3, há uma ligação estreita entre estas garantias e certos direitos previstos na CEDH: “Tanto o direito de acesso a um advogado como o direito de comunicação após a detenção constituem garantias formais contra os maus tratos e, deste modo, asseguram a protecção contra eventuais violações do artigo 3.º da CEDH (proibição de maus tratos). O direito de comunicar a detenção promove o direito ao respeito da vida privada e familiar, consagrado no artigo 8.º da CEDH”. Por sua vez, e ainda segundo aquela Proposta, p. 4, a Convenção de Viena de 1963 sobre as relações consulares “prevê que qualquer nacional estrangeiro preso ou detido tem o direito de solicitar que o seu consulado seja informado da detenção e receber a visita dos funcionários consulares”.

²⁰ Em sentido próximo, vd. ILIAS ANAGNOSTOPOULOS, “Criminal justice cooperation in the European Union after the first ‘steps’: a defence view”, *ERA Forum* 1 (2014), Springer, p. 13, afirmando que: “The long debate over the Directive on access to a lawyer is an impressive example of the strongly diverging views of Member States, regarding the scope and the appropriate shaping of this fundamental right and the role of the defence in general. It also demonstrates how simplistic it would be to argue that there is no added value to EU legal instruments establishing minimum standards of procedural rights in criminal proceedings, because such standards are laid down in the European Convention on Human Rights (ECHR), to which all Member States are parties”.

²¹ Ambas as expressões são utilizadas pela Comissão: cf., respectivamente, a Proposta relativa ao apoio judiciário, p. 3, *passim*, e COM(2013) 820 final, *cit.*, p. 12.

²² Um direito que já decorria do próprio regime do MDE, embora não seja aí regulado de modo tão pormenorizado: vd. a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao MDE e aos procedimentos de entrega entre E-M (DQMDE), art. 11.º, n.º 2 (vd. também os arts. 13.º, n.º 2 e 28.º, n.º 2, al. b)). Vd. ainda, já a seguir, a n. 26 e o texto correspondente.

²³ Cf. o art. 10.º Directiva 2013/48/UE, em particular o seu n.º 4. A noção de que o direito de acesso a advogado deve ter uma presença dupla foi já caracterizada como “[a] welcome aspect of the Directive on the right of access to a lawyer”: ILIAS ANAGNOSTOPOULOS, *op. cit.*, p. 16.

²⁴ Proposta de directiva relativa ao apoio judiciário, p. 3.

No contexto do MDE, introduz-se também o direito a apoio judiciário (*definitivo*) no Estado de execução²⁵, o que constitui igualmente um acréscimo, pois as garantias previstas naqueles instrumentos de direitos humanos para o processo penal, incluindo a de apoio judiciário, tendencialmente não se aplicam em processos de entrega ou extradição²⁶, e as pessoas visadas pela execução de um MDE não se encontram necessariamente privadas de liberdade, podendo por isso não beneficiar dessa protecção²⁷.

A esse direito, e em correlação com o de defesa ou representação dupla acima referido, é ainda acrescentado o direito a apoio judiciário no Estado de emissão²⁸. Note-se todavia que, no âmbito do Comité de Coordenação no domínio da Cooperação Policial e Judiciária em matéria Penal (CATS), do Conselho da UE, foi quase unanimemente considerado que esta garantia não deveria ser introduzida, com base no argumento de que “the strictly ancillary role of the lawyer in the issuing Member State in EAW proceedings (...) does not entail a substantial need for ensuring such assistance through legal aid arrangements”²⁹.

2.2. Uma outra nota que sobressai dos vários documentos integrantes da agenda europeia dos direitos processuais é a da subordinação das novas regras ao desígnio de facilitar o reconhecimento mútuo. É isso que se verifica, *v.g.*, na Comunicação da Comissão que apresenta o pacote de medidas mais recente, quando afirma que: “O sistema de reconhecimento mútuo só pode funcionar de forma satisfatória se os E-M confiarem nos sistemas de justiça penal dos outros países da UE. Contudo, a protecção dos direitos processuais dos suspeitos e arguidos ainda varia significativamente consoante os E-M. Esta situação dá origem a obstáculos à confiança mútua necessária entre os E-M da UE. Para afastar esses obstáculos, a UE tem de garantir que todos os E-M adotam um nível mínimo comum de direitos processuais e que estes direitos podem ser exercidos através de legislação da UE”³⁰.

²⁵ Cf. art. 5.º, n.º 1 da Proposta de directiva relativa ao apoio judiciário.

²⁶ Cf. a Proposta de directiva relativa ao apoio judiciário, p. 4, onde se informa ainda que “embora todos os E-M prevejam o acesso ao apoio judiciário por parte dos suspeitos e arguidos *em processo penal*, há elementos que indicam que as pessoas procuradas no âmbito de processos de execução de *mandados de detenção europeus* nem sempre têm acesso a apoio judiciário nos E-M” (p. 3-4).

²⁷ *Idem*, p. 4. Vd. também JAMES MACGUILL, “Implementation of the Directive on Access to a Lawyer as Relevant for Legal Aid”, Presentation to European Criminal Bar Association, Warsaw – 26th April 2014, em <www.ecba.org>, p. 21, dando como exemplo o sistema irlandês, onde “the vast preponderance of persons arrested on foot of a EAW are admitted to bail (provisional release) pending the conclusion of those proceedings”.

²⁸ Cf. art. 5.º, n.º 2 da Proposta relativa ao apoio judiciário. Por outro lado, como se lê na referida Recomendação da Comissão que acompanha esta Proposta, p. 6, a agenda “não prevê parâmetros juridicamente vinculativos para a avaliação da elegibilidade para apoio judiciário” e, assim, “os custos que representará para os E-M serão limitados”. Como aí se esclarece, foi tida em consideração a circunstância de se viverem “tempos de consolidação orçamental” (*idem*).

²⁹ Conselho da UE, “Proposal for a Directive (...) State of play”, *cit.*, p. 4. No entanto, a proposta é mantida em Parlamento Europeu, “Draft Report...”, *cit.*, p. 23, que estende mesmo esta garantia, prevendo a sua aplicação não apenas no E-M de emissão do MDE mas também “in any other State where evidence-gathering or other investigative acts are being carried out”.

³⁰ COM(2013) 820 final, *cit.*, p. 4. No mesmo sentido, pode ver-se também, *v.g.*, o Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção (COM(2011) 327 final, de 14-06-2011), p. 4 s., onde se afirma que as condições de detenção podem ter implicações directas no “bom funcionamento” do princípio reconhecimento mútuo, levando à recusa da transferência de pessoas procuradas, e que “[s]em a confiança mútua no domínio da deten-

Os efeitos previstos não são meramente simbólicos: a Comissão afirma que, no actual contexto de internacionalização da criminalidade, a elevação do grau de confiança mútua proporcionada pelas novas regras “deverá dar origem a um aumento dos pedidos de inquérito e de execução das decisões em matéria penal em toda a UE, em resultado da aplicação das muitas medidas de reconhecimento mútuo”³¹.

No que diz respeito ao processo penal, se as novas regras não beneficiassem o princípio do reconhecimento mútuo de um modo minimamente tangível, constituindo um domínio de estrita harmonização das legislações dos E-M, poderiam colocar-se dúvidas sobre a sua “constitucionalidade” – *i.e.*, a sua conformidade com as normas dos Tratados que enquadram a actuação legislativa da UE –, pois estas parecem atribuir-lhe competência para aproximar a legislação processual penal dos E-M somente “[n]a medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo” (art. 82.º, n.º 2, TFUE)³²⁻³³. Talvez por isso se acentue tanto aquela subordinação³⁴, quando poderia simplesmente ter-se salientado a inversão da “deriva securitária”³⁵ que suscita críticas a um largo sector da doutrina³⁶.

ção, os instrumentos de reconhecimento mútuo da UE nesta matéria não podem funcionar corretamente, porque um E-M pode ter relutância em reconhecer e executar as decisões tomadas pelas autoridades de outro E-M”.

³¹ COM(2013) 820 final, *cit.*, p. 13.

³² Na íntegra, o preceito estabelece que: “Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros”.

³³ Nesta linha, vd. MASSIMO FICHERA, “The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?”, *European Law Journal* 15 (2009), p. 77, afirmando que “what is provided for here is not *full* harmonisation, but a lower degree. This is why Article 69A(2) [82(2), in the consolidated version] carefully requires respect for the differences between the legal traditions and systems of the Member States. Politically, this reflects the choice of the heads of state to opt for the combination approximation/mutual recognition and create the basis for a ‘minimum’ European criminal law, rather than pursue the radical harmonisation approach”. Vd., todavia, ANDRÉ KLIP, *op. cit.*, p. 226, sustentando que “[t]he legislative competences of the Union in the field of criminal procedure are shaped in a similar manner to substantive criminal law in Article 82 TFEU”, e que, actualmente, “criminal procedure is fully within the competence of the EU. Measures adopted by the EU need not necessarily be related to judicial cooperation or police cooperation”. Regressar-se-á a esta questão no ponto 2.3, em particular na n. 53.

³⁴ Em certos momentos, sente-se quase uma antinomia, como quando, no Programa de Estocolmo, *cit.*, p. 12, o Conselho convida a Comissão a apresentar propostas no âmbito do MDE destinadas, ao mesmo tempo, a “aumentar a eficácia” (dos processos de entrega, depreende-se) “e a protecção jurídica das pessoas”.

³⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, p. 120 ss.

³⁶ Com relevo para a questão da responsabilidade pelo referido fenómeno, vd. no entanto ANDRÉ KLIP, *op. cit.*, p. 235, expondo que “[t]he Commission initiated negotiations on such instruments [on procedural rights] in 2002, but the draft met with opposition from Member States on various points, including the question of whether the instrument should be applicable in all criminal proceedings, or only in proceedings related to the European Arrest Warrant. By June 2007, all attempts to come to an agreement on this topic were abandoned” – a situação terá mudado apenas “with the appearance of the ‘rights of individuals in criminal procedure’ in Article 82, paragraph 2 TFEU, as one of the topics upon which the European Union may adopt Directives”. Vd. também JAMES MACGUILL, *op. cit.*, p. 1-2, relatando que, inicialmente, “the politicians of any given member state were concerned that the guarantees that existed in their own systems, and with which they were familiar, would not apply in other member states and they sought to introduce standardising measures of safeguards to protect their national citizens. A good example of the foregoing is that the proposal for a EAW was first mooted in the mid 1990’s. However, it made very slow political progress precisely because of the concerns, genuinely held, by legislators from across the EU to the effect that the proposed measure was a serious invasion of the rights of their own citizens. It was acknowledged that these dangers would have to be addressed

Em qualquer caso, efectivamente, pode considerar-se que as novas regras em matéria de acesso a advogado e de apoio judiciário beneficiam o reconhecimento mútuo.

a) O efeito *não* se sente no MDE – o expoente máximo daquele princípio –, uma vez que, salva a excepção indicada de seguida, a insuficiência de garantias processuais não constitui aí, pelo menos *de jure*, um entrave à cooperação³⁷: a confiança mútua existente ao tempo da criação daquele instrumento foi já considerada suficiente para dispensar este obstáculo, que perdura nos domínios onde não há semelhante base fiduciária, como o da extradição clássica³⁸. A excepção é a norma contida no art. 5.º, n.º 1 DQMDE³⁹, que se refere a casos de condenação *in absentia* e, pois, indiscutivelmente, a uma garantia processual, que todavia não é tocada pelos diplomas em análise⁴⁰.

Vale ainda a pena sublinhar que a lógica de cooperação intensificada inerente ao MDE determina quase inevitavelmente a inaplicabilidade de obstáculos ou outros institutos tradicionais relativos a circunstâncias que podem considerar-se de cariz processual penal, previstos na lei ordinária dos E-M para a extradição clássica e susceptíveis de a impedir⁴¹.

before the Measure could be safely introduced. Unfortunately we all know what happened next, namely that following the terrorist attacks in New York and Washington on 9/11 (11th September 2001) it was politically untenable to adopt any position that appeared to be pro-civil liberties, because that was characterised in the media as being pro terrorist. Despite the misgivings that were held by many, the EAW was the subject of a Directive which was passed on the 13th day of June 2002”.

³⁷ Os obstáculos previstos na DQMDE não dizem respeito a circunstâncias de índole processual mas sim, sobretudo, substantiva, relacionando-se com temas como a reserva de jurisdição prescritiva (arts. 2.º e 4.º, n.º 1 DQMDE) e sancionatória (arts. 4.º, n.ºs 2 e 7, als. a) e b) DQMDE) (sobre os conceitos, vd. PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, 2010, p. 17 s., p. 41 s.), o princípio *ne bis in idem* e a extinção da responsabilidade penal em geral (arts. 3.º, n.ºs 1 e 2 e 4.º, n.ºs 3, 4 e 5 DQMDE), a culpa (art. 3.º, n.º 3 DQMDE), a natureza da pena aplicável (art. 5.º, n.º 2 DQMDE) e a reintegração social do extraditando (arts. 4.º, n.º 6 e 5.º, n.º 3 DQMDE), que não são, na sua maior parte, susceptíveis de harmonização (cf. os arts. 82.º e 83.º TFUE).

³⁸ Cf. o art. 6.º, als. a) e c) da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal – LCJ); sobre os preceitos, pode ver-se MIGUEL JOÃO COSTA, *Dedere Aut Judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 72-73 e 74-75. Vd. ainda *infra*, a n. 41 e o texto correspondente.

³⁹ Transposto para o direito nacional através do art. 13.º, al. a) da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu (LMDE).

⁴⁰ Até à data, esta matéria foi regulada apenas como possível entrave à execução do MDE (primeiro, na própria DQMDE, depois, na Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, que a alterou) e, assim, estritamente no plano do reconhecimento mútuo, sem embargo de que as intervenções neste plano também promovem a harmonização (cf. ANDRÉ KLIP, *op. cit.*, p. 293). De todo o modo, a matéria encontra-se agora em vias de ser também formalmente harmonizada através de outra das novas medidas apresentadas pela UE em Novembro de 2013: a *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal* (cf. o respectivo art. 8.º); sobre ela, vd. o texto de MARIA JOÃO ANTUNES / JOANA FERNANDES COSTA, *neste volume*.

⁴¹ Vd. e.g. o caso *Symeon*, decidido no Reino Unido em 2009. Pedia-se a recusa da execução de um MDE emitido pela Grécia através do exercício, por parte das autoridades britânicas, de “abuse of process jurisdiction”, “a residual common law power under English law designed to ensure that requesting states do not abuse their right to seek extradition by, for example, bringing proceedings for improper reasons in circumstances where it would be an affront to justice to return the defendant” – GAVIN SULLIVAN, “Fair Trials International Case Notes – The European Arrest Warrant: Abuse of Process as a Bar to Extradition”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 0 (2009) – Special Edition, p. 39; a decisão de primeira instância é sumariada a p. 41-42: “whilst acknowledging the potential existence of misconduct, the Court went on to reject Mr Symeon’s abuse of process arguments (...). In a decision which ultimately

Há a hipótese, não referida nos documentos analisados, de as Constituições dos E-M proibirem a entrega em razão da ausência de certas garantias processuais no Estado que procura a pessoa (algo que, por exemplo, a portuguesa não faz⁴²), mas não se afigura muito provável que uma Constituição condicione a entrega à existência de um padrão de garantias, no estado de execução, superior àquele que a CEDH, a CDFUE ou o PIDCP impõem para o próprio processo penal.

Por fim, note-se que, no âmbito da CEDH, só “excepcionalmente” e em casos “flagrantes” pode a insuficiência de garantias processuais no Estado requerente, em especial quando este seja parte da Convenção, impedir a entrega ou a extradição⁴³, o que significa que também no confronto com a CEDH um aumento das garantias processuais não parece apto a produzir um incremento sensível da cooperação na entrega de pessoas.

b) No entanto, as novas regras de acesso a advogado e apoio judiciário podem ter algum impacto em sede de cooperação na produção ou obtenção de prova, uma vez que a admissibilidade de certos meios de prova (*e.g.*, as declarações prestadas pelo arguido nas fases preliminares do processo) depende da verificação de condições processuais (*e.g.*, a presença de defensor no acto em causa) que traduzem garantias⁴⁴.

re-iterated the policy rationale of the Framework Decision [on the EAW], the divisional Court held that (...): ‘The consequences of the Framework Decision may be a matter for legitimate debate and concern. But we have no doubt that the common area for judicial decisions in criminal matters means that the judicial systems of the countries of the EU must be regarded as capable of providing sufficient minimum safeguards for a fair trial in a civilised country, including provisions for the exclusion of evidence obtained by coercion’”. O tribunal de recurso manteve a decisão e a entrega foi realizada – cf. Fair Trials International, “Detained without trial: Fair Trials International’s response to the European Commission’s Green Paper on detention” (Report), Out. 2011, em <www.ec.europa.eu>, p. 14-15; o processo penal acabaria por resultar em absolvição, já em 2011, tendo o arguido estado privado de liberdade durante 11 meses (*idem*).

⁴² A proibição de extradição por motivos políticos, contida no art. 33.º, n.º 6 CRP, não se considera um obstáculo de índole processual. Uma perseguição por motivos políticos pode ser acompanhada de um agravamento da situação processual em razão dos mesmos motivos, mas trata-se de coisas diferentes, como a LCJ reconhece ao regular as hipóteses em normas distintas: cf. o art. 6.º, *als. b) e c)*.

⁴³ Vd., com grande interesse, o Acórdão do TEDH de 04-05-2010, recurso n.º 56588/07, *Stapleton c. Irlanda*, em <www.echr.coe.int>. O recorrente alegava que a sua entrega pela Irlanda ao Reino Unido em execução de um MDE violaria, *inter alia*, o direito a ser julgado em prazo razoável previsto no art. 6.º CEDH, pretensão que o Tribunal rejeitou. De particular relevo para o efeito em debate são os §§ 25 e 26: “[T]he Court recalls that the right to a fair trial in criminal proceedings, as embodied in Article 6, holds a prominent place in a democratic society so that the Court does not exclude that an issue might, exceptionally, be raised under Article 6 by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country” – afirmou o Tribunal, sustentando-se na jurisprudência relativa aos casos *Soering c. Reino Unido* e *Mamatkulov e Askarov c. Turquia*. “However, the Court does not consider that the facts of the present case disclose substantial grounds for believing that there would be a real risk that the applicant would be exposed to such a ‘flagrant denial’ of Article 6 rights in the UK. The Court notes, in this regard, that the UK is a Contracting Party and that, as such, it has undertaken to abide by its Convention obligations and to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein, including those guaranteed by Article 6. It has incorporated the Convention’s provisions into domestic law by virtue of the Human Rights Act, 1998”.

⁴⁴ Cf. os arts. 141.º, n.ºs 2 e 4, al. *b)*, 144.º, n.º 2 e 357.º CPP.

A emissão de um mandado europeu de obtenção de provas (MEP)⁴⁵ ou de uma decisão europeia de investigação (DEI)⁴⁶ só é possível se as medidas em causa pudessem ser realizadas nas mesmas condições no Estado de emissão⁴⁷, condição que é avaliada exclusivamente pelo próprio⁴⁸, e a sua execução é baseada numa lógica adaptada a partir do princípio *forum regit actum*, nos termos da qual o Estado de emissão pode em regra impor ao Estado de execução que, ao realizar a diligência de investigação, cumpra determinadas condições necessárias para que a prova seja válida perante o seu sistema processual⁴⁹⁻⁵⁰. Neste cenário, diferenças entre legislações nacionais em tema de garantias processuais não resultam na inaplicabilidade daqueles instrumentos.

Contudo, o dito princípio apresenta “fraquezas”, como a de não garantir que a prova venha efectivamente a ser considerada válida no Estado de emissão⁵¹, que fazem da harmonização um caminho convidativo para atacar esta questão⁵² e, nessa medida, um meio para promover o recurso àqueles instrumentos de reconhecimento mútuo.

Mais do que assegurar a “constitucionalidade” da concreta agenda de garantias processuais em análise, esta matéria ilustra a aptidão da harmonização em geral para beneficiar o reconhecimento mútuo⁵³: a elevação dos padrões comuns exclui a possibilidade de ocor-

⁴⁵ Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008 (DQ-MEP). Note-se que no caso deste instrumento o impacto das regras em análise é praticamente nulo, pois ele cinge-se à obtenção de objectos, documentos ou dados já existentes (art. 4.º, n.º 1), sendo inadmissível a sua emissão para se requerer a realização de, *inter alia*, interrogatórios, tomadas de declarações e outros tipos de audições que envolvam suspeitos (art. 4.º, n.º 2, al. a)).

⁴⁶ Directiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014 (D-DEI), que, nos termos do seu art. 34.º, n.º 2, substitui, para os E-M por si vinculados, a DQ-MEP e, no que respeita ao congelamento de provas, a DQ-DCBP (v. *infra* a n. 49). Em alto contraste com o MEP, em relação ao qual se afirma como “uma nova abordagem” (considerando n.º 5), a DEI tem um “âmbito horizontal” (considerando n.º 8), aplicando-se a “qualquer medida de investigação, com exceção da criação de uma equipa de investigação conjunta” (art. 3.º).

⁴⁷ Cf. os arts. 7.º, § 1, al. b) DQ-MEP e 6.º, n.º 1, al. b) D-DEI.

⁴⁸ Cf. os arts. 7.º, § 2 DQ-MEP e 6.º, n.º 2 D-DEI.

⁴⁹ Cf. os arts. 12.º DQ-MEP e 9.º, n.º 2 D-DEI. Este é também o princípio seguido nas decisões de congelamento de bens ou de provas – cf. o art. 5.º, n.º 1, § 2 da Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003 (DQ-DCBP).

⁵⁰ Assim, GERT VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU. Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, Maklu, 2011, p. 40 s., referindo que este princípio veio substituir aquele segundo o qual o Estado de execução pratica nos termos da sua própria lei os actos processuais que são objecto do pedido de cooperação (*locus regit actum*).

⁵¹ *Ibidem*, p. 42 s., salientando que isso significa que “an executing member state that puts a lot of effort in gathering evidence according to the requested formalities and procedures, has no guarantee that its efforts will be rewarded with the recognition of the admissibility of the evidence it has gathered”. Em GERT VERMEULEN / WENDY DE BONDY / YASMIN VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Maklu, 2010, p. 150, considera-se mesmo que o princípio *forum regit actum* é paradoxal em relação à lógica do reconhecimento mútuo.

⁵² Mas vd. novamente GERT VERMEULEN, *op. cit.*, p. 44 s., afirmando que a harmonização é não apenas um caminho mas o *único caminho* para atacar aqueles problemas.

⁵³ Com efeito, é possível afirmar-se em tese geral que “a means/ends relationship exists between approximation and mutual recognition”, sendo a primeira concebida como “an instrument to eliminate all the most relevant disparities in the criminal law of the Member States and render a foreign judicial decision more ‘recognisable’ and easier to accept”, ou seja, como “a tool to promote the development of the latter” (MASSIMO FICHERA, *op. cit.*, p. 76-77) – uma

rerem circunstâncias susceptíveis de impedir a cooperação ou o aproveitamento dos seus resultados, arrancando esses obstáculos pela raiz.

2.3. Em conclusão, a agenda dos direitos processuais eleva o padrão europeu de garantias processuais e, concomitantemente, promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo. O impacto, maior ou menor, que as novas regras sobre acesso a advogado e apoio judiciário são aptas a produzir em sede de cooperação para a obtenção ou produção de prova dá apenas uma imagem do que pode ser feito em termos de harmonização neste domínio.

Se se enfatizar a circunstância de esta harmonização ter como propósito último facilitar o reconhecimento mútuo, a expressão “mudança de orientação” poderá soar excessiva. Porém, em termos qualitativos, incrementar o reconhecimento mútuo através da harmonização é totalmente diverso de fazê-lo através do desenvolvimento de instrumentos que são, eles próprios, expressões desse princípio: a primeira via pressupõe uma melhoria do padrão de garantias individuais, enquanto a segunda passa essencialmente por maximizar a cooperação perante um padrão de garantias *dado*. A primeira não leva ao mesmo desequilíbrio que se diz ter sido produzido pela segunda, e ajuda até a revertê-lo. Este rumo só é possível dada a atribuição à UE – com o Tratado de Lisboa – do poder de determinar as garantias mínimas de processo penal que os E-M devem consagrar, sendo para já incerto o grau de deferência que será prestado, nestas matérias, às injunções “constitucionais” de subsidiariedade⁵⁴ e de respeito pelas tradições jurídicas dos E-M.

Mas aquela “mudança de orientação” é também, e talvez até especialmente, simbolizada pelo facto de se introduzirem garantias individuais no próprio MDE, um instrumento de reconhecimento mútuo, concebido com um intuito repressivo.

3. Impacto no ordenamento jurídico-penal português

As novas regras europeias sobre o direito de acesso a um advogado e o direito a apoio judiciário têm algumas implicações no ordenamento jurídico português, nos termos que se procuram expor em seguida.

noção que, por outro lado, parece abonar a favor da tese de que as competências da UE em matéria processual penal são já praticamente ilimitadas – cf. *supra*, a n. 31.

⁵⁴ Que impede a UE de exercer competências partilhadas (como esta), a menos que, nos termos art. 5.º, n.º 3 TUE, os objetivos em causa não possam ser suficientemente alcançados pelos EM. Sobre a conformidade da agenda em análise com esse princípio, e concluindo pela afirmativa, vd., com interesse, os Relatórios da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República sobre a proposta que resultaria na Directiva 2013/48/UE (Ofício n.º 266/XII/1ª – CACDLG/2011), p. 5 ss., e sobre a Proposta relativa ao apoio judiciário (Ofício n.º 30/XII/1ª–CACDLG/2014), p. 12 ss., ambos em <www.parlamento.pt>, onde perpassa a ideia de que uma harmonização preordenada a facilitar o reconhecimento mútuo cumpre quase inevitavelmente o requisito da subsidiariedade. Mas vd. ainda *infra*, a n. 88.

3.1. O acesso a um advogado

a) Em processo penal

α. A Directiva 2013/48/UE, no seu art. 3.º, que estabelece os traços fundamentais do direito de acesso a um advogado em processo penal, impõe esse acesso em vários momentos⁵⁵ que a lei portuguesa não prevê como casos de assistência obrigatória⁵⁶ – *sc.*: antes de se ser interrogado e durante interrogatórios policiais⁵⁷; em sessões de identificação, acareações e reconstituições da cena do crime⁵⁸; e em tempo útil antes de se comparecer perante um tribunal competente em matéria penal para que se tenha sido citado⁵⁹⁻⁶⁰.

É um facto que a constituição como arguido, que faz emergir o direito de constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor, é obrigatória num amplo conjunto de casos e possível mesmo a pedido da pessoa⁶¹, o que permite afirmar que no processo penal português o acesso a um advogado já é *possível* em todos aqueles momentos.

Porém, a directiva vai mais longe. Ela não impõe a presença do advogado de modo inelutável – como acontece no CPP, quando prevê os casos de assistência obrigatória⁶² –,

⁵⁵ Ou, mais rigorosamente, *a partir de* certos momentos. De facto, aquela directiva inculca uma lógica de continuidade do acesso a advogado no tempo (cf. ainda o seu art. 2.º, n.º 1), em certo contraste com a obrigatoriedade de assistência prevista no art. 64.º CPP, que se refere a actos processuais concretos, ainda que o defensor nomeado para um dado acto possa manter-se para actos subsequentes (cf. o art. 41.º, n.º 3, da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, sobre o acesso ao direito e aos tribunais, com ulterior remissão para a Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro, que regulamenta aquela lei). A qualidade de arguido, uma vez adquirida, também se conserva até ao final do processo, e durante esse tempo confere ao indivíduo o direito de acesso a advogado, mas o Estado não tem o dever de promover o seu exercício – vd. já de seguida no texto.

⁵⁶ Cf. desde logo o art. 64.º CPP.

⁵⁷ Cf. o art. 3.º, n.º 2, al. a), e n.º 3, als. a) e b) da Directiva 2013/48/UE. A inclusão dos interrogatórios policiais poderá explicar-se pelo facto de em certos E-M as polícias terem poderes processuais muito mais amplos do que em Portugal, desempenhando funções que, neste, cabem a autoridades judiciais. Em Portugal, a não obrigatoriedade de defensor nesses interrogatórios explica-se em grande medida pela limitada relevância que as declarações aí prestadas podem assumir no julgamento (cf. o art. 357.º CPP).

⁵⁸ Cf. o art. 3.º, n.º 2, al. b), e n.º 3, al. c) da Directiva 2013/48/UE, e os arts. 146.º, 147.º e 150.º CPP.

⁵⁹ Cf. o art. 3.º, n.º 2, al. d) da Directiva 2013/48/UE, em contraste com o art. 64.º CPP, que determina a obrigatoriedade de assistência em vários actos realizados por tribunais com competência em matéria penal, mas não em tempo útil antes do comparecimento perante tais entidades, e apenas em actos *determinados*, não em todo e qualquer acto.

⁶⁰ A assistência sem demora injustificada após ser-se privado da liberdade (art. 3.º, n.º 2, al. c) da Directiva 2013/48/UE) – não como caso de assistência obrigatória, mas como um direito suficientemente intenso para se conformar com esta directiva (vd. a seguir no texto) – parece decorrer já dos arts. 61.º, n.º 1, al. f) CPP, e 3.º n.º 1, 4.º, n.º 2 e 3, 5.º, n.º 1, e 30.º do Despacho 12786/2009, de 29 de Maio (Regulamento das Condições de Detenção em Instalações da Polícia Judiciária e em Locais de Detenção Existentes nos Tribunais e em Serviços do Ministério Público).

⁶¹ Cf. os arts. 20.º e 32.º, n.º 3 CRP, e os arts. 61.º, n.º 1, als. e) e f); 57.º, n.º 1, 58.º, n.º 1 e 59.º, n.º 1; e 59.º, n.º 2 CPP.

⁶² Note-se todavia que, de acordo com o Comité dos Direitos do Homem, da ONU, a imposição de defensor contra a vontade do beneficiário só é admissível perante o PIDCP em casos excepcionais – cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2.ª ed. actualizada, 2008, p. 189, com referências. O A. informa que aquele Comité declarou já a violação, por parte de Portugal, do art. 14.º, n.º 3, al. d) PIDCP, tendo fixado um prazo de 90 dias, a contar de 18-04-2006, para que Portugal modificasse a sua lei interna, o que não aconteceu.

pois admite a renúncia por parte do beneficiário⁶³. Contudo, impõe aquela presença em via de princípio, ao incumbir os E-M de *assegurarem* o direito de acesso a advogado em tempo útil e de modo efectivo⁶⁴, e, acima de tudo, pelo próprio facto de impor que o não exercício desse direito revista a forma de uma renúncia⁶⁵. Este acto é rodeado de um conjunto de cuidados⁶⁶ e condições⁶⁷ sem paralelo no CPP⁶⁸, que lhe conferem um acentuado carácter de excepção relativamente ao exercício do direito, que é tido como a situação normal⁶⁹. Revela-se assim necessário adaptar o direito português vigente ao direito europeu.

β. Por outro lado, é muito duvidoso que o conceito de “suspeito” utilizado na Directiva 2013/48/UE abranja o conceito português de suspeito⁷⁰.

A directiva não oferece uma definição de suspeito (que também não se encontra em outro diploma europeu), o que impede que se determine com rigor quando tem início a protecção aí conferida. Sabemos que um suspeito é alguém que tem o direito de acesso a um advogado em determinadas situações, mas não sabemos quando é que alguém deve considerar-se um suspeito – ou seja, cria-se um quadro de garantias para um sujeito que não se define. Essa definição é, portanto, mantida nas mãos dos E-M, com a inerente *desarmonia*.

Nos sistemas de certos E-M, como o Reino Unido, a pessoa só adquire um estatuto especial uma vez acusado, embora naturalmente goze – enquanto suspeito – de certas garantias no contexto de actos que podem ocorrer antes disso, como a detenção ou o interrogatório⁷¹. Em Portugal, o “ponto de viragem” é a constituição de arguido⁷², que não só pode

⁶³ Cf. o art. 9.º da Directiva 2013/48/UE.

⁶⁴ Cf. o art. 3.º, n.º 1, da Directiva 2013/48/UE, apenas parcialmente secundado pelo art. 60.º CPP, que determina que seja assegurado ao arguido o exercício dos seus direitos processuais.

⁶⁵ Cf. novamente o art. 9.º, que o art. 3.º, n.º 4, não parece fazer mais do que reiterar em quanto respeita a situação de privação de liberdade, pois aquela norma aplica-se a todo o art. 3.º (bem como ao art. 10.º, relativo a pessoas visadas por um MDE).

⁶⁶ Destinados a assegurar o esclarecimento da pessoa sobre o conteúdo do direito em questão e sobre as possíveis consequências de lhe renunciar, bem como a voluntariedade e a inequívocidade da sua renúncia (art. 9.º, n.º 1, da Directiva 2013/48/UE).

⁶⁷ Impõe-se o registo da renúncia (que pode ser feita por escrito ou oralmente) e das circunstâncias em que foi expressa (art. 9.º, n.º 2, da Directiva 2013/48/UE), permitindo-se a revogação da mesma em qualquer momento do processo penal (embora, naturalmente, ela só produza efeitos a partir do momento em que for feita) pelo suspeito ou acusado, que deve ser informado dessa possibilidade (n.º 3 do mesmo preceito).

⁶⁸ Que exige somente que o arguido seja informado pela autoridade perante a qual deva comparecer dos direitos que lhe assistem (cf. o art. 61.º, n.º 1, al. b)).

⁶⁹ De acordo com a Proposta que resultaria na Directiva 2013/48/UE, *cit.*, p. 8, este regime reflecte a jurisprudência do TEDH segundo a qual a renúncia à constituição de advogado, para que tenha eficácia para efeitos da CEDH, “deve ser expressa de forma inequívoca e voluntária, baseada num conjunto de garantias mínimas proporcionais à sua importância”.

⁷⁰ Definido no art. 1.º, al. e), CPP. As versões portuguesas de outros diplomas europeus, desde logo a da proposta de directiva relativa ao apoio judiciário, referem-se, já não a “suspeitos e / ou acusados”, mas a “suspeitos e / ou arguidos” (cf. p. ex. o art. 2.º, al. a)). Noutras versões, como as inglesas, não há variação, falando-se sempre de “suspects and / or accused persons”.

⁷¹ TRICIA HOWSE, CBE, “England”, in Katalin Ligeti (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union – Volume 1: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2012, p. 137-138.

⁷² Cf. PEDRO CAEIRO / MIGUEL JOÃO COSTA, “Portugal”, *como na nota anterior*, p. 550-551.

acontecer (e acontece tipicamente) antes da acusação, como não depende sequer, de forma necessária, de pressupostos mais exigentes do que os que se encontram em certos conceitos de suspeito. Ou seja, a função desempenhada pela figura do arguido absorve aquela que noutros sistemas é desempenhada por figuras aí designadas de “suspeito”. O arguido é uma formalização da qualidade de suspeito, e é nele que a lei portuguesa concentra a tutela do potencial agente do crime⁷³. O facto de ela prever *também* uma figura de suspeito não impõe, por si só, que esta seja abrangida pela Directiva 2013/48/UE.

Repare-se, por exemplo, que o CPP não prevê regras específicas para a inquirição de suspeitos, mas apenas para a de arguidos e para a de testemunhas⁷⁴. Na verdade, de um modo ou de outro, coloca-se em qualquer sistema um problema de determinação da fronteira – que pode ser ténue e / ou difícil de sindicar –, entre chamar uma pessoa para a ouvir como testemunha e chamá-la para a inquirir como possível agente do crime (chame-se-lhe suspeito ou arguido). Nesta linha, pode até dizer-se que uma protecção total só seria possível com a obrigatoriedade ou quase-obrigatoriedade da presença de advogado na inquirição de *qualquer* pessoa. De outro modo, resta garantir que o estatuto processual possa ser alterado no decurso da inquirição, com a imediata activação das garantias inerentes ao novo estatuto⁷⁵. É isso que a Directiva 2013/48/UE faz no seu art. 2.º, n.º 3⁷⁶. É também isso que o CPP faz, estabelecendo no seu art. 59.º, n.º 1 que se surgir, durante qualquer inquirição de pessoa que não o arguido, “fundada suspeita”⁷⁷ de crime por ela cometido, o acto deve ser imediatamente suspenso e aquela pessoa constituída como arguida⁷⁸.

Pelo exposto, creio que o conceito de arguido satisfaz a figura do suspeito referida na Directiva 2013/48/UE, não sendo necessário atribuir ao suspeito definido no art. 1.º, al. e) CPP as garantias consagradas nesse diploma europeu. De resto, o contrário sempre equivaleria a aproximar este último conceito do de arguido, iniciando um processo de neutralização desta figura, que veria funções suas serem absorvidas por aquele – o que só abona em favor da ideia de que o nome é indiferente para a questão em análise.

b) No MDE

No âmbito da LMDE, o direito de acesso a um advogado não abrange a situação em

⁷³ Cf., para o que aqui mais importa, os arts. 20.º e 32.º, n.º 3, CRP; e 57.º, n.º 1, 58.º, n.º 1, 59.º, n.º 1, 59.º, n.º 2, e 61.º, n.º 1, als. e) e f), CPP.

⁷⁴ Cf. os arts. 128.º s. e 140.º s. (que regulam ainda as declarações do assistente e das partes civis) CPP. O mesmo vale para outros meios de prova, como a acareação: cf. o art. 146.º, n.ºs 1 e 2 CPP.

⁷⁵ O que em qualquer caso apenas mitiga o problema, pois mesmo no decurso do acto coloca-se a questão de saber quando é que se justifica fazer emergir o novo estatuto.

⁷⁶ Que, segundo a Proposta que viria a resultar na Directiva 2013/48/UE, *cit.*, p. 8, reflecte também jurisprudência do TEDH, para quem “a garantia de um processo equitativo, incluindo o acesso a um advogado, se deve aplicar às testemunhas sempre que sejam na realidade suspeitas de uma infracção penal, uma vez que a qualidade de testemunha é puramente formal”.

⁷⁷ Neste caso, o próprio elemento literal do CPP integra o termo “suspeito”.

⁷⁸ Pressupondo já, no caso do interrogatório policial, a conformação referida no ponto anterior (□.).

que Portugal é o *Estado de emissão*. Todavia, uma pessoa procurada pelo Estado português ao abrigo de um MDE tem o direito de constituir advogado ou solicitar que lhe seja nomeado defensor para efeitos do processo penal que aí se encontra *necessariamente* em curso⁷⁹⁻⁸⁰. Como sujeito processual, este defensor tem as prerrogativas necessárias – p. ex., de consulta de autos e obtenção de certidões e informações⁸¹ – para prestar ao defensor do Estado de execução do MDE o auxílio que a Directiva 2013/48/UE vem impor⁸². Isso significa que não é necessário introduzir no ordenamento jurídico português uma nova figura de assistência judiciária ou novas prerrogativas processuais.

Porém, em termos idênticos àqueles que se expuseram em sede de acesso a um advogado em processo penal, trata-se aqui tão-somente de um direito, e não de um caso de quase-obrigatoriedade de assistência, como acontece no contexto daquela directiva, onde o não exercício deste direito também está sujeito ao regime da renúncia descrito anteriormente⁸³.

O mesmo vale para o direito de acesso a um advogado em Portugal enquanto *Estado de execução* de um MDE, já previsto na LMDE⁸⁴.

⁷⁹ “Necessariamente”, porque a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de um inquérito (cf. o art. 262.º, n.º 2 CPP). Os desvios decorrentes da existência de crimes particulares não têm aqui implicações, pois o não exercício do direito de queixa, que impede a instauração do processo penal, impede reflexamente a emissão do MDE.

⁸⁰ O art. 36.º LMDE estabelece que é competente para a emissão do MDE a *autoridade judiciária* competente para ordenar a detenção ou a prisão da pessoa procurada nos termos da lei portuguesa. Ou seja: na fase de inquérito, o Ministério Público (art. 257.º, n.º 1 CPP) ou o juiz de instrução (art. 268.º, n.º 1, al. b) CPP); na fase de instrução, na fase prévia à realização do julgamento e na fase posterior ao mesmo, os juízes respectivos – JOANA GOMES FERREIRA, *Manual de Procedimentos relativos à emissão do Mandado de Detenção Europeu*, Revisto e actualizado em 16-07-2007, Procuradoria Geral da República / Gabinete de Documentação e Direito Comparado, p. 9, em <http://mandado.gddc.pt/manual/meu_Revisao_manual_Julho_2007.pdf>. Aquele preceito parece ser menos exigente do que o seu correspondente da LCJ, o art. 69.º, n.º 1, que condiciona a formulação de pedidos de extradição à existência de processo pendente num *tribunal* português, o que significa exigir que já haja pelo menos indícios suficientes da prática do crime, expressos na dedução de uma acusação (cf. MIGUEL JOÃO COSTA, *op. cit.*, p. 40-41; mas também, em sentido diverso, JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, “A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, in Pedro Caeiro (coord.), *Temas de Extradição e Entrega*, Almedina, 2015, p. 16-18). Se assim for, quando um pedido de extradição é feito, há já sempre, para efeitos do processo penal respectivo, um advogado constituído ou um defensor nomeado (cf. o art. 64.º, n.º 3 CPP), o mesmo não acontecendo com a emissão de um MDE. Em qualquer caso, a mera existência de um inquérito (contra pessoa determinada), que é condição necessária para esta emissão, faz emergir o direito de constituir um advogado ou de solicitar a nomeação de um defensor (cf. os arts. 59.º, n.º 2 e 61.º, n.º 1, al. e) CPP, conjugadamente).

⁸¹ Cf. o art. 89.º CPP. Refira-se, a propósito, que a Directiva 2012/13/UE, relativa ao direito à informação em processo penal, introduz regras mínimas comuns quanto ao direito de acesso aos elementos do processo: vd., sobretudo, o art. 7.º.

⁸² Cf. o art. 10.º, n.º 6. Já se a assistência dever também ser prestada quando, não sendo embora Portugal o Estado de emissão, aí estiverem a ser executadas diligências de investigação ou de obtenção de prova (cf. *supra*, a n. 29) – o que é possível, e.g., em execução de uma DEI –, então será necessário introduzir essa possibilidade no direito nacional.

⁸³ Cf. novamente o seu art. 9.º, n.º 1, e *supra*, o ponto 3.1.a), □.

⁸⁴ Cf. os arts. 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 4, e 21.º. Note-se que esta protecção perante Portugal enquanto Estado da custódia não é uma particularidade do MDE, sendo idêntico o cenário no contexto da extradição – cf. sobretudo os arts. 40.º, n.º 2, 53.º, n.º 3 e 54.º a 56.º LCJ.

3.2. Os direitos de informar um terceiro quando da privação de liberdade e de comunicar durante a mesma com terceiros e com as autoridades consulares

Estes direitos são já consagrados no ordenamento jurídico português, mais especificamente no Regulamento das Condições de Detenção⁸⁵ e no Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade⁸⁶.

Todavia, no caso do direito de informar um terceiro da privação de liberdade, a Directiva 2013/48/UE parece impor ao legislador português uma modificação pontual: o seu art. 8.º, n.º 1, al. c) proíbe que aquele direito seja derogado com base “exclusivamente no tipo ou na gravidade da infração alegada”⁸⁷, colidindo com a prerrogativa que o art. 143.º, n.º 4 CPP atribui ao Ministério Público de, em casos de terrorismo ou de criminalidade violenta ou altamente organizada e sem que seja necessário verificarem-se outras condições, determinar que o detido não comunique com pessoa alguma salvo o defensor antes do primeiro interrogatório judicial⁸⁸.

3.3. O apoio judiciário

a) O apoio judiciário provisório (no processo penal e no MDE)

A Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho⁸⁹, que se aplica não só ao processo penal como também, embora não explicitamente, ao MDE⁹⁰, concebe a nomeação de defensor ao

⁸⁵ Cf. *supra* a n. 60; vd. sobretudo os arts. 3.º n.º 1, 4.º, n.ºs 2 e 3, e 5.º, n.º 2 e 3.

⁸⁶ Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro: cf. o art. 16.º, n.ºs 2 e 3.

⁸⁷ Uma previsão que se inspira também em jurisprudência do TEDH: cf. a Proposta que viria a resultar na Directiva 2013/48/UE, *cit.*, p. 7.

⁸⁸ Este desfasamento é identificado pelo citado Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República sobre a proposta que resultaria na Directiva 2013/48/UE, p. 6, onde se afirma que a norma europeia em questão pode ser vista como “excessiva” (ainda que não ao ponto de ferir o princípio da subsidiariedade), tendo em conta que “a especial gravidade daqueles casos e a complexidade da sua investigação podem justificar uma restrição dos direitos do detido”.

⁸⁹ Esta lei tem como objectivo “assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos” (art. 1.º, n.º 1) e prevê o apoio judiciário como uma das modalidades de protecção jurídica a garantir pelo Estado (cf. o art. 6.º, n.º 1), sendo desenvolvida, *inter alia*, pela Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de Agosto, que concretiza os critérios de prova e de apreciação da insuficiência económica previstos naquela lei, e pelo Decreto-Lei n.º 71/2005, de 17 de Março, que completa a transposição da Directiva n.º 2003/8/CE, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, estendendo o apoio, nesse âmbito, aos encargos relacionados com o carácter transfronteiriço do litígio (cf. o art. 3.º) e prevendo um apoio pré-contencioso que reveste a modalidade de consulta jurídica prevista na Lei n.º 34/2004.

⁹⁰ Neste sentido, expressamente, o Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República (Ofício n.º 30/XII/1ª – CACDLG/2014), sobre a Proposta relativa ao apoio judiciário (COM(2013) 824 final), em <www.parlamento.pt>, p. 11-12, extraindo a conclusão a partir do facto, já aqui assinalado, de a LMDE garantir a assistência por defensor (art. 17.º, n.º 2) e, caso o detido o não tenha constituído, a nomeação de defensor pelo juiz que procede à audição (art. 18.º, n.º 4).

arguido em razão de insuficiência económica como um acto de “carácter provisório” (art. 39.º, n.º 6): ao prestar termo de identidade e residência, caso não constitua advogado, o arguido emite uma declaração sobre o rendimento, o património e a despesa permanente do seu agregado familiar, que é apreciada pela secretaria do tribunal; basta que haja uma insuficiência económica *prima facie* para que seja nomeado ao arguido um defensor desde logo e até que os serviços da segurança social tomem uma decisão definitiva sobre o assunto, existindo escalas de prevenção de advogados para efeitos de diligências urgentes; no caso oposto, o arguido é advertido de que deve constituir advogado, sendo que, se não o fizer e for obrigatória ou tida como necessária ou conveniente a assistência por defensor, este é ainda assim nomeado, ficando porém o arguido responsável pelo pagamento do triplo do valor dos encargos decorrentes da concessão de apoio judiciário⁹¹.

Contudo, a proposta de directiva sugere que o mero desejo de beneficiar de apoio judiciário provisório deva bastar para que o mesmo seja concedido⁹², o que precluirá qualquer juízo, ainda que apenas indiciário, sobre se, no mérito, essa concessão se justifica. Assim, poderá revelar-se necessária a introdução no direito português de uma possibilidade incondicionada de apoio judiciário provisório nos casos abrangidos pela proposta de directiva, que são, recorde-se, os de privação de liberdade no contexto de um processo penal ou da execução de um MDE⁹³.

Refira-se que a proposta prevê que os E-M devem poder determinar que os custos do apoio judiciário provisório sejam reembolsados pelos seus beneficiários quando vier a concluir-se que estes não preenchem os critérios de elegibilidade para apoio judiciário fixados na legislação nacional⁹⁴. A Lei n.º 34/2004 assenta já nesse pressuposto, prevendo que se o apoio judiciário não for atribuído ao arguido este pague (todos) os encargos decorrentes da sua concessão⁹⁵.

⁹¹ Arts. 39.º, n.ºs 3 a 6 e 9, e 41.º Lei n.º 34/2004.

⁹² Cf. o seu art. 4.º, n.º 1: “(...) as seguintes pessoas, se o desejarem, têm direito a apoio judiciário provisório (...)”.

⁹³ Cf. o art. 4.º, n.º 1, als. *a)* e *b)*, bem como o n.º 2, que estabelece que deve ser concedido apoio judiciário provisório sem demora injustificada após a privação de liberdade e, em qualquer caso, antes do interrogatório, e ainda o n.º 3, que prevê que o apoio se mantém até que a decisão final de concessão de apoio judiciário seja tomada ou entre em vigor, ou, se for concedido apoio judiciário aos suspeitos ou arguidos, até que a nomeação de advogado produza efeitos.

⁹⁴ Por outro lado, segundo se informa no documento do Conselho da UE “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European Arrest Warrant proceedings [First reading] = State of play”, 17635/13 DROIPEN 160 COPEN 237 CODEC 2931, 17-09-2014 (adiante “State of play”), em <www.eujusticia.net>, p. 5, vários E-M defendem que é desproporcional conceder apoio judiciário provisório em casos pouco graves ou de reduzida complexidade.

⁹⁵ Cf. os arts. 36.º e 39.º, n.º 8 da Lei n.º 34/2004.

b) O apoio judiciário definitivo (no MDE)⁹⁶

No que respeita ao direito a apoio judiciário propriamente dito, a proposta de directiva não parece ter implicações no direito português.

No caso das pessoas procuradas por Portugal ao abrigo de um MDE, porque – como vimos – a emissão deste pressupõe que haja aí um processo penal em curso, tendo portanto aplicação o apoio judiciário previsto na Lei n.º 34/2004.

No caso das pessoas cuja entrega seja pedida a Portugal ao abrigo de um MDE, porque, embora não explicitamente – e como igualmente já vimos – aquele diploma também se lhes aplica⁹⁷.

De resto, o art. 5.º, n.º 3, da proposta de directiva prevê que o direito a apoio judiciário aí previsto “pode ser sujeito a uma avaliação dos meios económicos da pessoa procurada e / ou da existência de um interesse da justiça que justifique a concessão de apoio judiciário, segundo os critérios de elegibilidade aplicáveis no Estado-Membro de execução em causa”, o que significa que o recorte final do âmbito deste direito se conserva no plano nacional.

3.4. Conclusão

Nas matérias em análise neste texto, a agenda europeia sobre direitos processuais obrigará a algumas mudanças no direito português.

O acesso a um advogado em processo penal deverá passar a ser quase-obrigatório no seguinte conjunto – que pode considerar-se significativo – de situações: antes de quaisquer interrogatórios e durante interrogatórios policiais; em sessões de identificação, acareações e reconstituições da cena do crime; e em tempo útil antes do comparecimento perante um tribunal competente em matéria penal para que se tenha sido citado. No contexto do MDE, aquele acesso passa também a ser quase-obrigatório em Portugal, quer enquanto Estado de emissão, quer enquanto Estado de execução.

⁹⁶ Recorde-se que a proposta de directiva apenas prevê este direito em relação ao MDE, o que se explicará em grande medida pela circunstância de ele se encontrar bem sedimentado no contexto do processo penal, tanto no plano internacional como no nacional. Para uma análise empírica da realidade do apoio judiciário no contexto europeu, vd., da Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa, do Conselho da Europa, o relatório “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice”, em <www.coe.int/>. Contudo, como se dá conta em “State of play”, *cit.*, p. 5, alguns E-M ter-se-ão já pronunciado no sentido de que a directiva deveria abranger o apoio judiciário ordinário fora da situação de privação de liberdade. Além disso, a Recomendação da Comissão que acompanha a proposta sugere que o direito a apoio judiciário em processo penal tenha início no momento em que uma pessoa é considerada suspeita – cf. a secção 1, n.º 2. Mas vd. o documento do Parlamento Europeu, “Draft Report...”, *cit.*, p. 16, onde a ideia não parece receber acolhimento. De resto, vd. em geral aquela Recomendação, que, como já se referiu, visa promover a uniformidade na utilização de certos conceitos, nomeadamente o de elegibilidade para apoio judiciário – sem que todavia tenha força vinculativa.

⁹⁷ Cf. *supra*, a n. 90.

Os direitos de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar durante a mesma com terceiros e com as autoridades consulares são já consagrados no ordenamento jurídico português, mas poderá ser necessária uma pontual modificação relativamente ao direito de informar um terceiro da privação de liberdade: o poder, de que o Ministério Público português dispõe, de, em casos de terrorismo ou de criminalidade violenta ou altamente organizada, determinar que o detido não comunique com ninguém senão o defensor antes do primeiro interrogatório judicial poderá ter de ceder perante a previsão, na Directiva 2013/48/UE, de que aquele direito não pode ser derogado exclusivamente com base no tipo ou na gravidade da infração em causa.

Em tema de apoio judiciário, as regras propostas poderão vir a determinar a necessidade de introduzir no ordenamento jurídico português um apoio provisório incondicionado – *i.e.*, que é activado pela mera vontade do seu beneficiário –, em casos de privação de liberdade no contexto de um processo penal ou de execução de um MDE.

COMMENTARY TO THE

PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON PROVISIONAL LEGAL AID FOR SUSPECTS OR ACCUSED PERSONS DEPRIVED OF LIBERTY AND LEGAL AID IN EUROPEAN ARREST WARRANT PROCEEDINGS (COM(2013) 824 FINAL)

*Miguel João Costa**

Abstract

This paper focuses on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant (EAW) proceedings, released by the Commission in the end of 2013. The Proposal is, in its own words, “closely linked” to the (operating) Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in EAW proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty. For that reason, this text was required to cover the former – which in any case has not yet been transposed into the Portuguese legal system –, in as much detail.

* LLM (Faculty of Law of the University of Coimbra); Scholarship holder of the Foundation for Science and Technology (FCT); PhD candidate at the University of Maastricht.

After an introduction aimed at contextualizing the recent developments in the larger framework of the progressive European integration in criminal matters, the text assesses whether those instruments are actually an expression of the “shift of focus” that the European institutions claim to be in motion. Such assessment presupposes the analysis of their content, i.e., whether or not they improve the procedural standards already in force in the European area. Yet at the European level, and still in connection with the previous question, the issue of the status of those instruments in the light of the current legislative competences of the Union is briefly explored.

The text then shifts to the national level, an evaluation being provided of the possible impact – in its main features – of those instruments upon the Portuguese legal system.

A summary of conclusions is ultimately presented. There might be the need to introduce some modifications in the Portuguese legal system regarding: (i) the mandatory access to a lawyer in some procedural acts and moments, both in the context of domestic criminal proceedings and of the EAW; (ii) the right to communicate with a third party upon deprivation of liberty for suspects of terrorism, violent crime and highly organised crime; (iii) the right to unconditional provisional legal aid upon deprivation of liberty in the context of criminal proceedings and of the EAW.

Keywords: European criminal law; procedural rights; European arrest warrant; right of access to a lawyer; right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty; right to legal aid; Portugal

ÍNDICE

Introdução <i>Introduction</i>	7
--	---

PEDRO CAEIRO

Comentário à Proposta de directiva sobre a presunção de inocência e o direito de comparecer em tribunal em processo penal <i>Commentary to the Proposal for a Directive on the presumption of innocence and the right to be present at trial in criminal proceedings (Abstract)</i>	21
---	----

MARIA JOÃO ANTUNES / JOANA FERNANDES COSTA

Comentário à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal <i>Commentary to the Proposal for a Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings (Abstract)</i>	47
---	----

ANA RITA ALFAIATE (com a colaboração de HELENA MONIZ)

Comentário à Proposta de directiva sobre o apoio judiciário provisório para pessoas privadas de liberdade em processo penal e em execução de mandados de detenção europeu <i>Commentary to the Proposal for a Directive on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings (Abstract)</i>	61
--	----

MIGUEL JOÃO COSTA

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA

