

COMENTÁRIOS

Pedro Caeiro (org.)

Maria João Antunes | Joana Fernandes Costa

Ana Rita Alfaiaite | 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



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

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.



I
·
j

EDIÇÃO
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito 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
institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

Fotografia da capa
Micha

ISBN
978-989-8787-20-0

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 ALFAIADE (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

INSTITUTO ▲ IURIDICO

COMENTÁRIO À

**PROPOSTA DE DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E
DO CONSELHO RELATIVA AO APOIO JUDICIÁRIO PROVISÓ-
RIO PARA SUSPEITOS OU ARGUIDOS PRIVADOS DE LIBER-
DADE E AO APOIO JUDICIÁRIO EM PROCESSOS DE EXECU-
ÇÃO 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 Diretiva 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 Proteção 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 proteção 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 MACGUIL, “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 ái 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 *Symeou*, 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 Symeou’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 BOND / 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/1^a – CACDLG/2011), p. 5 ss., e sobre a Proposta relativa ao apoio judiciário (Ofício n.º 30/XII/1^a–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 judiciárias. 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.ºs 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 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 inequivocidade 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 noutras 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 (a.).

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 curso*⁷⁹⁻⁸⁰. 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.º 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), α.

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 derrogado 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 argui-

⁸⁵ Cf. *supra* a n.º 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, extraiendo 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).

do 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 precludirá qualquer juízo, ainda que apenas indicário, 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.

Refra-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 CO-PEN 237 CODEC 2931, 17-09-2014 (adiante “State of play”), em <www.ejustice.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.º 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 derrogado 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