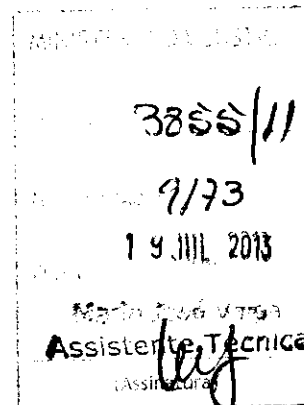




asjp

associação sindical
dos juizes portugueses



Exmo. Senhor
Chefe de Gabinete da
Ministra da Justiça
Dr. António Costa Moura
Ministério da Justiça
Praça do Comércio
1149-019 Lisboa

Lisboa, 18 de Julho de 2013

Assunto: Parecer – Alteração da Lei do Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu.

Junto tenho a honra de remeter a V.^a Ex.^a, o parecer elaborado pelo Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da ASJP (GEOT/ASJP), relativamente ao assunto acima referenciado.

Com os melhores cumprimentos,

José Mouraz Lopes
(Presidente da Direcção Nacional da ASJP)



associação sindical
dos juizes portugueses

PROPOSTA DE LEI QUE PROCEDE À PRIMEIRA ALTERAÇÃO À LEI N.º 65/2003, DE 23 DE AGOSTO, EM
CUMPRIMENTO DA DECISÃO-QUADRO 2009/299/JAI DO CONSELHO, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2009,
QUE ALTERA A DECISÃO-QUADRO 2002/584/JAI, DE 13 DE JUNHO
(REGIME JURÍDICO DO MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU)

PARECER

Joaquim Correia Gomes



Julho de 2013

1. Por ofício do Ministério da Justiça, recebido a 25/6/2013, a ASJP foi solicitada a dar parecer no âmbito da audição em processo legislativo, sobre uma proposta de lei que procede à primeira alteração à Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, em cumprimento da Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, que altera a Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de junho (regime jurídico do mandado de detenção europeu).

No preâmbulo justificativo faz-se alusão ao facto desta proposta de lei proceder à adaptação do direito interno à mencionada Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro, reforçando os direitos processuais e promovendo a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que respeita às decisões proferidas na ausência do arguido.

Refere-se, nesse mesmo preâmbulo, que a anterior Decisão Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados Membros da União Europeia permitia, na sua redação inicial, que a autoridade de execução exigisse à autoridade de emissão que fornecesse garantias consideradas suficientes assegurando à pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeia a possibilidade de, caso o julgamento tivesse decorrido na sua ausência, requerer um novo julgamento e nele estar presente. Mais se dizendo que a suficiência dessa garantia era questão a decidir pela autoridade de execução, pelo que se tornava difícil saber exatamente quando podia a execução ser recusada com fundamento na ausência do arguido do julgamento. Pelo que, nessa decorrência, se revela necessário aprovar alterações, passando a prever-se regras específicas comuns que fundamentam a recusa do reconhecimento e execução de uma decisão proferida na ausência do arguido.

Acrescenta-se ainda que se aproveita esta alteração para uma clarificação de alguns aspetos da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, nomeadamente no que se refere à

distribuição de competências entre autoridade de emissão e autoridade de execução, através de alterações específicas visando dotar de clareza este instrumento de reconhecimento mútuo.

2. A definição dos objectivos desta proposta de reforma legal não pode deixar de merecer por parte desta Associação Sindical dos Juizes Portugueses não só uma atenção especial como uma abordagem de cariz aprofundado, fruto da responsabilidade muito especial que cabe aqui aos representantes dos órgãos aplicadores da reforma. Não se deixará de desenvolver, a final, algumas conclusões e recomendações.

Abre-se agora a análise fundamentada dos problemas suscitados por esta proposta de alteração legislativa.

3. Antecedentes recentes e contextualização

O Tratado da União Europeia, tal como foi aprovado em Amesterdão em 1997, veio estabelecer, no âmbito do seu título VI respeitante à cooperação policial e judicial em matéria penal, que “será objectivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de liberdade, segurança e justiça” (artigo K.1) que passaria, neste preciso âmbito, por dois níveis distintos, um de carácter substantivo e outro com características procedimentais. O primeiro mediante uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros. O segundo através de uma cooperação estreita entre as autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados-Membros. E esta cooperação judicial visaria facilitar e acelerar os procedimentos inter-estaduais, com enfoque na tramitação dos processos e a execução das decisões (a), nas extradições (b), na compatibilização das diversas legislações nacionais, como instrumento de uma melhor cooperação (c), na prevenção dos conflitos entre os Estados-Membros (d), na implementação gradual de regras mínimas no que concerne a certo tipo de criminalidade (e) (artigo K.3).

A otimização e agilização dos mecanismos de cooperação judicial, passam essencialmente pelo princípio da confiança mútua, concebido como a pedra angular da cooperação judiciária da União, como de resto foi desde logo veiculado pelo Conselho Europeu de Tampere (1999), ao estabelecer os marcos para um verdadeiro espaço europeu de justiça. A respectiva estratégia passava, entre outras coisas, por um melhor acesso à justiça (α) e pelo reconhecimento mútuo e inter-estadual das decisões judiciais nacionais (β). A sua concretização teria duas direcções, as quais se entrecruzavam e que seriam: i) a eliminação do processo formal e tradicional de extradição em relação às pessoas condenadas, com sentença transitada em julgado, e fugidas à justiça (“fleeing from justice”)¹, o qual deveria ser substituído por uma simples transferência de pessoas, em conformidade com o artigo 6.º do TUE; ii) a consagração de procedimentos de extradição acelerados, mas naturalmente com a observância de um processo equitativo (§ 35 das Conclusões da Presidência do CE Tampere).

Foi neste contexto que surgiu a Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, que foi transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, que estabeleceu o regime jurídico do mandado de detenção europeu. Mediante esta disciplina jurídica da movimentação forçada das pessoas no âmbito da União Europeia, que abrange não só os seus cidadãos, mas também os estrangeiros aqui residentes, acaba-se por consagrar a outra face da moeda da liberdade de movimento dos cidadãos². O princípio âncora da cooperação judicial inter-estadual continua a ser o reconhecimento mútuo das respectivas decisões judiciais, baseada na confiança entre os Estados-Membros, mas agora a três níveis. O primeiro através da celeridade de comunicação e de execução, com prazos limite e procedimentos pro forma. O segundo, mediante o afastamento do controlo do princípio da dupla incriminação, através da indicação de uma lista de catálogo de

¹ Como se refere no texto em língua inglesa e não como sendo “pessoas julgadas à revelia”, como erradamente consta da tradução portuguesa divulgada em www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm.

² Mitsilegas, Valsamis, “The limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual”, *Yearbook of Law*, Vol. 31, n.º 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 319.

crimes que possibilita a execução automática das ordens de transferência. O terceiro corresponderia à limitação das possibilidades de recusa, enumerando-se os casos de recusa obrigatória e facultativa.

Desde então que a utilização do Mandado de Detenção Europeu (M.D.E.) tem consistido numa prática generalizada e profícua no âmbito da cooperação judicial da União, muito embora tivessem irrompido alguns obstáculos na sua implementação, dos quais, destacamos dois. Um deles surgiu com o reiterar do princípio da não extradição dos cidadãos nacionais, o qual é uma manifestação histórica dos deveres dos governantes para com os seus súbditos, bem como de perda de soberania, para além de revelar, na prática, uma certa desconfiança em relação aos sistemas judiciais estrangeiros³. Tal sucedeu com as decisões dos Tribunais Constitucionais da Polónia de 2005/Abr./27, Alemanha de 2005/Jul./18 e do Supremo Tribunal do Chipre de 2005/Nov./07, em virtude da falta de ajustamento do texto constitucional aos respectivos diplomas legislativos nacionais. O caso alemão foi de certo modo o mais caricato, porquanto ao mesmo tempo que os seus tribunais recusavam a extradição de cidadãos alemães, também solicitavam a execução de MDE de cidadãos nacionais de outros países aos respectivos Estados Nacionais. Este critério de duplicidade e de mera conveniência levou a que alguns Estados-Membros, como sucedeu com a Espanha e a Hungria, passassem igualmente a recusar a entrega, em cada um desses países, dos respectivos cidadãos nacionais, mas agora mediante a invocação do princípio da reciprocidade de tratamento. Foi assim e durante o período em que existiu essa denegação pelos tribunais alemães, o qual só foi ultrapassado em 2006, mais precisamente em 02 de Agosto, que ficou severamente vulnerabilizado o princípio da mútua confiança (Com (2007), 407 final)⁴. O outro obstáculo adveio da leitura que cada Estado-Membro, através das suas jurisdições nacionais, passou a fazer do conceito de julgamento *in absentia*, uma vez que esta ocorrência possibilitava uma

³ Marcos Francisco, Diana, *Orden Europea de Detención y Entrega – Especial referencia a sus principios rectores*, Valência, Tirant lo blanch, , 2008, p. 112.

⁴ Relatório da Comissão sobre a aplicação desde 2005 da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, de 2007/Jul./11.

autêntica suspensão da execução do Mandado de Detenção Europeu, até que o Estado requisitante concedesse as garantias previstas no artigo 5.º da Decisão-Quadro 2002/584/JAI – aí se preceituava que “A execução do mandado de detenção europeu pela autoridade judiciária de execução pode estar sujeita pelo direito do Estado-Membro de execução a uma das seguintes condições: 1. Quando o mandado de detenção europeu tiver sido emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança imposta por uma decisão proferida na ausência do arguido e se a pessoa em causa não tiver sido notificada pessoalmente ou de outro modo informada da data e local da audiência que determinou a decisão proferida na sua ausência, a entrega só pode efectuar-se se a autoridade judiciária de emissão fornecer garantias consideradas suficientes assegurando à pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu a possibilidade de interpor um recurso ou de requerer um novo julgamento no Estado-Membro de emissão e de estar presente no julgamento”. Tal sucedeu em vários países, sendo um dos exemplos dessa recusa, que originou perturbações nos relacionamentos inter-estaduais de cooperação judicial o decidido na Holanda pelo Tribunal de Amsterdão em 2006/Abr./06, no caso Van der Woude, respeitante a um crime de tráfico de estupefacientes na sequência de um pedido das autoridades judiciais da Bélgica. Também será de referir a original decisão de Janeiro de 2007 do Tribunal Supremo da Irlanda, no caso Ciaran Tobin, respeitante a um MDE expedido pelas autoridades da Hungria relativamente a um cidadão irlandês, que tinha sido condenado a 3 anos de prisão por um crime de homicídio negligente, por ter morto 2 crianças, quando conduzia um veículo automóvel. Esse cidadão irlandês tinha-se ausentado da Hungria, onde as autoridades confiscaram o seu passaporte, com o argumento de que iria ao casamento da sua irmã, o que foi autorizado, muito embora não tenha posteriormente regressado. Por esta razão o Tribunal Supremo Irlandês considerou que a sua saída foi legal, representando um simples “leave” e não um autêntico “flee”. Mas estas inconsistências não se ficam por aqui, pois muito recentemente no Reino Unido, quando se dava conta do exercício da acção penal por magistrados e da possibilidade de existirem período de privações de liberdade provisórias, como uma forma inadmissível de pressão sobre os suspeitos, enaltecendo-

se o “well-established British legal understanding of na individual being innocent until proven guilty”, quando no caso Hugo Quintas, um cidadão português detido em Espanha a 21 de Junho de 2005, foi entregue ao Reino Unido logo passados 7 dias, tendo sido posteriormente condenado numa pena de prisão perpétuas.

No entanto através da Decisão-Quadro 2009/299/JHA, de 26 de Fevereiro houve a necessidade de preservar os direitos fundamentais do arguido, como seja o de assegurar a sua presença na audiência de julgamento.

4. Os julgamentos *in absentia*

4.1 As fontes normativas internacionais e o posicionamento dos tribunais europeus

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966) estabelece no seu artigo 14.º, n.º 3, alínea d) que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: A estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar”.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (C.E.D.H, 1950), ao estabelecer o direito a um processo justo e equitativo, enunciou no seu artigo 6.º, que “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial ...” (n.º 1), salvaguardando-se que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (n.º 2). Mas acrescentou neste artigo 6.º, n.º 3, mediante a densificação desse direito a processo justo e equitativo, um “catálogo mínimo de direitos”, ao estipular, entre outras circunstâncias, que “O acusado, tem no mínimo, os seguintes direitos: Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;” (b), “Defender-se a si próprio ou ter a

⁵ No primeiro caso veja-se Nick de Bois MP, Report on the European Arrest Warrant, de 27 de Janeiro de 2011, apresentado na House of Commons, p. 617 e no segundo caso Jimeno Bulnes, Mar, “Régimen y Experiencia Práctica de la Orden de Detención Europea”, in *Justicia versus Seguridad en el espacio judicial europeo – Orden de detención europea y garantías procesales*, Jimeno Bulnes, Mar (Coordinadora), Valência, Tirant lo blanch, 2011, p. 160, nota 150.

assistência de um defensor da sua escolha” (c), “Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação ...” (d), “Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo” (e). Daqui decorre que o direito de presença do arguido na audiência de julgamento é uma das dimensões essenciais da existência de um processo justo e equitativo (Ac.TEDH Colozza v. Itália, de 1985/Fev./12; Belziuk v. Polónia, de 1998/Mar./25, acessíveis, assim como os demais acórdãos do TEDH, em www.echr.coe.int/echr/).

A jurisprudência do TEDH muito embora não considere que esse direito de presença do arguido na audiência tenha um carácter absoluto, o certo é que confere aos julgamentos in absentia um carácter de excepcionalidade (Ac. TEDH Sejdovic v. Itália, de 2004/Nov./10 e em Plenário em 2006/Mar./01). Assim, só será de admitir essas situações desde que, entre outras, venha posteriormente a ser assegurado um novo julgamento com a sua audição (Ac.TEDH Colozza v. Itália, de 1985/Fev./12; Poitrimol v. França de 1993/Nov/23) ou quando o acusado, tendo conhecimento do respectivo processo, tenha de livre vontade renunciado a esse direito, de forma expressa ou implícita, designadamente quando se pretende subtrair ao mesmo (Ac. TEDH Pfeifer e Plank v. Áustria de 1992/Fev/25; Kwiatkowska v. Itália, de 2000/Nov./30; Sejdovic v. Itália, de 2006/Mar./01). Mas essa renúncia tem que ser inequívoca, devendo ficar razoavelmente demonstrado os propósitos contumazes do acusado, bem como que este estava plenamente ciente das consequências cominatórias e procedimentais dessa sua ausência, o que implica estar informado dos efeitos dessa sua conduta relapsa de não comparecer na audiência de julgamento (Ac. TEDH Jones v. Reino Unido, 2003/Set./09; Ziliberberg v. Moldávia, 2005/Fev./01).

Estes posicionamentos levaram a que algumas legislações nacionais procedessem, no seguimento da Recomendação n.º R (2000) 2 do Comité de Ministros dirigida aos Estados membros relativa ao reexame e à reabertura dos processos, na sequência de acórdãos do TEDH, a “acertos” legislativos a nível interno. Tal sucedeu em Itália, com o seu Código de Processo Penal, de modo a compatibilizar o instituto da contumácia com

o processo justo e equitativos. Foi assim que surgiu o D.L. 21 febbraio 2005, n.º 17, convertido em Legge n.º 22 aprile 2005, n. 60, passando a disciplinar-se no artigo 175, n.º 2 daquele Código que “Se è stata pronunciata sentenza contumaciale o decreto di condanna, l'imputato è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre impugnazione od opposizione, salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. A tale fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica.”.

Aliás, este carácter excepcional dos julgamentos in absentia já tinha sido afirmado pela Resolução (75) 11, de 1975/Mai./21 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, posteriormente enfatizado pela Convenção Europeia para a Validação Internacional dos Julgamentos Criminais, aprovada em Haia a 28 de Maio de 1970, subscrita por Portugal em 1979/Mai./10, mas que até agora e inexplicavelmente ainda não foi ratificada. A mesma excepcionalidade foi reafirmada pela Comissão de Peritos do Comité Europeu para os Problemas Criminais, através do seu Relatório de 1998/Mar./03. Neste relatório afirmava-se que o direito a um julgamento leal (“fair trial”) deve ser sempre assegurado mesmo que o acusado não esteja presente, impondo-se para o efeito a verificação que ao mesmo tenha sido comunicado pessoal e atempadamente a realização da respectiva audiência de julgamento (i') ou então que o mesmo se tenha furtado a essa comunicação (i'') e, tanto naquela como nesta circunstância, seja manifestamente notório que o mesmo não pretende comparecer nessa audiência (ii).

E quando nos reportamos à sua assistência por advogado, está também em causa a eficácia da mesma, o que passa por uma defesa efectiva, tanto na sua preparação, como na realização da mesma, e não mediante uma defesa apenas aparente ou fictícia (Ac. TEDH Artico v. Itália, 1980Mai./13; Goddi v. Itália 1984/Abr./ 09, Daud v. Portugal, 1998/Abr./21; Bogumil v. Portugal de 2008/Out./07; Proposta de Decisão-Quadro do

⁶ TRAMONTANO, Luigi, *Il Codice de Procedura Penale Spiegato*, Piacenza, CELT, 2006, p. 364; Dália, Gaspare, “Il Processo Contumaciale”, *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano – Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, a cura di Luigi Kalb, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 479-484.

Conselho, de 28 de Abril de 2004, relativa a certos direitos processuais penais na União Europeia, Com (2004) 328 final, § 57 a 59). Tudo isto implica que o acusado esteja presente para se defender ou para fornecer ao seu defensor/advogado os elementos necessários para que haja uma verdadeira defesa.

O direito a um processo justo e leal, na dimensão da presença do arguido na audiência, não é uma característica a ter apenas em atenção no julgamento que se realiza na 1.ª instância, mas também ao nível dos tribunais de recurso, mormente quando estes pronunciam uma declaração de culpabilidade ou/e determinam um reacção penal, na sequência de uma absolvição que foi impugnada pela acusação. Assim, quando uma instância de recurso tem de conhecer, no seu conjunto, tanto da questão de culpabilidade, como de inocência, não pode passar, por razões de equidade do processo, sem a valoração directa das provas mediante a apresentação pessoal do acusado, o qual nega a prática dos respectivos factos, tanto em sede de julgamento, como em sede de impugnação recursiva (TEDH Ekbatani v. Suécia, de 1988/Mai./26, § 32; Constantinescu v. Roménia, 2000/Jun./27, § 55; Dondarini v. São Marino, de 2004/Jul./06, § 27; Igual Coll v. Espanha 2008/Mar./10; Bazo González v. Espanha, 2008/Dez./16; Marcos Barrios v. Espanha 2010/Set./21; García Hernández c. Espanha 2010/Nov./16; Almenara Alvarez v. Espanha, de 2011/Out./25, Lacadena Calero v. Espanha de 2011/Nov./22; Valbuena Redondo v. Espanha de 2011/Dez./11; Serrano Contreras v. Espanha, de 2012/Mar./20).

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE – 2007) também refere no seu artigo 47.º, § 2.º que “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa”. Este parágrafo tem por base o artigo 6.º, n.º 1 da CEDH, tal como foi referenciado no Relatório Explicativo dessa mesma Carta (JO C 303/17, de 2007/Dez./14), pelo que a linha de orientação seguida pelo TEDH tem aqui plena aplicabilidade.

O Tribunal de Justiça da União Europeia teve, no entanto, várias decisões sobre esta matéria da cooperação judicial, muito embora só aqui passemos a destacar três delas. A primeira, que foi dirigida ao Acordo de Schengen (1985), ocorreu nos casos Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge (C-187/01; C-385/01), de 2003/Fev./11, no sentido de que “O

princípio ne bis in idem, previsto no artigo 54.º da convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de Junho de 1990 em Schengen, aplica-se igualmente a procedimentos de extinção da acção penal, como os que estão em causa nos processos principais, pelos quais o Ministério Público de um Estado-Membro arquiva, sem intervenção de um órgão jurisdicional, o procedimento criminal instaurado nesse Estado, depois de o arguido ter satisfeito determinadas obrigações e, designadamente, ter pago determinada soma em dinheiro fixada pelo Ministério Público”⁷. A segunda, já a propósito da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, foi o caso *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05), de 2007/Mai./03, onde se aferiu da compatibilidade dessa Decisão-Quadro com o ordenamento jurídico básico da União Europeia. A propósito questionava-se se as decisões-quadro só podem ser implementadas para a aproximação das disposições dos Estados-Membros, aferindo-se da sua compatibilidade com o artigo 34.º, n.º 2, alínea b) do TUE (i), assim como se a admissibilidade da eliminação do controlo através do princípio da dupla incriminação, atento o preceituado no artigo 6.º, n.º 2 do TUE, não punha em causa os princípios da legalidade penal, da igualdade e da não discriminação aí consagrados. A decisão foi que “A análise das questões colocadas não revelou nenhum elemento susceptível de afectar a validade da Decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros”. Mais recentemente no caso *Melloni* (C-399/11) de 2013/Fev./26, que teve em atenção a reformulação conferida pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009 decidiu-se que “1) O artigo 4.º – A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-

⁷ A propósito do mérito desta decisão e o seu carácter inclusivamente histórico, pode ver-se Twaites, Nadine, “Mutual Trust in Criminal Matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of the Convention implementing the Schengen Agreement”, in *German Law Journal*, Vol. 04, n.º 03, pp. 253-262.

Membros, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que a autoridade judiciária de execução, nos casos indicados nessa disposição, subordine a execução de um mandado de detenção europeu emitido para fins da execução de uma pena à condição de a condenação proferida na ausência do arguido no julgamento poder ser revista no Estado-Membro de emissão. 2) O artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299, é compatível com as exigências que decorrem dos artigos 47.º e 48.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 3) O artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que não permite a um Estado-Membro subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar uma violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição”.

4.2 As fontes normativas nacionais e o posicionamento dos tribunais portugueses

A Constituição da República assegura no seu artigo 20.º, n.º 4 que “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Mais à frente no seu artigo 32.º, n.º 1 estabelece uma autêntica cláusula geral de garantias de defesa ao instituir que “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso” (i), especificando-se depois em que consistem as mesmas, encontrando-se aqui o quadro constitucional nuclear do processo penal. Uma delas é o direito de presença do arguido na audiência de julgamento (ii), tal como passou a constar no n.º 6 deste artigo 32.º (redacção dada pelo artigo 15.º da Lei Constitucional n.º 1/97), ao estabelecer-se que “A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento”.

Nesta conformidade, preservando-se o direito a um processo equitativo e salvaguardando-se tanto o conteúdo útil como necessário do direito à defesa, passou-se a regular a dispensa da presença do arguido, naquilo que vulgarmente se designa por julgamento *in absentia*. Para o efeito o Código de Processo Penal consagra

expressamente no seu artigo 61.º, n.º 1 um autêntico estatuto processual ao arguido, reconhecendo-lhe certos e precisos direitos de defesa. Assim, confere-lhe o direito a estar presente nos actos processuais que lhe dizem respeito (a), em ser ouvido pelo tribunal sempre que se possa tomar uma decisão que pessoalmente o afecte (b) e a ser assistido por defensor, com a qualidade de advogado, em todos os actos processuais em que participar (f), mormente na audiência de julgamento (332.º, n.º 1, na redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 320-C/2000, de 15/Dez). De resto cabe ao defensor exercer os direitos que a lei reconhece ao arguido (61.º a 67.º). Daqui podemos certamente assentar que o acusado tem o direito a estar presente nas fases em que se suscite o exercício da sua defesa, mormente para contradizer a prova sustentada pela acusação, questionando as mesmas ou apresentando outras provas, o que tanto pode acontecer no decurso do debate instrutório, como no âmbito da audiência de julgamento.

Tendo presente o mesmo estatuto jurídico-processual do arguido consagrado no Código de Processo Penal, podemos também constatar que o mesmo não tem apenas direitos (61.º, n.º 1), mas também específicos deveres processuais (61.º, n.º 3), estes, naturalmente, mais relacionados com a realização da justiça penal. Quanto a estes sobressai o “dever de comparência” perante as autoridades judiciárias (a) e a obrigação de “Prestar termo de identidade e residência” (TIR) (c). Mas a prestação de TIR gera igualmente um conjunto de deveres, alguns coincidentes com os assinalados no artigo 61.º, n.º 3, como o dever de comparência (61.º, n.º 3, al. a); 196.º, n.º 3, al. a)). Mas existem outros novos deveres, os quais surgem como complementares daqueles outros, como seja de não mudar de residência e de comunicar essa nova residência ou lugar onde possa ser encontrado (196.º, n.º 3, al. b)). Por sua vez, a prestação de TIR regula ainda um específico processo comunicacional entre arguido e tribunal, como seja a possibilidade de notificação por via postal simples (196.º, n.º 3, al. c)).

Perante este estatuto jurídico do arguido e tomando como referência os seus deveres específicos e complementares, sobressai um seu dever geral de diligência (Ac. TC 545/2006; 378/2003; 111/2007), não na perspectiva de um dever de colaboração, mas antes de dar funcionalidade àquele seu estatuto, que não é compatível com um

posicionamento de alheamento processual e muito menos de violação dos seus deveres processuais. Por isso é que o incumprimento de tais deveres por parte do arguido, legitima que passe a estar representado por defensor em todos os actos processuais a que deva ou tenha o direito de estar presente e a realização dos mesmos na sua ausência (196.º, n.º 3, al. d)), como seja a audiência de julgamento, mas neste caso nos termos do art. 333.º. A realização de audiência de julgamento sem a presença do arguido regulamentada no artigo 333.º cinge-se apenas a duas situações: i) uma por iniciativa do tribunal, em virtude de ausência voluntária do arguido, que tanto pode ser injustificada como justificada, por estar impossibilitado de comparecer (n.º 1); ii) outra por iniciativa e com o consentimento do arguido (n.º 4).

Os tribunais não têm, no entanto, aceite os casos de ausência forçada do arguido às audiências de julgamento, ainda que o mesmo tenha inicialmente prestado TIR e sido posteriormente expedida notificação para a sua residência dando-lhe conta das datas daquela audiência, em virtude de, nessas situações, não ocorrer qualquer falta relevante de diligência da sua parte. Tal sucede “No caso de o arguido se encontrar preso e sendo essa situação do conhecimento do Tribunal, ..., sendo irregular qualquer comunicação efectuada para uma das residências indicadas no TIR, enquanto perdurar essa prisão” (Ac. TRPorto 2007/Jan./01, www.dgsi.pt) ou então se “... o arguido se encontrar preso, depois de ter sido notificado da data da audiência de julgamento, sendo por essa razão que não comparece a esta” (Ac. TRPorto de 2009/Out./21, www.dgsi.pt ou em www.colectaneadejurisprudencia.com). O mesmo se passa, quando o arguido for um cidadão estrangeiro, não resultando que o mesmo seja conhecedor da língua portuguesa e não lhe tenha sido nomeado intérprete para lhe dar conhecimento do conteúdo do TIR por si prestado. Desconhecendo o teor do TIR esse arguido de nacionalidade estrangeira, por sinal um cidadão marroquino, ficaria igualmente a desconhecer os deveres que impenderiam sobre si e a possibilidade do respectivo julgamento vir a realizar-se na sua ausência (Ac. TRPorto de 2012/Mai./16, em www.dgsi.pt). Também se verifica uma nulidade insanável quando se realiza uma audiência de julgamento na ausência do arguido “sem que tenham sido tomadas todas

as medidas necessárias e legalmente admissíveis para obter a sua comparência, ou pelo menos para a tentar” (Ac. TRCoimbra de 2012/Jun./27, CJ III/330).

No caso de interposição de recurso, mormente quando se suscita o reexame da matéria de facto, de uma sentença absolutória que veio a ser revogada e substituída por outra condenatória nas Relações, coloca-se a questão da realização, em sede de recurso, da audiência de julgamento e na presença do arguido. E aqui temos dois sinais legislativos completamente distintos. Actualmente e como regra geral, só o recorrente é que pode requerer a audiência pública e neste caso não existe uma disposição expressa mediante a qual se possibilite a presença do arguido (411.º, n.º 5 C. P. Penal). Havendo recurso da acusação, seja pública ou particular, o arguido não poderá reclamar a realização de uma audiência em sede de recurso. Por outro lado, apenas no caso de renovação de prova, que só tem lugar quando se verificarem os vícios do artigo 410.º, n.º 2 do C. P. Penal, é que se realiza a audiência, sendo para a mesma convocado o arguido (430.º, n.º 2 e 3 C. P. Penal na redacção conferida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto). A propósito tem surgido o posicionamento, estribado no direito fundamental a um processo equitativo e numa interpretação extensiva destes últimos segmentos normativos, que, no caso de reexame da matéria de facto na sequência de uma sentença absolutória, possibilita a realização de uma audiência de julgamento, inclusivamente na presença do arguido, dando-se a este a possibilidade de assim o requerer (Ac. TR Porto de 2009/Dez./02; 2010/Abr./14 e 2010/Mai.26, em www.dgsi.pt). Nesta conformidade e seguindo a jurisprudência do TEDH, que exige a realização de uma audiência pública e na presença do arguido, tal como foi anteriormente referenciado, assim como o disposto no artigo 2.º, n.º 2 do Protocolo n.º 7 daquela Convenção, nada impede que, no reexame dos factos e ao concluir-se pela culpabilidade do arguido, a Relação, enquanto instância de recurso, não se limite a revogar a sentença absolutória da 1.ª instância, mas, assegurando o direito a um

processo equitativo e as exigência de eficiência na realização da justiça, desembargue a causa e profira a correspondente condenações.

A defesa do acusado deve ser igualmente efectiva e não aparente, como de resto é dever legal do defensor enquanto advogado (92.º, 93.º, 95.º, n.º 1, al. b) do E. O. A., Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro de 2005, alterada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro e pela Lei n.º 12/2010, de 25 de Junho). Tal implica que o arguido contacte com o seu defensor e vice-versa, sabendo aquele que tem defensor e este é o seu advogado.

5. As Decisões-Quadro, a necessidade da sua implementação e a proposta de lei

A Decisão-Quadro 2009/299/JHA, de 26 de Fevereiro, surgiu por iniciativa da Eslovénia, França, República Checa, Suécia, Eslováquia, Reino Unido e Alemanha de modo a preservar o direito do acusado a estar presente no decurso da audiência de julgamento, enquanto dimensão de um processo justo, muito embora não se veja esse direito de modo absoluto. A propósito constatou-se a insuficiência das restantes Decisões-Quadro aí assinaladas para obstar a situações em que a pessoa acusada não podia ser informada dos procedimentos que contra si estavam a ser tomados e podia vir a ser julgada na sua ausência. Nestes casos o princípio da confiança mútua exige que se estabeleça um conjunto mínimo de *standards* comuns, os quais devem ser igualmente claros, para possibilitar a recusa da execução do M. D. E. e ao mesmo tempo assegurar uma margem razoável de apreciação e de implementação ao legislador nacional. Tal Decisão-Quadro 2009/299/JAI não visou apenas alterar a referida Decisão-Quadro 2002/584/JAI (2.º), mas também as Decisões-Quadro 2005/214/JAI (3.º), 2006/783/JAI (4.º), 2008/909/JAI (5.º) e 2008/947/JAI (6.º), prossequindo reforço dos direitos processuais das pessoas e promovendo a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido. A data limite da sua implementação deveria, em regra, ocorrer

⁸ Sobre esta temática veja-se Correia Gomes, Joaquim, “As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na Relação – um itinerário com alguns equívocos”, na *Revista do Ministério Público*, n.º 121, Janeiro-Março de 2010, pp. 177 e ss.

até 28 de Março de 2011, muito embora esse calendário possa ser prolongado até 1 de Janeiro de 2014 (8.º). A propósito será de referir que a Lei n.º 88/2009, de 31/Agosto, já consagrou o regime jurídico da emissão e execução das decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime (Decisões-Quadro 2006/783/JAI e 2009/299/JAI) e a Lei n.º 93/2009, de 01/Set. aprovou o regime jurídico da emissão de decisões de aplicação de sanções pecuniárias (Decisões-Quadro 2005/214/JAI e 2009/299/JAI).

Nesta conformidade, somos de parecer que se reveste de toda a utilidade e necessidade a implementação da Decisão-Quadro 2009/299/JHA, reformulando-se a Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, estando a actual proposta legislativa em conformidade com estes propósitos, como de resto é patente no seu preâmbulo (i).

No entanto, sempre seria preferível optar-se por uma adequação uniforme, optando-se por uma revisão legislativa conjunta, integrando as demais Decisões-Quadro, sendo certo que umas já foram transpostas e outras ainda não, de modo a assegurar a harmonia e a unicidade das respectivas opções legislativas (ii).

Por último, sabido do posicionamento do TEDH, bem como da assinalada jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto, quanto à exigência de uma audiência pública e com a presença do arguido, no caso de existir a possibilidade da sua declaração de culpabilidade e condenação, na sequência do recurso de uma sentença absolutória, torna-se, no mínimo, incompreensível que ainda não se tenha revisto a respectiva disciplina dos recursos do Código de Processo Penal em conformidade (iii).

Lisboa, Julho de 2013