

**AS DIRETIVAS DE GARANTIAS PROCESSUAIS DA UNIÃO EUROPEIA,
EM ESPECIAL A DIRETIVA (UE) 2016/343 DO PARLAMENTO
EUROPEU E DO CONSELHO DE 9 DE MARÇO DE 2016, RELATIVA AO
REFORÇO DE CERTOS ASPETOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E
DO DIREITO DE COMPARECER EM JULGAMENTO EM PROCESSO
PENAL¹**

**THE EUROPEAN UNION PROCEDURAL SAFEGUARD DIRECTIVES, IN
PARTICULAR DIRECTIVE (EU) 2016/343 OF THE EUROPEAN
PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 9 OF MARCH, ON THE
STRENGTHENING OF CERTAIN ASPECTS OF THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE AND OF THE RIGHT TO BE PRESENT AT THE TRIAL IN
CRIMINAL PROCEEDINGS**

Alexandre AU-YONG OLIVEIRA

*Juiz de direito e docente do Centro de Estudos Judiciários (Portugal) de Direito
Penal e Processual Penal e de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria
Penal*

Resumen: Este artículo ofrece una visión general de las Directivas de la UE sobre garantías procesales y de los instrumentos legales de transposición en Portugal y España. Señala los objetivos comunes, los ámbitos y conceptos de las Directivas en el marco institucional y legal de la Unión Europea, subrayando el principio de reconocimiento mutuo y necesidades relacionadas para la armonización de las leyes nacionales. Trata algunas de las tensiones implícitas en la protección de los derechos fundamentales desde una perspectiva nacional, los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia. Tras ello se centra en el análisis en los aspectos más importantes de la Directiva (EU) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo, sobre fortalecimiento de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal. Se analizan: a) el ámbito objetivo y subjetivo de la Directiva; b) las garantías procesales mínimas relativas a los “juicios en ausencia” en comparación con la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención y Entrega; c) los efectos de la cláusula de no-regresión en el ámbito de esta Directiva.

Palavras chaves: Direito da União, garantias processuais, processo penal, presunção de inocência, privilégio contra a autoincriminação, julgamentos na ausência, cláusula de não regressão.

Abstract: This article gives a general overview of the EU procedural safeguard directives and of legal instruments of Portugal and Spain that transposed them. It points out common objectives, grounds and

¹ O presente texto foi elaborado na sequência de apresentação feita no Seminário Internacional “Garantias processuais dos suspeitos e acusados: novidades à luz das normas europeias”, organizado em conjunto pelo CEJ (Centro de Estudos Judiciários - Portugal), pelo Instituto de Estudos Europeos de La Universidad de Valladolid e pelo Centro de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). O Seminário realizou-se em Lisboa, nos dias 15 e 16 de novembro de 2018. A apresentação ora em causa ocorreu no dia 15 de novembro.

concepts of the Directives in the legal and institutional framework of the EU, underlining the principle of mutual recognition and related needs for the harmonization of domestic laws. It addresses some of the tensions implied in the protection of fundamental rights from a national perspective, the principles of primacy unity and effectiveness of EU Law, the European Convention on Human Rights, the case law of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice. It then concentrates its analysis on some important aspects of the Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 of March, on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. It analyses a) the objective and subjective scope of the Directive; b) the minimum procedural safeguards concerning trials “in absentia” when compared to the European Arrest Warrant Framework Decision; c) the effects of the non-regression clause in the scope of this Directive.

Keywords: Union Law, procedural safeguards, criminal procedure, presumption of innocence, privilege against self-incrimination, trials “in absentia”, non-regression clause.

Sumário: 1. As Diretivas de Garantias Processuais da UE. 2. Fins, fundamentos e noções comuns. 3. Alguns aspetos importantes da Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. 3.1. *Enquadramento.* 3.2. *Âmbito Objectivo.* 3.3. *Âmbito Subjectivo.* 3.4. *Julgamentos na ausência.* 3.5. *Cláusula de Não Regressão.* 4. Conclusões. 5. Notas bibliográficas.

1. As Diretivas de Garantias Processuais

Em 30 de novembro de 2009, com o fim de estabelecer um conjunto coerente de garantias processuais penais para a União, o Conselho da União Europeia adotou uma resolução sobre um roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais² (doravante, Roteiro).

Na concretização de tal Roteiro, foram emitidas, até à presente data, as seguintes diretivas:

- a) Diretiva 2010/64/UE de 20 de outubro de 2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito à interpretação e tradução;
- b) Diretiva 2012/13/UE de 22 de maio de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito à informação em processo penal;
- c) Diretiva 2013/48/UE de 22 de outubro de 2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares;
- d) Diretiva (UE) 2016/343 de 9 de março de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal;
- e) Diretiva (UE) 2016/800 de 11 de maio de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal; e

² Resolução do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais, in OJ C 295, 4.12.2009, acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32009G1204%2801%29>.

- f) Diretiva (UE) 2016/1919 de 26 de outubro de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus.

De recordar, ainda, que foram estabelecidos como prazos de transposição das diretivas de garantias processuais supra aludidas, conforme decorre das mesmas, as seguintes datas:

- i. Diretiva 2010/64 (direito a interpretação e tradução): 27 de outubro de 2013.
- ii. Diretiva 2012/13 (direito à informação e acesso aos autos): 2 de junho de 2014.
- iii. Diretiva 2013/48 (direito a advogado, de informar um terceiro aquando da privação de liberdade, e de comunicar com terceiros e com as autoridades consulares): 27 de novembro de 2016.
- iv. Diretiva 2016/343 (presunção de inocência e direito de comparecer em julgamento): 1 de abril de 2018.
- v. Diretiva 2016/800 (relativa a suspeitos ou arguidos menores): 11 de junho de 2019.
- vi. Diretiva 2016/1919 (direito a apoio judiciário): 25 de maio de 2019.

Quanto às três primeiras diretivas aludidas, cujos prazos de transposição já findaram, Portugal comunicou³ à Comissão que não eram necessárias quaisquer medidas de implementação adicionais para a respetiva ordem jurídica interna⁴.

Por seu turno, Espanha⁵ emitiu a “Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales”.

A tal acresce, em Espanha, a “Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, que procedeu à transposição da terceira diretiva em referência - Diretiva 2013/48. Este diploma modificou os artigos 118, 509, 520 e 527 e introduziu um novo artigo 520 na “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, destacando o regime de assistência do detido por advogado.

O ordenamento espanhol sofreu ainda alterações no âmbito da transposição da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014, através da “Ley 3/2018, de 11 de junio”, pelo qual se alterou a “Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación”. A Lei

³ Nesta matéria, conduzimo-nos pelas informações disponíveis no site <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=2&VisibleId=1>.

⁴ Quanto a insuficiências do ordenamento jurídico português relativamente aos direitos previstos na Diretiva 2012/13 (direito à informação e acesso aos autos), veja-se Oliveira, A. A. (2018).

⁵ Nesta matéria, conduzimo-nos igualmente pelas informações disponíveis no site <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=2&VisibleId=1>.

3/2018, ao modificar a Lei 23/2014, teve ainda em conta os direitos de detidos estabelecidos pela Diretiva 2013/48/UE, assim como os direitos reconhecidos pela Diretiva (UE) 2016/800.

Quanto à quarta diretiva acima referida (Diretiva 2016/343), cujo prazo de transposição findou recentemente, inexistente qualquer informação oficial acerca de comunicações de Portugal ou Espanha à Comissão sobre medidas de transposição concretas.

Como se sabe, quanto a diretivas cujos prazos de transposição já findou, em casos de falta de transposição ou de transposição insuficiente, estas poderão gozar do efeito indireto e direto⁶. Isto é tanto mais importante se tivermos em consideração que as diretivas de garantias processuais não se aplicam apenas a processos transfronteiriços⁷, antes preveem direitos processuais mínimos e transversais aos ordenamentos processuais penais de cada Estado-Membro da UE (doravante, EM) participante⁸. O instrumento mais utilizado em sede de direito da União, quando incidente sobre questões penais e processuais penais, era, até ao Tratado de Lisboa, a Decisão-Quadro⁹ (doravante, DQ). Ora, se à DQ era reconhecido o efeito indireto¹⁰, jamais poderia a mesma ter efeito direto¹¹.

2. Fins, fundamentos e noções comuns

O fundamento da emissão das diretivas ora em causa, no contexto do Mercado Único e correlacionado Espaço (único) de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ – cf. art.º 3.º/2 do TUE, Título V do TFUE, art. 7.º/6 da Constituição), resulta, essencialmente, do seguinte tecido normativo:

- A) Título VI da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE ou Carta), intitulado “Justiça”, que contém previsões expressas sobre direitos de defesa em processo penal;
- B) Art. 6.º do Tratado da União Europeia (doravante, TUE), segundo o qual:
 - 1) a Carta tem o “*mesmo valor jurídico*” que os Tratados;
 - 2) do Direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais, tal como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, CEDH) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

⁶ Para uma síntese do conteúdo destes efeitos, veja-se Oliveira, A. A. (2018): 123 a 127.

⁷ Neste sentido, Caeiro, P. (2015): p. 11; Mitsilegas, V. (2016): 171.

⁸ A Dinamarca não participou na adoção das diretivas de garantias processuais. O Reino Unido e a Irlanda apenas são participantes nas diretivas referenciadas em a) e b).

⁹ Recorde-se, a título de exemplo e entre muitos outros, para além da Decisão-Quadro do Mandado de Detenção Europeu ou DQME (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, alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JHA do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009), a Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas, ou a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda.

¹⁰ Acórdão TJUE de 16 de junho de 2005, Pupino, C-105/03.

¹¹ Veja-se o art. 34.º TUE (versão pré-Lisboa) e art. 10.º do Protocolo do TFUE (Tratado de Lisboa) Relativo às Disposições Transitórias.

Recorde-se, por seu turno, que o direito da UE em matéria processual penal desenvolve-se, fundamentalmente, através de duas técnicas legislativas distintas:

- 1) Instrumentos de reconhecimento mútuo: “... regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais” (art. 82.º/1/a TFUE), e
- 2) Instrumentos de harmonização: “... 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 diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas.” (art. 82.º/1/2 TFUE).

O princípio de reconhecimento mútuo constitui, como se sabe, a pedra angular da cooperação judiciária em matéria penal na UE¹², e os instrumentos que o concretizam (como, por exemplo, o Mandado de Detenção Europeu ou MDE) visam a execução de uma decisão judicial por uma autoridade judiciária de um EM (Estado de Execução), diverso do EM que emitiu essa decisão (Estado de Emissão), como se de uma decisão daquele se tratasse, o que obviamente implica um elevado grau de confiança mútua entre os Estados. Como enunciou já há alguns anos a Prof. Maria Fernanda Palma, “[o] princípio do reconhecimento mútuo baseia-se numa elevada confiança entre os Estados-membros, que assume como pressuposto uma semelhança fundamental dos sistemas jurídicos em matéria de direitos, liberdades e garantias fundamentais ou até mesmo uma harmonização das ordens jurídicas.”¹³.

É neste contexto, aliás, que se compreende a finalidade da harmonização das leis nacionais de cada EM e o estabelecimento de regras mínimas. Essas regras mínimas podem incidir sobre (art. 82.º/2 TFUE):

- a) a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros;
- b) os direitos individuais em processo penal;
- c) os direitos das vítimas da criminalidade;
- d) outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão¹⁴.

É claro que a adoção de regras mínimas não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível ainda mais elevado de proteção das pessoas.

Nesta sede de proteção das pessoas, ou seja, no plano dos direitos fundamentais, é de recordar ainda que todos os EM da UE são partes da CEDH e de alguns dos seus protocolos. Contudo, apesar do art. 6.º do TUE prever a adesão da UE à CEDH, até ao momento tal adesão ainda não ocorreu¹⁵. Uma das

¹² Cf. Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, acessíveis em: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm.

¹³ Palma, M. F. (2014): p. 14.

¹⁴ Para adotar essa decisão, atualmente, a partir do Tratado de Lisboa, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

¹⁵ Quanto a nós, o texto do primeiro período do art. 6.º/2 do TUE, na sua versão portuguesa, contém aqui um grave lapso de tradução, porquanto refere: “A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos

causas principais de tal falta de adesão é a oposição expressa pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE), em especial, pelos fundamentos constantes do Parecer 2/2013, de 18-12-2014, relativo ao projeto revisto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia apresentado pela Comissão Europeia (doravante, Comissão)¹⁶.

Deve ser recordado aqui que resulta do art. 1.º do Protocolo n.º 8 da UE, relativo ao n.º 2 do art. 6.º do TFUE, respeitante à adesão da União à CEDH, que o acordo de adesão deve preservar as características próprias da União e do Direito da União, nomeadamente no que se refere:

a) às regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia;

b) aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.

A tal acresce, segundo o art. 2.º do mesmo Protocolo, que o acordo de adesão deve assegurar que a adesão da União não afete as suas competências nem as atribuições das suas instituições. Por seu turno, o segundo período do art. 6.º/2 do TFUE estabelece que a adesão não pode alterar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Em tal contexto normativo, o TJUE, recordando que o Protocolo tem o mesmo valor jurídico que os Tratados, sublinhou, no dito Parecer, que o Acordo de Adesão deve refletir a necessidade de preservar as características próprias da União e do direito da União e assegurar que a adesão não afete as competências da União, nem as atribuições das suas instituições, nem a situação dos Estados-Membros em relação à CEDH, nem tão-pouco o artigo 344.º TFUE (cf. § 161 e artigo 3.º do Protocolo n.º 8 UE).

Das características específicas do direito da UE, o TJUE sublinhou a respetiva autonomia e o princípio do primado deste relativamente ao direito dos EM (§ 166).

No que toca a estas características essenciais do direito da UE, pode ler-se no parágrafo 171 do Parecer: “a autonomia de que goza o direito da União relativamente aos direitos dos Estados-Membros e ao direito internacional impõe que a interpretação desses direitos fundamentais seja assegurada no quadro da estrutura e dos objetivos da União”.

O TJUE realça de seguida que “a realização do processo de integração... é a razão de ser da própria União”. Ora, este objetivo pressupõe, de acordo com o TJUE, “um sistema jurisdicional destinado a assegurar a coerência e a unidade na interpretação do direito da União” obtido, conforme os Tratados, pelo mecanismo

Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, dando assim a impressão que a UE aderiu à CEDH através do próprio TUE. Bem mais condizente com a realidade são as versões inglesa ou espanhola. Nesta última pode ler-se: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.”. Na versão inglesa, por sua vez, lê-se: “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.”

¹⁶ Parecer acessível em:

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd2da9bfa292db4da988afb961242593f9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=668013

previsto no art. 267.º do TFUE, ou seja, pela via do reenvio prejudicial que permite um “diálogo” entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, com o objetivo de assegurar a unidade de interpretação do direito da União (§ 176).

Tendo em conta tais considerações, o Parecer do TJUE observou que, apesar dos direitos fundamentais, tal como garantidos pela CEDH, fazerem parte do direito da União, enquanto princípios gerais (não constituindo a CEDH, um instrumento jurídico formalmente integrado na ordem jurídica da UE), em harmonia com o Acordo de Adesão então em discussão, a UE, como qualquer outra Parte Contratante, estaria sujeita a uma fiscalização externa, que teria por objeto o respeito dos direitos e das liberdades que a União se comprometeria a observar em conformidade com o artigo 1.º da CEDH. Neste contexto, a União e as suas instituições, incluindo o Tribunal de Justiça, ficariam sujeitos aos mecanismos de fiscalização previstos nesta Convenção e, em especial, às decisões e acórdãos do TEDH (§ 179 a 181).

Ora, tal solução violaria claramente, na opinião do TJUE, o art. 344.º do TFUE e a competência exclusiva que este deve ter na interpretação definitiva do direito da União [§ 201 a 214]. Como afirma impressivamente o TJUE: “só uma exclusão expressa da competência do TEDH decorrente do artigo 33.º da CEDH para os litígios entre os Estados-Membros ou entre estes e a União, relativos à aplicação da CEDH no âmbito de aplicação material do direito da União, seria compatível com o artigo 344.º TFUE” (§ 213).

O TJUE realça, no Parecer que o art. 53.º da CEDH¹⁷ reserva, em substância, às Partes Contratantes a faculdade de prever padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais mais elevados do que os garantidos por esta Convenção, importando assegurar a coordenação entre esta disposição e o art. 53.º da CDFUE¹⁸, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, a fim de que a faculdade concedida aos Estados-Membros pelo artigo 53.º da CEDH permaneça limitada - no que se refere aos direitos reconhecidos pela Carta, correspondentes a direitos garantidos pela referida Convenção - ao necessário para evitar comprometer o nível de proteção previsto pela Carta, bem como o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

Mais realça o TJUE que o Acordo de Adesão, tal como então concebido, colocaria em causa o primado do direito da UE, fragilizando, em consequência, o princípio da confiança mútua entre EM, pressuposto essencial de um espaço sem fronteiras internas, tal como expresso, por exemplo, no conhecido caso Melloni (C-399/11). Recordou, nesta sede, o Tribunal que os EM podem ser obrigados, por força do direito da UE, a presumir o respeito dos direitos fundamentais por

¹⁷ O artigo 53.º da CEDH, sob a epígrafe “Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via”, dispõe o seguinte:

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

¹⁸ O artigo 53.º da CDFUE, sob a epígrafe “Nível de proteção”, dispõe o seguinte:

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

parte dos outros EM, não sendo possível a um EM exigir a outro EM um nível de proteção nacional dos direitos fundamentais mais elevado do que o assegurado pelo direito da União, nem tão-pouco - salvo em circunstâncias excecionais - verificar se esse outro Estado-Membro respeitou efetivamente, num caso concreto, os direitos fundamentais garantidos pela União (§ 191 e 192).

É importante termos em consideração estas relações entre o direito da UE, os direitos internos de cada EM e entre a CEDH, o TJUE e o TEDH, para melhor compreendermos alguns dos aspetos infra analisados relativos à Diretiva 2016/343, em especial no que concerne ao privilégio contra a não autoincriminação e o direito de comparecer em julgamento.

Todas as diretivas referidas têm em comum uma cláusula de não regressão, segundo a qual “[n]enhuma disposição da presente diretiva pode ser interpretada como uma limitação ou derrogação dos direitos e garantias processuais garantidos pela Carta, pela CEDH e por outras disposições aplicáveis do direito internacional ou pela lei de qualquer Estado-Membro que faculte um nível de proteção superior”. Segundo o Professor da Escola de Direito da Queen Mary University of London, Valsamis Mitsilegas, as cláusulas de não regressão referidas, ao estabelecerem que as disposições sobre garantias processuais na UE não podem ser interpretadas como limitações ou derrogações dos direitos e garantias processuais reconhecidos pela Carta, pela CEDH e por outras disposições aplicáveis do direito internacional, ou pela lei de qualquer Estado-Membro que faculte um nível de proteção superior, afastam o entendimento expresso no já referido caso Melloni. Ou seja, as cláusulas de não regressão constantes das diretivas de garantias processuais secundarizam os princípios da unidade, do primado e da efetividade do direito da União¹⁹. Analisaremos esta reivindicação (no sentido inglês de “*claim*”) em momento próprio.

Regressando às considerações gerais sobre as diretivas de garantias processuais, haverá ainda que ter em conta o princípio da “cooperação sincera” previsto no art. 4.º/3 da TUE, segundo o qual os tribunais nacionais estão vinculados à aplicação do direito da União. Neste âmbito, em caso de uma dúvida interpretativa (ou de validade), quando ainda existe a possibilidade de impugnação da decisão segundo a lei interna (e se inexistente jurisprudência anterior do TJUE já estabilizada sobre a questão), um tribunal nacional, em especial, de primeira instância, pode suscitar ao TJUE a resolução de uma questão prejudicial (art. 267.º, §2, TFUE e a chamada “margem de discricionariedade”). Por sua vez, um tribunal nacional deve suscitar a resolução de uma questão prejudicial ao TJUE, quando a decisão já não é suscetível de impugnação segundo a lei interna (art. 267.º, §3, TFUE), ou, logicamente, quando pretende fazer uma interpretação diversa de jurisprudência anterior do TJUE.

A acrescer a estes princípios fundamentais do direito da União, o TJUE, com vista a assegurar a respetiva interpretação uniforme e igualitária, tem constatado a existência de conceitos autónomos de direito da União, quando as mesmas não remetem expressamente para o direito nacional, para a determinação do seu conteúdo. Nesses casos, cabe ao TJUE determinar o respetivo conteúdo.

Sobre estes conceitos e respetivo desenvolvimento, veja-se, por exemplo, o Acórdão TJUE de 17-07-2008, Kozłowski, C-66/08, sobre o conceito de

¹⁹ Mitsilegas, V. (2016), 174.

“residente” para efeitos de recusa de execução de um MDE²⁰, o Acórdão TJUE de 14-11-2013, Baláz, C-60/12 sobre o conceito de “tribunal competente, nomeadamente em matéria penal” em sede de reconhecimento de uma sanção pecuniária²¹, ou o Acórdão TJUE de 24-05-2016, Dworzecki, C-108/16 sobre o conceito de “conhecimento do julgamento”²², em caso de condenação de arguido *in absentia*, como motivo de recusa de execução de MDE.

É difícil exagerar a importância destes conceitos autónomos, pois sem a homogeneização decorrente da respetiva determinação pelo TJUE, conceitos aparentemente tão simples como, por exemplo, “residente”, “tribunal competente em matéria penal” ou “conhecimento do julgamento”, poderiam assumir diferentes conteúdos segundo as leis internas de cada EM, frustrando, assim, a aplicação do direito da União.

No âmbito das diretivas, existirão outras noções que poderão considerar-se comuns às mesmas e ao direito da UE, por exemplo, os conceitos de suspeito, acusado e acusação.

Por sua vez, os próprios direitos previstos nas diretivas podem interligar-se, como por exemplo o direito ao silêncio, o direito a ser informado sobre os seus direitos e o direito a advogado, direitos estes previstos, portanto, em três diretivas diferentes. Neste contexto, é importante ter uma visão sistemática de todas as diretivas de garantias processuais, relacionando-as entre si, até para a determinação do conteúdo dos referidos conceitos de forma consistente e coerente.

Recorde-se, ademais, que sendo as garantias processuais transversais aos sistemas nacionais dos EM, não se limitando a casos transfronteiriços, o TJUE vê a respetiva jurisdição ampliada nestes novos domínios da legislação europeia (secundária).

Por último, é de lembrar que a intervenção do TJUE ocorre em momento anterior à decisão judicial nacional pertinente (em sede do reenvio prejudicial) e não, como ocorre em regra com o TEDH, em momento posterior.

²⁰ Recorde-se que, segundo o art. 4.º/6 da DQMDE, um Estado pode recusar a execução de um MDE, quando o visado for seu *residente* e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional.

²¹ Recorde-se que, para efeitos do reconhecimento mútuo de decisões judiciais que apliquem sanções pecuniárias, incluem-se, segundo o art. 1.º/a/ii-iv da DQ 2005/214/JAI, sanções que não tenham sido aplicadas por um tribunal, desde que a pessoa em causa tenha tido a possibilidade de ser julgada por um “tribunal competente, nomeadamente em matéria penal”.

²² Recorde-se que, segundo o art. 4.º-A/a/i da DQMDE, constitui também um motivo facultativo de recusa de execução de MDE o facto do visado não ter estado presente no julgamento e, além do mais, não ter sido atempadamente notificado pessoalmente, ou efetivamente recebido informação por outro meio oficial, da data e do local previstos para o julgamento, de uma forma que tenha deixado inequivocamente estabelecido que tinha conhecimento do julgamento previsto.

3. Alguns aspetos importantes da Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal

3.1. Enquadramento

É interessante notar que alguns EM não consagraram o princípio da presunção da inocência nas suas leis internas (por exemplo, Alemanha e Bélgica), tendo assim que o derivar de outros princípios constitucionais ou do art. 6.º/2 da CEDH²³. Também de recordar que o princípio também encontra consagração expressa no art. 48.º/1 da CDFUE.

É geralmente reconhecido que o princípio da presunção da inocência é uma opção jurídico-político derivada de uma conceção liberal de Estado, emergente do Iluminismo, com a função de proteger o indivíduo contra abusos de autoridade.

O princípio da presunção de inocência, no plano processual, pode manifestar-se de diferentes formas:

- a) como regra de tratamento do arguido;
- b) como regra de decisão, donde se derivam as regras do ónus da prova em processo penal e a regra *in dubio pro reo*.

Poder-se-ia dizer que a expressão ora descrita em a) tem origem continental e é baseada no conceito de dignidade humana e o inerente respeito pela autonomia da vontade do ser racional, com a conseqüente proibição do tratamento da Pessoa como objeto ou mero meio a um fim²⁴, ou seja, no caso do direito processual penal, um meio para a descoberta da verdade. A tal acresce, como regra derivada do mesmo princípio, a possibilidade que deve ser plenamente reconhecida ao arguido de se defender - querendo (livre e esclarecidamente) - de quaisquer imputações que diretamente lhe dizem respeito.

Já a segunda manifestação do princípio da presunção da inocência descrita em b) é oriunda do pensamento empírico-pragmático anglo-saxónico, criando regras de decisão claras.

Claro que o método empírico anglo-saxónico e o método dedutivo *a priori* continental coincidem em muitas das suas conclusões, como na regra de respeito à liberdade e autonomia do acusado. Apenas se salienta que tal respeito pode ser baseado em ensinamentos da experiência, por exemplo quanto à (não) fiabilidade da prova obtida por confissões com uso de tortura, ou deduzida *a priori* da natureza da Pessoa.

Na Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e

²³ Caterini, M. (2017): 106, nota 43.

²⁴ Como se sabe, o conceito moderno de dignidade humana é baseado nos ensinamentos de Immanuel Kant expressos na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, originalmente publicado em 1785. Em tal obra pode ler-se: “Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbitrio (e é objeto do respeito)” (Kant, I, 1995, 65).

do direito de comparecer em julgamento em processo penal (doravante, Diretiva 2016/343 ou simplesmente Diretiva) encontramos os reflexos de ambas as perspectivas, que fazem parte do nosso legado Europeu comum²⁵.

Como regra de tratamento do suspeito/arguido encontramos os preceitos relativos a referências em público à culpa (art. 4.º) e sobre a apresentação do suspeito ou do arguido (art. 5.º). Como manifestação do mesmo princípio do respeito pela autonomia da vontade da pessoa e da sua dignidade, encontramos ainda o direito ao silêncio do arguido e o direito deste de não se autoincriminar (art. 7.º). Podemos também enquadrar, na mesma perspectiva de regras de tratamento, o direito do arguido em comparecer em julgamento, para se poder defender em pessoa (art. 8.º) e o direito, verificadas certas circunstâncias, a um novo julgamento em caso de condenação *in absentia* (art. 9.º)

Por seu turno, encontramos, como manifestação da segunda perspectiva, a regra sobre o ónus da prova em processo penal, que recai sobre a acusação (daí poder relacionar-se também esta regra com o direito ao silêncio e o privilégio da não autoincriminação), e a regra do *in dubio pro reo* (art. 6.º).

Para uma eficaz tutela de todas estas manifestações do princípio, como não podia deixar de ser, a Diretiva prevê “vias de recurso” ou, em terminologia porventura mais rigorosa, *effective remedies* (art. 10.º).

3.2. *Âmbito Objectivo*

Enunciado o enquadramento e esquema geral da Diretiva 2016/343, e antes de analisarmos alguns direitos concretos previstos nesta, temos, ainda, de delimitar o âmbito objetivo de aplicação da Diretiva.

Neste âmbito é de recordar, desde logo, o teor do considerando n.º 11 da Diretiva: “A presente diretiva deverá aplicar-se apenas aos processos penais nos termos da interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado «Tribunal de Justiça»), sem prejuízo da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A presente diretiva não deverá ser aplicável aos processos cíveis e administrativos, incluindo os processos administrativos que possam resultar na imposição de sanções, tais como processos em matéria de concorrência, em matéria comercial, em matéria de serviços financeiros, de trânsito, em matéria fiscal ou de impostos adicionais, e aos inquéritos realizados pelas autoridades administrativas em relação a esses processos” (sublinhados nossos).

Esta limitação do escopo da Diretiva a “processos penais”, excluindo os referidos processos cíveis e administrativos, é importante porquanto a Diretiva em questão, conforme já aludido, vem consagrar expressamente o princípio da não autoincriminação em termos aparentemente próximos a jurisprudência do TEDH²⁶. Sublinhamos o termo “aparentemente” não sem objetivo. Com efeito,

²⁵ Legado comum ilustrado pela eloquente admissão de Kant que o ceticismo (empirista) de David Hume teve o efeito de o acordar do seu “sono dogmático” (Kant, I, 2008, 17).

²⁶ Jurisprudência esta citada pelos tribunais portugueses, por exemplo, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 461/11 e 340/2013 (acessíveis em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>), chegando a conclusões, num certo sentido, não inteiramente coincidentes com a mesma, se bem que aquela jurisprudência do TEDH não é, como veremos, isenta de ambiguidades.

veja-se como foi redigida a Diretiva neste ponto [art. 7.º/2/3 (com sublinhados nossos)]:

2. *Os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou o arguido têm o direito de não se autoincriminar.*

3. *O exercício do direito de não se autoincriminar não impede a recolha pelas autoridades competentes de elementos de prova que possam ser legitimamente obtidos através do exercício legal de poderes coercivos e cuja existência é independente da vontade do suspeito ou do arguido.*

Veja-se, por seu turno, o que nos diz o considerando 29 da Diretiva (com sublinhados nossos): “O exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova que, embora²⁷ possam ser licitamente obtidos junto do suspeito ou do arguido através do exercício de poderes legais coercivos e que existem independentemente da vontade do suspeito ou do arguido, por exemplo, os elementos recolhidos por força de um mandado, os elementos em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina, bem como de tecido humano para efeitos de testes de ADN.”

Recorde-se, ainda, o § 69 do caso Saunders vs. UK do TEDH (decisão de 17-12-1996, com sublinhados nossos), donde frequentemente se retiram parâmetros da relativização deste direito: “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will²⁸ of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.”²⁹

Ainda no âmbito do TEDH, recorde-se os casos Funke v. França (Acórdão de 25-02-1993), J.B. v. Suíça (Acórdão de 02-05-2001) e Shannon v. Reino Unido (Acórdão de 04-10-2005), onde o TEDH sustentou que a aplicação de

²⁷ Surpreendemos aqui, mais uma vez, um lapso na versão portuguesa da Diretiva, que introduz os termos que colocamos entre parêntesis de forma injustificada. Para demonstrar tal erro, veja-se, por exemplo, a versão espanhola: “El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no debe impedir a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN.”. Veja-se, ainda, a versão inglesa: “The exercise of the right not to incriminate oneself should not prevent the competent authorities from gathering evidence which may be lawfully obtained from the suspect or accused person through the use of legal powers of compulsion and which has an existence independent of the will of the suspect or accused person, such as material acquired pursuant to a warrant, material in respect of which there is a legal obligation of retention and production upon request, breath, blood or urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.”

²⁸ Os parâmetros enunciados neste famoso parágrafo, inclusive a referência à independência da vontade do suspeito, de imediato assumiram carácter controverso, como se denota do voto de vencido conjunto dos juízes Martens e Kuris.

²⁹ Acórdão acessível em:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22saunders%22%2C%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D%7D>

sanções à falta de colaboração de contribuintes na entrega de documentos ou na prestação de informações, sobre os quais já recaía a suspeita da prática de ilícitos criminais, violava o artigo 6.º da Convenção. No aludido caso *Saunders v. UK*, na mesma linha, decidiu-se que violava o mesmo artigo 6.º da Convenção, a utilização em processo penal de prova recolhida em investigação não judicial, mediante a colaboração do arguido, obtida sob coerção da aplicação de sanções, quando sobre ele já recaíam suspeitas da prática do crime pelo qual viria a ser acusado.

Ora, se compararmos estes enxertos e considerações, atendendo em especial que a Diretiva restringe o âmbito da sua aplicação a processos penais, afastando a sua aplicação a processos administrativos sancionatórios (tais como em matéria de concorrência, comercial, serviços financeiros e matéria fiscal e impostos adicionais, e aos próprios inquéritos administrativos preliminares), vemos como a Diretiva não pretende imiscuir-se em algumas das matérias onde o princípio da não autoincriminação dos suspeitos tem sido admitido na jurisprudência do TEDH de forma pouco clara.

Com efeito, por exemplo no aludido caso *J.B. v. Suíça* (Acórdão de 02-05-2001)³⁰, relativo a matéria fiscal e envolvendo um processo administrativo que teve em vista o apuramento dos impostos devidos por um suspeito de evasão fiscal, com a aplicação, inclusive, de impostos adicionais e multas pelas autoridades tributárias suíças, foi decidido pelo TEDH que o privilégio da não autoincriminação era aqui aplicável. Por outro lado, no mesmo caso - se bem que, quanto a nós, de forma ambígua -, o TEDH refere expressamente que não visava decidir se um Estado pode ou não obrigar um contribuinte a fornecer informações para o exclusivo propósito de assegurar a avaliação correta dos rendimentos tributáveis (v. § 63 do Acórdão), para depois considerar que as insistências por parte das autoridades tributárias suíças, no sentido do então visado fornecer informações sobre a fonte de determinados valores, violava o privilégio de não autoincriminação.

Ora, sobre a conclusão do TEDH expressa neste caso sempre se dirá que, se não partiu do pressuposto que um Estado não pode obrigar um contribuinte a fornecer informações tributárias, desconhecem-se as respetivas premissas. Este tipo de ambiguidades ocorre, quanto a nós, em alguns acórdãos do mesmo tribunal, nomeadamente no aludido caso *Funke*. Neste contexto e conforme resulta do próprio § 63 do Acórdão, não se pode retirar daqui uma regra geral nesta matéria.

Note-se, neste último ponto, por seu turno, como o considerando 29 da Diretiva sublinha a possibilidade de recolha de elementos de prova em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, referindo-se, assim, pelo menos a documentos que, por exemplo, o contribuinte é obrigado a manter durante certo período de tempo.

É ainda de recordar aqui que o problema da autoincriminação surgiu na jurisprudência da UE (no TJUE e, ulteriormente, no Tribunal Geral) ainda antes de ter começado a ser discutido no TEDH, relativamente a empresas e os respetivos poderes coercivos da Comissão na supervisão de Leis da Concorrência

³⁰ Acórdão acessível em:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22j.b.%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D>

da UE, no caso ORKEM (1989)³¹. Esta jurisprudência da UE foi mantida mesmo após decisões importantes do TEDH (e.g. casos Funke e Saunders) - veja-se, por exemplo, as decisões do TJUE no caso LVM NV (C-250/99 e apensos) ou no caso SGL Carbon (C-301/04). Por outras palavras, a jurisprudência da UE permite, de forma inequívoca, a requisição de documentos contra a vontade do destinatário (com a aplicação de sanções em casos de recusa) e admite exceções ao direito ao silêncio quanto a perguntas “factuais” por parte da Comissão, distinguindo estas de perguntas sobre a finalidade dos atos. Ora, a Diretiva não afetará esta jurisprudência, porquanto exclui do seu âmbito este tipo de processos.

Em suma, a referência na Diretiva a meios de prova que existem “independentemente da vontade” do arguido ou suspeito, se por um lado nos remete para o Acórdão de referência do TEDH (Saunders vs. UK), por outro descreve um privilégio de não autoincriminação com contornos algo diversos do que os encontrados na jurisprudência do TEDH, desde logo no que toca ao tipo de processos a que se aplica, sendo, por sua vez, mais clara quanto à extensão dos poderes coercivos do Estado na obtenção de documentos em processo penal em sentido estrito.

3.3. Âmbito Subjectivo

Para além da dita limitação da Diretiva a “processos penais”, a sua aplicação é ainda limitada, agora no plano subjetivo, a:

- a) pessoas singulares (art. 2.º e considerando 14 e 15); e
- b) pessoas suspeitas da prática de uma infração penal ou constituídas arguidas.

A Diretiva aplica-se, no entanto, a todas as fases do processo penal, a partir do momento em que uma pessoa é suspeita da prática de um ilícito penal ou é constituída arguida ou é suspeita ou acusada de ter cometido um alegado ilícito penal, até ser proferida uma decisão final sobre a prática do ilícito penal e essa decisão ter transitado em julgado.

3.4. Julgamentos na ausência

Aqui chegados, passemos à análise de um segundo ponto da Diretiva que consideramos muito importante, a dos julgamentos na ausência.

É de recordar aqui, desde logo, o teor do art. 8.º/2 da Diretiva:

Os Estados-Membros podem prever que um julgamento passível de resultar numa decisão sobre a culpa ou inocência de um suspeito ou de um arguido pode realizar-se na sua ausência, desde que:

- a) *o suspeito ou o arguido tenha atempadamente sido informado do julgamento e das consequências da não comparência; ou*
- b) *o suspeito ou o arguido, tendo sido informado do julgamento, se faça representar por um advogado mandatado, nomeado por si ou pelo Estado.*

³¹ Acórdão acessível em:
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=C-374/87>

Nesta sede é ainda de sublinhar o teor do considerando 36 da Diretiva (com sublinhados nossos), onde se esclarece o seguinte: “Informar o suspeito ou o arguido do julgamento deve ser entendido no sentido de o notificar pessoalmente ou lhe fornecer, por outros meios, informação oficial sobre a data e o local do julgamento, de modo a permitir-lhe tomar conhecimento do julgamento. Informar o suspeito ou o arguido das consequências da não comparência deverá ser entendido, nomeadamente, no sentido de os informar de que pode ser proferida uma decisão mesmo se não comparecerem ao julgamento.”.

Quanto à redação definitiva do citado art. 8.º/2 da Diretiva, esclarecido pelo referido considerando 36, há que notar, em primeiro lugar, que diverge da redação da proposta final da Diretiva apresentada pela Comissão³². Diverge, ainda, da redação de outros preceitos semelhantes do direito da União, em especial o art. 4.º -A/a-i DQMDE, segundo o qual se exclui a possibilidade de recusa de execução de um mandado de detenção europeu, se a pessoa julgada na ausência foi atempadamente (sublinhados nossos): “i) notificada pessoalmente e desse modo informada da data e do local previstos para o julgamento que conduziu à decisão, ou recebeu efetivamente por outros meios uma informação oficial da data e do local previstos para o julgamento, de uma forma que deixou inequivocamente estabelecido que tinha conhecimento do julgamento previsto...”.

Repare-se, interessantemente, nas diferenças entre o art. 8/2/a da Diretiva e o art. 4.º -A/a-i da DQMDE, em especial, quanto:

- a) à receção, pela pessoa, da informação oficial sobre o julgamento, ou seja, de modo a permitir-lhe tomar conhecimento do mesmo (cf. art. 8/2 e considerando 36 da Diretiva);
- b) à receção efetiva da informação oficial sobre o julgamento, de uma forma que deixou inequivocamente estabelecido que tinha conhecimento do julgamento previsto (cf. art. 4.º -A/a-i da DQMDE).

Estas diferenças não podem ser inócuas até porque a proposta da diretiva tinha uma redação, nestes pontos, idêntica ao citado preceito da DQMDE. Em consequência devemos concluir que a diferença entre a proposta e a redação final da Diretiva foi efetivamente querida pelo Legislador.

Perante as ditas diferenças, a DQMDE parece-nos, assim, ser mais exigente do que a Diretiva, pois exige que a pessoa tenha recebido informação oficial sobre o julgamento de forma efetiva, e que o conhecimento sobre o julgamento resulte inequívoco, qualificações estas que não estão presentes no texto da Diretiva, limitando-se esta a exigir que a pessoa tenha tido a possibilidade de tomar conhecimento do julgamento.

³² A proposta final apresentada pela Comissão tinha o seguinte teor:

Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de o tribunal competente decidir sobre a culpabilidade na ausência do suspeito ou arguido, desde que este:

a) Tenha sido atempadamente:

(i) notificado pessoalmente e desse modo informado da data e do local previstos para o julgamento, ou recebido efetivamente por outros meios uma informação oficial da data e do local previstos para o julgamento, de uma forma que deixou inequivocamente estabelecido que tinha conhecimento do julgamento previsto (...)

(texto integral acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52013PC0821>).

Neste ponto e no que toca ao direito português, as conhecidas penalistas e constitucionalistas portuguesas, Maria João Antunes e Joana Fernandes Costa, em comentário à proposta da Diretiva com redação equivalente ao citado art. 4.º -A/a-i DMDE, levantaram dúvidas sobre se o sistema de notificações por via postal simples, após prestação de termo de identidade e residência (doravante, TIR) por arguido, cumpriria os requisitos do direito da UE³³. Contudo, face à redação final da Diretiva não nos parece que tais dúvidas se levantem. Com efeito, entendemos que o sistema de notificações português, em princípio, não viola o processo equitativo e o direito da UE, porquanto o arguido, ao prestar TIR obrigatório³⁴, fica desde logo informado da obrigação de comunicar alterações à morada fornecida pelo mesmo, pelo que uma eventual falta de conhecimento do arguido sobre o julgamento designado, ocorrerá, em regra, utilizando uma expressão do TJUE, invariavelmente, por falta manifesta de diligência por parte do interessado³⁵. Esta conclusão está em harmonia com a já analisada redação final do art. 8/2/a da Diretiva e com a expressão do considerando 36 (“de modo a permitir-lhe tomar conhecimento do julgamento”).

Este ponto é tanto mais importante porquanto estabelece o art. 9.º da Diretiva que, quando o julgamento ocorra *in absentia* e as condições do art. 8.º/2 não se mostrem reunidas, deve ser concedido ao arguido a possibilidade de requerer um novo julgamento ou o acesso a outras vias de recurso que permitam a reapreciação do mérito da causa, incluindo a apreciação de novas provas. Contudo, no sistema português atual não estão consagrados tais institutos, pelo menos de forma direta. Note-se, no entanto, que a sentença do arguido julgado *in absentia* terá sempre que ser notificada pessoalmente ao arguido e ao Defensor (advogado), garantindo-se, deste modo, o efetivo poder de invocar-se uma nulidade insanável do julgamento (art. 119.º/c, do Código Penal Português), por exemplo, por vício na notificação por via simples não imputável ao arguido, implicando a repetição do julgamento³⁶. Nestes termos, pode concluir-se que no sistema português está

³³ Antunes, M. J. e Costa, J. F. (2015), p. 42.

³⁴ Cf. art. 196.º do Código de Processo Penal Português. Segundo este preceito, que prevê uma medida de coação aplicável a qualquer pessoa que seja constituída arguida em processo criminal, esta deve indicar uma residência, o local de trabalho ou outro domicílio à sua escolha, para ser notificada mediante via postal simples. A notificação via postal simples está regulada no art. 113.º/1/c/3/4 do mesmo diploma. Esta forma de notificação consiste, na sua essência, no depósito da carta do Tribunal por um funcionário dos Correios de Portugal (CTT), que emite uma declaração indicando a data e o local exato do depósito, declaração esta que é de imediato enviada ao Tribunal, considerando-se a notificação efetuada no 5.º dia posterior à data indicada na mesma. Esta forma de notificação pode levantar alguma controvérsia, por exemplo, quando inexistente um recetáculo para o depósito de cartas. A este propósito veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (Tribunal Superior Português de 2.ª Instância), de 5-7-2017, proc. n.º 706/12.1TAACB-A.C1 (disponível em www.dgsi.pt), que decidiu o seguinte: “Se o arguido viola o seu estatuto processual, mudando de residência indicada no TIR ou dando uma morada incorreta ou sem recetáculo, tornando impossível proceder ao depósito da carta, a notificação por via postal simples não deixa de se verificar”. Esta forma de notificação foi uma inovação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de Dezembro, que visou desbloquear os julgamentos nos tribunais criminais portugueses, dada a elevada frequência do insucesso nas notificações pessoais e os constantes e repetidos adiamentos de julgamento que daí decorriam. Esta forma de notificação não foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Português (Acórdão TC n.º 17/2010, de 12-1-2010).

³⁵ Acórdão TJUE de 24-05-2016, Dworzecki, C-108/16, § 51.

³⁶ Entendimento este expresso, por exemplo, no Acórdão de Tribunal da Relação de Guimarães de 18-12-2012, proc. 706/08.6GAFLG (disponível em www.dgsi.pt), que reconheceu a nulidade insanável por ausência de arguido ao julgamento, após este ter sido notificado por via postal simples dirigido para a sua residência, quando estava preso em estabelecimento prisional à ordem de um outro processo.

assegurado um “legal remedy”, para os casos onde o arguido não tiver comparecido no seu julgamento e as condições previstas no artigo 8.º/2 da Diretiva não tiverem sido reunidas.

3.5. Cláusula de Não Regressão

Aqui chegados, tal como prometido e para concluir a nossa análise, faltará avaliar a supra aludida afirmação do Prof. Valsamis Mitsilegas, no sentido de que a cláusula de não regressão, consagrada no art. 13.º da Diretiva, deve ser entendida como uma derrogação dos princípios fundamentais do direito da União, em concreto, a unidade, o primado e efetividade, essenciais para a respetiva autonomia, tornando inclusive inaplicável a jurisprudência expressa no caso Melloni.

Tendo presentes as considerações supra tecidas no âmbito do Parecer 2/2013 do TJUE, recordemos agora, antes de avançarmos, os traços mais relevantes do caso Melloni (Acórdão TJUE de 26/02/2013, C-399/11).

No caso Melloni estava em causa um pedido de execução de um MDE emitido pelas autoridades italianas. Por acórdão de 21 de junho de 2000, proferido pelo Tribunale di Ferrara (Itália), seguidamente confirmado por acórdão de 14 de março de 2003 da Corte d’appello di Bologna (Itália), o Sr. Melloni foi condenado sem ter estado presente no julgamento à pena de dez anos de prisão, como autor do crime de falência fraudulenta. Por decisão de 7 de junho de 2004, a Quinta Secção Penal da Corte Suprema di Cassazione (Itália) negou provimento ao recurso interposto pelos advogados de Sr. Melloni. Em 8 de junho de 2004, o Procurador-Geral da República na Corte d’appello di Bologna emitiu o mandado de detenção europeu n.º 271/2004, para execução da pena proferida pelo Tribunale di Ferrara.

Em 1 de agosto de 2008, na sequência da detenção de Sr. Melloni pela polícia espanhola, o Juzgado Central de Instrucción n.º 6 (Espanha), por despacho de 2 de agosto de 2008, decidiu remeter o mandado de detenção europeu n.º 271/2004 à Primeira Secção da Câmara Penal da Audiencia Nacional (Espanha). Por despacho de 12 de setembro de 2008, a Primeira Secção da Câmara Penal da Audiencia Nacional decidiu entregar o Sr. Melloni às autoridades italianas, para cumprimento da pena a que fora condenado pelo Tribunale di Ferrara, por autoria do crime de falência fraudulenta, considerando, por um lado, que não tinha sido provado, tal como o arguido então alegara, que os advogados por ele designados tivessem deixado de o representar a partir de 2001 e, por outro, que os direitos de defesa tinham sido respeitados, uma vez que (i) o arguido teve conhecimento do processo que ia ser instaurado, (ii) não compareceu, voluntariamente, no julgamento e (iii) designou dois advogados para o representar e defender, os quais, nessa qualidade, intervieram em primeira, segunda e terceira instâncias, esgotando assim as vias de recurso.

Nesta sequência, no âmbito do processo de execução do MDE, o Sr. Melloni interpôs junto do Tribunal Constitucional espanhol (doravante, TCE) um recurso de amparo (queixa constitucional), porquanto a lei processual italiana não previa a possibilidade de se interpor (novo) recurso das condenações proferidas na ausência do arguido no julgamento, alegando o Sr. Melloni que, conseqüentemente, a execução do MDE deveria eventualmente estar subordinada

à condição de a República Italiana garantir a possibilidade de ser interposto (novo) recurso do acórdão que o condenou.

No âmbito de tal recurso de amparo, interposto no decurso do processo de execução do aludido MDE, o TCE decidiu então suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, entre outras, a seguinte questão prejudicial: “(...) o artigo 53.º da Carta, interpretado de modo sistemático em conjugação com os direitos reconhecidos nos artigos 47.º e 48.º da Carta, permite que um Estado-Membro sujeite a entrega de uma pessoa que tenha sido condenada [sem ter estado presente no julgamento] à condição de essa condenação poder ser objeto de novo julgamento ou de recurso no Estado requerente, conferindo assim a esses direitos um nível de proteção mais elevado do que aquele que decorre do direito da União Europeia, a fim de evitar uma interpretação que limite ou lese um direito fundamental reconhecido pela Constituição desse Estado-Membro?” (terceira questão).

No âmbito das referidas questões prejudiciais, o TCE fez notar que, no seu acórdão 199/2009, de 28 de setembro³⁷, julgou procedente um «recurso de amparo», então interposto sobre um despacho que ordenou a entrega à Roménia de uma pessoa condenada, em execução de um MDE, para cumprimento de uma pena de quatro anos de prisão, proferida na ausência do arguido no julgamento, porquanto o MDE não mencionava a exigência de a condenação em questão poder ser revista. Em tal acórdão o TCE rejeitou, inclusive, a argumentação da Audiencia Nacional (tribunal espanhol competente para a execução do MDE), segundo a qual a condenação não foi verdadeiramente proferida na ausência do arguido, uma vez que o recorrente mandatou um advogado que compareceu em juízo como seu defensor particular e considerou, assim, que, tendo sido julgado na ausência, de acordo com o regime de direitos fundamentais derivado da Constituição Espanhola, a execução do MDE devia estar condicionada ao facto da condenação poder ser objeto de revisão.

Neste âmbito, contudo, o TJUE rejeitou uma interpretação do art. 53.º da CDFUE no sentido de autorizar a um EM a aplicação de um *standard* de tutela de direitos fundamentais, derivado do seu Direito Constitucional interno, mais protetor do que o derivado daquela Carta, quando tal implicasse a prioridade do direito interno sobre o direito da União, pois, nos dizeres do TJUE, tal interpretação “*do artigo 53.º da Carta viola o princípio do primado do direito da União, na medida em que permite a um Estado-Membro obstar à aplicação de atos do direito da União plenamente conformes à Carta, se não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado.*” (§ 58 do Acórdão Melloni).

Após esta descrição do caso Melloni, recordemos de novo a redação do art. 53.º da Carta, para o comparar diretamente com o art. 13.º da Diretiva (com sublinhados nossos):

ARTIGO 53.º (CDFUE)

Nível de proteção

*Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de **restringir ou lesar** os direitos do Homem e as*

³⁷ Acórdão acessível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/10/21/pdfs/BOE-A-2009-16767.pdf>. Este acórdão não foi isento de controvérsia, conforme se pode denotar dos dois votos de vencido.

*liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas **Constituições** dos Estados-Membros.*

ARTIGO 13.º (Diretiva)

Não regressão

*Nenhuma disposição da presente diretiva pode ser interpretada como uma **limitação ou derrogação** dos direitos e garantias processuais garantidos pela Carta, pela CEDH e por outras disposições aplicáveis do direito internacional ou pela **lei** de qualquer Estado-Membro que faculte um nível de proteção superior.*

Ora, diante destas duas proposições jurídicas, cremos que não existe diferença substancial nos respetivos conteúdos. Os termos “restringir ou lesar” são equivalentes, em substância, aos termos “limitação ou derrogação”, porquanto implicam sempre um limite inultrapassável do Direito perante os valores já consagrados e reconhecidos pelo Sistema. Por seu turno o termo “lei” está implicado no termo “Constituições”, pois aquele deve estar, como se sabe, em conformidade com estas. Aliás, qualquer Constituição é obviamente superior à lei na hierarquia jurídica.

Por seu turno, como vimos, a Diretiva, pelo menos no que toca ao direito de comparecer em julgamento é, até, menos garantístico que a DQMDE.

Note-se, por último, que a CDFUE integra direito do União primário e as diretivas de garantias processuais constituem direito secundário, que deve estar juridicamente submetido àquele.

Defender-se, assim, que a cláusula de não regressão contém em si uma espécie de “revolução” do direito da União, implicando a derrogação dos seus princípios fundamentais, tais como a unidade, o primado e efetividade, não nos parece sustentável, pelo menos no que a esta Diretiva concerne e na sua relação com o caso Melloni.

4. Conclusões

Conforme se denota do presente estudo, as diretivas de garantias processuais devem ser perspectivadas em conjunto e, inclusive, com outras diretivas e o direito da União no seu todo.

As diretivas de garantias processuais apenas estabelecem regras mínimas.

Apesar do art. 6.º/3 do TUE reconhecer, como princípios gerais, os direitos fundamentais garantidos pela CEDH, de acordo com o Parecer 2/2013 do TJUE e dada a falta de adesão da União Europeia àquele Convenção, aquele tribunal não está sujeito à fiscalização externa por parte do TEDH, no que concerne à aplicação do direito da União, salientando-se, quanto a este, a sua autonomia e os princípios da unidade, primado e efetividade.

A aplicabilidade das garantias processuais previstas na Diretiva 2016/343 está limitada quer em termos objetivos (a processos penais em sentido estrito) quer em termos subjetivos (a pessoas singulares). Assim sendo, o privilégio da não autoincriminação expressamente consagrado no art. 7.º/2/3 da Diretiva tem um

âmbito de aplicabilidade algo reduzido. Tendo em conta estas limitações, cremos que inexistirão neste ponto conflitos entre o TJUE e o TEDH baseados na Diretiva aqui analisada, diferentemente do que poderia parecer numa primeira impressão.

O direito de comparecer em julgamento está construído na Diretiva com uma tutela menos exigente do que na Proposta da Diretiva apresentada pela Comissão e do que na DQMDE, em especial no que concerne ao modo de informar o acusado do julgamento.

Em suma, parece-nos difícil sustentar que a cláusula de não regressão prevista na Diretiva derroga os princípios da unidade, primado e efetividade do direito da União, tal como expressos no caso Melloni.

5. Notas bibliográficas

- Antunes, M. J. e Costa, J. F. (2015): “Comentário à 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 Julgamento (COM(2013) 821 FINAL)”. In Caeiro, P. (org.), *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*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 21-46.
- Caeiro, P. (2015): “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma Constituição de direitos)”. In *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*. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 7-18.
- Caterini, M. (2017): “The Presumption of Innocence in Europe: Developments in Substantive Criminal Law”. *Beijing Law Review*, 8, 100-140.
- Kant, I. (1995): *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (Paulo Quintela trad.). Porto Editora.
- Kant, I. (2008): *Prolegómenos a Toda a Metafísica Futura* (Artur Morão trad.). Edições 70.
- Mendes (coord.), Ramos, V. C. (colab.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Coimbra Editora, pp. 11-20.
- Mitsilegas, V. (2016): *EU Criminal Law after Lisbon*. Hart Publishing.
- Oliveira, A. A. (2018): “As Diretivas de Garantias Processuais da União Europeia, em especial, a Diretiva 2012/13/EU relativa ao direito à informação (e acesso aos autos) em processo penal, perspetivada de acordo com o direito processual penal português”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, I, 119-150.
- Palma, M. F. (2014): “O Princípio do Reconhecimento Mútuo e o Reconhecimento de Sentenças e Decisões Judiciais na União Europeia”. In M. F. Palma, A. S. Dias, P. S.