

COLEÇÃO FORMAÇÃO



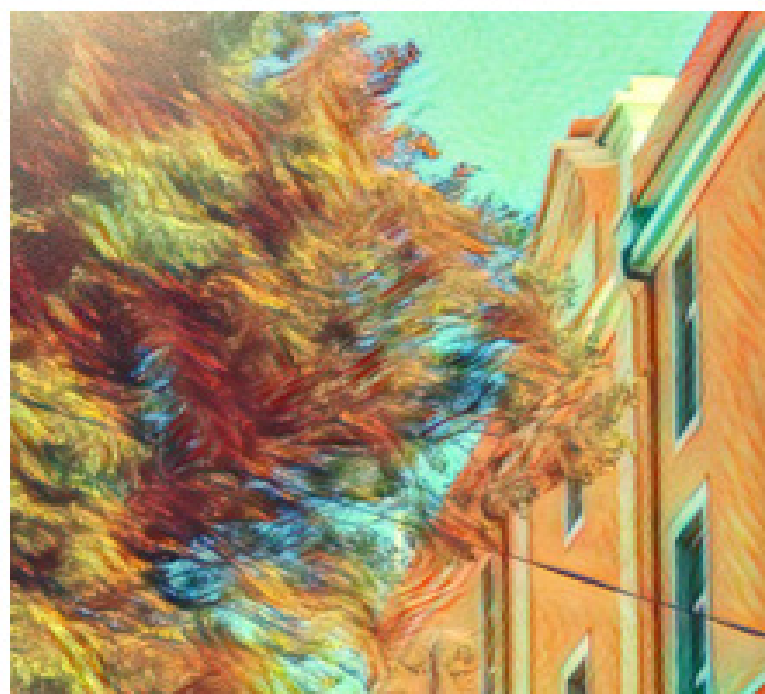
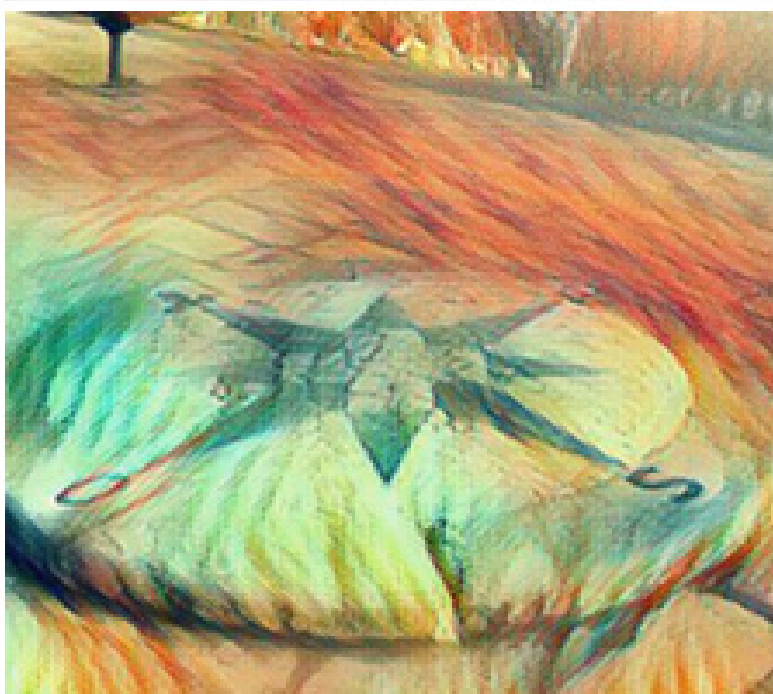
MINISTÉRIO PÚBLICO

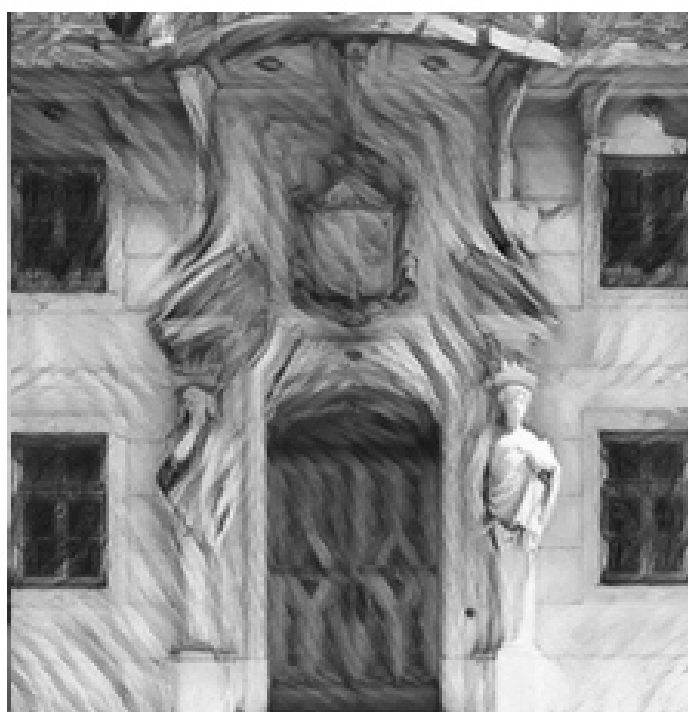
**MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU E PEDIDOS
DE APREENSÃO DE PRODUTOS DO CRIME
PARA EFEITOS DE FUTURA DECLARAÇÃO DE
PERDA DIRIGIDOS A PAÍSES DA UE**

TRABALHOS DO 2.º CICLO DO 32.º CURSO

OUTUBRO 2019

40 CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Diretor do CEJ: João Manuel da Silva Miguel, *Juiz Conselheiro*

Diretores Adjuntos:

Paulo Alexandre Pereira Guerra, *Juiz Desembargador*

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, *Procurador-Geral Adjunto*

Coordenador do Departamento de Formação:

Edgar Taborda Lopes, *Juiz Desembargador*

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais:

Helena Leitão, *Procuradora da República*

Grafismo: Ana Caçapo, *CEJ*

Fotos da capa: Edifício da Procuradoria Geral da República, Rosa dos ventos na PGR, Rosa dos ventos e pormenor da fachada do CEJ.



Apresentação

Dando continuidade à publicação da série de e-books da colecção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que compreendem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo, do 32.º Curso de Formação.

Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas no momento da publicação dos seus antecessores.

Sem embargo, não será de mais salientar que as fases designadas por 2.º Ciclo e Estágio, que se desenrolam num contexto puramente judiciário e que correspondem a dois terços de toda a formação inicial organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, constituem um tempo e um lugar onde se visa a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público.

Neste contexto, a par da formação pessoal (o saber e o saber-ser) é fundamental continuar a desenvolver nessas fases formativas a dimensão institucional, traduzida na aquisição e aperfeiçoamento de competências, cultura, ética e deontologia judiciárias (o saber-fazer e o saber-estar).

Os e-books que agora se publicam recolhem o conjunto dos trabalhos elaborados pelos auditores de justiça do Ministério Público em formação no 2.º ciclo para a denominada semana temática, enquanto componentes de um modelo de avaliação que pretendeu privilegiar fins formativos.

A centralização da actividade onde foram publicamente apresentados, a dinamização que nela imprimiram os seus promotores, e o bom acolhimento que a iniciativa teve por parte dos formandos, permitiu confirmar o seu significado e impacto efectivo na execução de uma estratégia pedagógica coerente.

A apresentação dos trabalhos temáticos serviu de teste à validação das competências práticas que foram sendo adquiridas na comarca junto dos formadores, ao mesmo tempo que se avaliaram competências de adequação e de aproveitamento quanto a todos os auditores, uma vez que a aludida apresentação ocorreu na mesma oportunidade, perante os mesmos avaliadores e perante os pares, que assim também beneficiaram de efectiva formação.

Tratou-se, pois, de uma excelente oportunidade para apreciar competências relativas a todos os parâmetros avaliativos, tanto no que se refere ao estrito aproveitamento como, também, à adequação.

Pelo trabalho escrito foi possível avaliar, entre outros, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis. Por seu turno, a apresentação oral permitiu fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.

A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou sobretudo nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se trabalhos com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

É inegável que alguns temas têm dificuldades associadas, mesmo na circunscrição de um objecto passível de tratar em espaço e tempo limitados. Essa foi também uma oportunidade de testar a capacidade de gestão da informação e mesmo da destreza na identificação e formulação das questões essenciais, o nível de abertura às soluções plausíveis, a autonomia e personalização e o sentido prático e objectividade. A opção do auditor, face ao tempo e espaço limitados de que dispõe, envolverá sempre riscos e a circunscrição do objecto do trabalho revelará a inteligência, o sentido prático, o grau de empenhamento individual e respectivo nível de iniciativa, de capacidade de indagação e de capacidade de gestão da informação.

Estes trabalhos não pretendem que, através deles, o futuro magistrado cultive a polémica, a retórica ou o academismo do direito sem experiência e sem aplicação. Trata-se de uma oportunidade para teorizar a prática, em consonância com a fase de formação de 2.º ciclo, fazendo com que a praxis se abra à pluralidade de contextos sociais, económicos, comunicacionais, político-legislativos, em atenção concomitante aos sentimentos e opiniões sociais que fazem apelo às ideias de Justiça, reclamando dos princípios e normas a capacidade de se adaptarem a esses contextos e às suas mutações.

Uma breve nota final descritiva da forma como se operacionalizou a elaboração destes trabalhos:

Na sequência de prévias reuniões dos coordenadores com o Director Adjunto, foram seleccionadas as temáticas que viriam a constituir o objecto dos trabalhos escritos.

Seguidamente foram difundidas aos auditores as seguintes orientações:

- a) Um tema para cada grupo de 4 auditores de justiça (sem possibilidade de repetição).
- b) Cada trabalho temático escrito seria individual, sujeito a avaliação.
- c) A escolha do tema e a constituição de cada grupo de auditores por tema decorreu de forma consensual entre os auditores de justiça.

d) Foi fixada uma data limite para o envio do trabalho escrito e do suporte da respectiva apresentação aos coordenadores regionais.

e) O trabalho escrito teve o limite de 30 páginas A4.

f) A apresentação oral teve lugar no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, em Junho de 2018.

g) Nas apresentações orais foram utilizados meios de apoio, designadamente, o recurso a data-show (suporte «powerpoint» ou «Prezi»).

h) Os auditores de justiça que trabalharam o mesmo tema, sempre na prossecução do conceito de trabalho em equipa, foram encarregados de se articularem entre si, empreendendo as diligências necessárias por forma a investirem, na oportunidade devida, numa apresentação oral que resultasse coordenada, lógica e sequencial, sem repetição de conteúdos e portanto operada num contexto de partilha de saber e de estudo e com observância do limite temporal fixado.

i) A comparência foi obrigatória para todos os auditores de justiça (incluindo nos dias que não estiveram reservados à respectiva intervenção).

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira

Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte

Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze

Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque

Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho

Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Mandado de detenção europeu e pedidos de apreensão de produtos do crime para efeitos de futura declaração de perda dirigidos a países da UE

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira (Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários)
Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte (Coordenador Regional Norte – Ministério Público)
Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze (Coordenadora Regional Centro – Ministério Público)
José Paulo Ribeiro de Albuquerque (Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público)
Olga Maria Caleira Coelho (Coordenadora Regional Sul – Ministério Público)

Intervenientes:

Sofia Dias da Silva *
Carla Elisabete Sousa Oliveira *
Rui Miguel de Jesus Baptista Passinhas Videira *
Ana Sofia Magalhães Rodrigues de Lemos Triunfante *

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ
Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ
Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

* Auditores/as de Justiça do 32.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

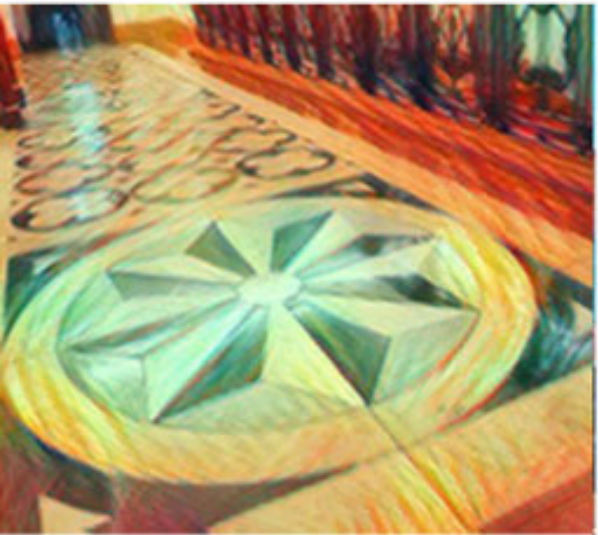
Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –18/10/2019	

Mandado de detenção europeu e pedidos de apreensão de produtos do crime para efeitos de futura declaração de perda dirigidos a países da UE

Índice

1. A emissão de mandado de detenção europeu e o princípio da proporcionalidade. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual	11
Sofia Dias da Silva	
2. Emissão de mandado de detenção europeu e o princípio da proporcionalidade	45
Carla Elisabete Sousa Oliveira	
3. Emissão de mandado de detenção europeu e princípio da proporcionalidade	75
Rui Miguel de Jesus Baptista Passinhas Videira	
4. Emissão e execução de pedidos de apreensão de produtos do crime para efeitos de futura declaração de perda dirigidos a países da UE	103
Ana Sofia Magalhães Rodrigues de Lemos Triunfante	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1.

A emissão de
mandado de detenção
europeu e o princípio
da proporcionalidade

Sofia Dias da Silva

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A EMISSÃO DE MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL.

Sofia Dias da Silva *

I. Introdução
II. Objectivos
III. Resumo
IV. Desenvolvimento
1. Enquadramento jurídico
1.1. Noção e efeitos
1.2. Âmbito e condições de aplicação
1.3. Princípio da proporcionalidade enquanto critério orientador da emissão do mandado de detenção europeu
2. Prática e gestão processual
2.1. Competência para a emissão de um mandado de detenção europeu
2.2. Conteúdo e forma do mandado de detenção europeu
2.3. Regras de transmissão do mandado de detenção europeu
2.4. Outras particulares na emissão do mandado de detenção europeu
2.4.1. Princípio da especialidade
2.4.2. Medidas provisórias
2.4.3. Privilégios e imunidades
2.4.4. Período de detenção
3. Modelos práticos
3.1. Fase de inquérito – despacho a ordenar a emissão de um mandado de detenção fora do flagrante delito, seguido de mandado de detenção europeu
3.2. Fase de julgamento – promoção de justificação para a não emissão do mandado de detenção europeu
V. Notas finais
VI. Referências bibliográficas

I. Introdução¹

Sem desacreditar o enorme sucesso decorrente da implementação do **mandado de detenção europeu**², o seu regime está longe de ser perfeito e a prática tem demonstrado a banalização

* Agradecimentos

Pelos contributos dados para o desenvolvimento da presente obra, um especial agradecimento a:

Exma. Sra. Dra. Sofia Gaspar, Procuradora-Adjunta no Juízo Local Criminal de Oeiras

Exma. Sra. Dra. Teresa Ramos, Procuradora-Adjunta na 4.ª Secção do DIAP de Sintra.

¹ Notas prévias: o presente trabalho não está escrito em conformidade com o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, no dia 16 de Novembro de 1990, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23 de Agosto, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República com o n.º 43/91, de 23 de Agosto, por se entender que o mesmo não está em vigor com carácter de obrigatoriedade.

Os diplomas legais indicados ao longo do presente trabalho foram consultados nas respectivas bases de dados, designadamente, em www.dre.pt, para a legislação portuguesa, e em www.eur-lex.europa, para o direito europeu. Os documentos hierárquicos citados foram consultados e podem ser acedidos em

<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/circulares>.

No que respeita às decisões jurisprudenciais mencionadas é sempre feita uma referência ao tribunal que as proferiu e à data do acórdão. Na falta de indicação complementar de fonte, as mesmas foram consultadas em www.dgsi.pt.

Todas as referências bibliográficas são citadas em nota de rodapé. Na bibliografia final constam as obras mencionadas ao longo do texto, encontrando-se ordenadas alfabeticamente de acordo com o nome dos autores e com menções bibliográficas completas.

² Doravante, por razões de comodidade e economia, designado abreviadamente por “MDE”.

da sua utilização no combate das chamadas “*bagatelas penais*”, com os respectivos impactos negativos na defesa dos direitos fundamentais.

A salvaguarda da proporcionalidade, entre os valores da liberdade e da segurança, com a ponderação concreta das circunstâncias do caso, será um critério fundamental que as autoridades judiciais nacionais deverão ter em conta aquando da emissão de um MDE, com vista a alcançar-se um justo e difícil equilíbrio entre os diferentes interesses em confronto.

II. Objectivos

O nosso estudo versa sobre um único grande objectivo: sem pretender ser demasiado exaustivo, visa, sobretudo, alertar os seus principais destinatários, os Magistrados do Ministério Público, para os principais efeitos práticos decorrentes da assunção do princípio da proporcionalidade como um critério orientador para a emissão de um MDE e as suas implicações ao nível da defesa dos direitos fundamentais, no âmbito do ordenamento jurídico português.

III. Resumo

Este ensaio encontra-se dividido em três partes, respectivamente dedicadas ao enquadramento jurídico do tema, às questões centrais relacionadas com a prática e gestão processual e, por fim, um último capítulo com exemplos práticos de algumas peças processuais.

IV. Desenvolvimento

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Noção e efeitos

O MDE é um instrumento privilegiado de cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia, imprescindível para o combate das novas formas de criminalidade grave, organizada e de feição transnacional. Substituiu o tradicional procedimento de extradição, baseado na cooperação intergovernamental, por um regime mais simplificado, menos moroso³ e menos complexo de entrega de pessoas (nomeadamente, nacionais⁴) entre autoridades judiciais quando estão em causa pedidos formulados ou dirigidos por Estados-Membros da União Europeia.

³ O Estado-Membro no qual a pessoa é detida tem de a entregar ao Estado-membro da emissão no prazo de 10 dias a contar da decisão definitiva de execução do mandado de detenção europeu, nos termos do artigo 29.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, devidamente conjugado com o artigo 26.º do mesmo diploma legal.

⁴ O que é admissível, por força do disposto no artigo 33.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

Originalmente criado pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI, do Conselho, de 13-06-2002⁵, este instrumento jurídico foi transposto para a nossa ordem jurídica através da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, que afastou as demais convenções internacionais aplicáveis em matéria de extradição nas relações entre Portugal e os demais Estados-Membros da União⁶.

Trata-se de uma *decisão judiciária*⁷, com força executiva, que tem por *finalidade* a detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou de cumprimento de pena ou de medida de segurança privativa da liberdade (artigo 1.º, n.º 1, da citada Lei n.º 65/2003) e que é executada com base no princípio de reconhecimento mútuo das decisões judiciárias (artigo 1.º, n.º 2, do mesmo diploma legal)⁸. Assim, com base nesta regra, se tal decisão for emitida por uma autoridade judiciária competente à luz do direito interno, ela terá um efeito pleno e directo em todo o território da União, estando vedado ao Estado-membro de execução sindicar as opções daquela autoridade, a quem cabe escolher os meios legais adequados à prossecução dos fins do processo, sem prejuízo do respeito pelos direitos fundamentais.

1.2. Âmbito e condições de aplicação

O MDE rege-se pelos *princípios* da confiança, da cooperação alargada, da celeridade, da proporcionalidade *lato sensu* e por um critério de suficiência.

Na medida em que se dirige a Estados que se norteiam pela recíproca observância de princípios e objectivos comuns, o Estado-membro de execução não deve precisar de mais informações para além das que constam do formulário pré-elaborado e só em casos excepcionais é que se podem impor entraves à sua execução.

No que concretamente diz respeito ao seu *âmbito material*, o MDE pode ser emitido

⁵ A Decisão-Quadro era um acto comunitário de direito derivado, que se restringia à matéria da cooperação policial e judicial em matéria penal, e foi extinta com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Esta figura jurídica tinha por finalidade a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, vinculando-os à obtenção de determinados resultados (objectivos de harmonização legislativa), deixando às autoridades nacionais a escolha da forma e dos meios de concretização dos fins pretendidos (cfr. artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do Tratado da União Europeia, na redacção existente à data do Tratado de Nice).

⁶ Mantendo-se, contudo, a sua aplicação nas relações com Estados terceiros (artigo 31.º, n.º 1, da citada Lei n.º 65/2003).

⁷ Cfr. o Acórdão da Quarta Secção do Tribunal de Justiça de 10-11-2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, disponível para consulta em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185246&pageIndex=0&doclang=PT&mode=st&dir=&occ=first&part=1&cid=1003793>.

⁸ O princípio de reconhecimento mútuo “é fundado na premissa de que os Estados-membros confiam mutuamente na qualidade dos seus procedimentos penais nacionais, facilitando, justificando mesmo uma cooperação alargada no combate ao crime que adquiriu uma dimensão nova: “expandiu-se, corporativizou-se e globalizou-se.” (RODRIGUES, Anabela Miranda, “Um sistema sancionatório penal para a União Europeia — entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização”, in *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 34). Para maiores desenvolvimentos, vd. TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *A Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Penal: O Espaço Ibérico em Particular*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 182-186; PALMA, Maria Fernanda Palma, “O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia”, in AA.VV., *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, [coord.] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 11-20.

- (i) *Para fins de procedimento penal*, por factos que sejam puníveis, pela lei do Estado-membro de emissão, com uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses (artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, da Lei n.º 65/2003), ou
- (ii) *Para fins de cumprimento de pena ou de uma medida de segurança*, contanto que a sanção aplicada tenha uma duração igual ou superior a 4 meses (artigo 2.º, n.º 1, 2.ª parte, da Lei n.º 65/2003).

Em qualquer um dos casos, porque a gravidade das infracções pode não ser territorialmente homogénea, exige-se a *dupla incriminação do facto*⁹ como pressuposto para a entrega da pessoa reclamada (artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 65/2003). Assim, a transferência só é admissível se os factos que justificam a emissão do mandado constituírem infracção punível pela lei do Estado-membro de execução, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação.

Todavia, nos casos taxativamente elencados no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003 não há controlo de dupla incriminação¹⁰. A entrega será sempre concedida quando, (iii) *para fins de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou de uma medida de segurança*, os factos, de acordo com a legislação do Estado-membro de emissão, constituam as infracções referidas nesse normativo¹¹ e desde que puníveis com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima igual ou superior a 3 anos.

1.3. O princípio da proporcionalidade enquanto critério orientador da emissão do mandado de detenção europeu

A Decisão-Quadro 2002/584/JAI (e, posteriormente, a Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, de 26-02-2009) não ficou indiferente à necessidade de um justo equilíbrio entre liberdade e segurança e consagrou a obrigação de os Estados-Membros respeitarem os direitos fundamentais e os princípios reconhecidos pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia e consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (considerandos 12 e 13 e artigo 1.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, conjugado com o artigo 52.º, n.º

⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vd.* COSTA, João Pedro Lopes Costa, “A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo”, in AA.VV., *Temas de Extradução e Entrega*, [coord.] Pedro Caeiro, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 89-95.

¹⁰ Cfr. ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Cooperação Judiciária e Princípios Constitucionais”, in AA.VV., *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, [coord.] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 33, que entende tratar-se de situações “*indiscutivelmente dignas de tutela penal*”.

¹¹ Entre outros, incluem-se os crimes de terrorismo, de tráfico (de seres humanos, de órgãos, de estupefacientes, de armas, de bens culturais, de substâncias hormonais de materiais nucleares e radioactivos de veículos roubados), de exploração sexual de crianças e pedopornografia, corrupção, crimes contra o ambiente, homicídio e ofensas corporais graves, rapto, sequestro, cibercriminalidade, falsificação (de moeda, de documentos administrativos e de meios de pagamento), branqueamento, roubo, violação, burla, extorsão e todos os crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional (cfr. artigo 5.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 17-07-1998, aprovado para ratificação através da Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 20-12-2001, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18-01-2002).

1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia)¹². O que fez para mitigar as graves consequências sobrevindas com a execução de um MDE, especialmente sobre a liberdade da pessoa procurada e as restrições à sua livre circulação¹³.

Todos têm direito à liberdade e à segurança¹⁴. A privação da liberdade, enquanto medida de *ultima ratio*, só se justifica quando outras medidas, menos severas, tenham sido consideradas e julgadas insuficientes para salvaguardar os interesses processuais em causa¹⁵. A *detenção*, traduzindo-se, embora, numa privação da liberdade (física) do indivíduo, é admissível sempre que se afigure adequada, necessária e proporcional¹⁶ à intensidade da restrição, à gravidade da conduta e ao fim pretendido¹⁷.

O desígnio da proibição do excesso transparece, desde logo, nos curtos prazos fixados artigo 28.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa e no artigo 254.º do Código de

¹² Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, in AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Vol. III*, IDPEE, FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 50, que destacou a “preocupação de equilíbrio entre salvaguarda das liberdades fundamentais e exigências de eficácia da administração da justiça penal europeia.”; e PEREIRA, Luís Silva, “Alguns aspectos da implementação do regime relativo ao Mandado de Detenção Europeu”, in Revista do Ministério Público, n.º 96, Ano 24, Lisboa, Outubro/Dezembro 2003, p. 60, para quem “não só se constata como limite de carácter geral à aplicação do mandado de detenção europeu referido no art. 1.º, n.º 3, da Decisão-Quadro, a menção da subordinação do respectivo regime dos direitos fundamentais e aos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo art. 6.º do Tratado da União Europeia, como não é menos certo que tais comandos têm assento constitucional – n.º 6 do art. 33.º – impondo-se desde logo por essa via à autoridade judiciária nacional”.

¹³ Vd. SILVEIRA, Alessandra, “Comentário ao artigo 52.º”, in AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, Maio, 2013, pp. 592-593, para quem “qualquer restrição ao exercício de direitos e liberdades reconhecidos pela Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve 1) ser prevista por lei; 2) respeitar o conteúdo essencial daqueles direitos; 3) respeitar o princípio da proporcionalidade; e 4) ser necessária à prossecução dos objectivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à protecção de direitos e liberdades de terceiros.”.

¹⁴ Cf. As disposições conjugadas do artigo 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do artigo 6.º da Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

¹⁵ Destaca-se, pelo seu interesse, o Acórdão proferido pela Grande Secção do Tribunal de Justiça, no dia 06-09-2016, C-182/15, *Aleksei Petruhhin*, ECLI:EU:C:2016:630, n.ºs 33, 34 e 36, disponível para consulta em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0182&qid=1521371379275&from=EN>, segundo o qual uma restrição à liberdade de circulação só pode ser justificada se se basear em considerações objectivas e se for proporcionada ao objectivo legitimamente prosseguido pelo direito nacional.

¹⁶ À luz dos princípios da tutela jurisdicional efectiva (cfr. artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa) e da responsabilidade das entidades públicas (cfr. artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa), os tribunais portugueses estão vinculados ao princípio da proporcionalidade, ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, o qual se desdobra em três subprincípios: o da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias são um meio idóneo à prossecução dos fins pretendidos), o da necessidade ou exigibilidade (as medidas restritivas são exigíveis, porque não existem outros meios menos restritivos para se alcançar as finalidades pretendidas) e o da racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* (as medidas a adoptar não são excessivas, nem desconformes aos concretos fins visados). Sugerem-se, para consulta, MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 323 e seguintes; MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, 2.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 302 e seguintes e 633 e seguintes. Com interesse, na jurisprudência, vd. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-12-2013 (Proc. N.º 962/09.2TBABF.E1.S2, em que foi Relator o Exmo. Senhor Juiz Conselheiro Dr. Martins de Sousa), onde se entendeu que o MDE não depende da admissibilidade de aplicação da medida de coacção de prisão preventiva ao arguido cuja detenção é solicitada, nem é sinónimo da sua aplicação, apenas visa apresentar o detido ao juiz competente que, procedendo à análise dos factos e respectivos pressupostos legais, depois de exercido o contraditório, decide qual ou quais as medidas de coacção adequadas e proporcionais ao caso concreto. Assim, “Traduzindo-se a emissão e execução do MDE na prática de um acto lícito, ordenado e executado de acordo com a lei ordinária e constitucional do nosso ordenamento jurídico, inexistente qualquer ilicitude no cumprimento daquele mandado, im procedendo a obrigação de indemnizar por parte do Estado Português, em termos de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito”.

¹⁷ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 330.

Processo Penal, bem como no regime jurídico das medidas de coacção (cf. artigos 193.º e 196.º e seguintes do Código de Processo Penal). E também se reflecte no momento da emissão do MDE, porque, de facto, pode configurar *“uma situação material ou substancialmente idêntica à da prisão preventiva, pelo que para se determinar a emissão de um MDE, devem verificar-se os pressupostos exigidos para a aplicação da prisão preventiva, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade lato sensu, como ainda os princípios da legalidade, da subsidiariedade e da igualdade”*¹⁸.

Consciente da importância crucial do princípio da proporcionalidade na emissão do MDE e dos problemas e lacunas que têm surgido no seu funcionamento¹⁹, em 2011, a Comissão Europeia apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a aplicação da Decisão-Quadro 2002/584/JAI e os processos de entrega entre os Estados-Membros²⁰. Neste, deu nota que as condições e os longos períodos de detenção, combinadas com a aplicação não uniforme de um controlo de proporcionalidade pelos diferentes Estados de emissão, têm obrigado os Estados de execução a executar pedidos de entrega por delitos relativamente menores. Por outro lado, também evidenciou que, com base naquele critério da proporcionalidade, antes de emitir um MDE, deviam ser ponderados vários aspectos, nomeadamente a *“gravidade da infracção, a duração da pena, a existência de uma abordagem alternativa menos onerosa tanto para a pessoa procurada como para a autoridade de execução, bem como uma análise custo/benefício da execução do MDE”*.

Ulteriormente, em 2014, já o Parlamento Europeu dirigira à Comissão Europeia um conjunto de recomendações sobre a revisão do mandado de detenção europeu²¹, tendo designadamente realçado a importância de, *“Ao emitir uma decisão para execução noutra Estado-Membro, a autoridade competente deverá avaliar cuidadosamente a necessidade da medida requerida, com base em todos os factores e em todas as circunstâncias relevantes, tendo em consideração os direitos da pessoa suspeita ou acusada e a disponibilidade de uma medida alternativa adequada e menos intrusiva para alcançar os objectivos pretendidos.”*

Na revisão de 2015²², o legislador fez tábua rasa do problema²³, ao invés de ter alterado e complementado, o respectivo regime legal.

¹⁸ GONÇALVES, Orlando Manuel Jorge, *“O princípio da proporcionalidade e os pressupostos para a emissão do MDE na jurisprudência portuguesa”*, in AA.VV, *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias E Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 274. Para quem *“sendo o MDE, pelas suas próprias características, um instrumento que colide com o direito à liberdade, que é um direito fundamental do cidadão garantido no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, não pode a autoridade judiciária em Portugal, ao emitir um MDE, prescindir de verificar se é legítima a restrição dessa liberdade, em face dos princípios constitucionais que reconhecem e garantem os direitos fundamentais do cidadão”* (pp. 268-269).

¹⁹ Nomeadamente, o recurso desadequado ao MDE para infracções pouco graves e/ou em circunstâncias em que poderiam ser utilizadas alternativas menos invasivas, conduzindo a detenções injustificadas e prolongadas, com uma interferência desproporcionada nos direitos fundamentais dos suspeitos, acusados e condenados, bem como a encargos sobre os recursos dos Estados-Membros.

²⁰ Disponível para consulta em: http://mandado.gddc.pt/textos/relatorio_175.pdf.

²¹ Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014, que contém recomendações à Comissão sobre a revisão do mandado de detenção europeu, disponível para consulta em:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0174+0+DOC+XML+V0//PT>.

²² Cf. Lei n.º 35/2015, de 04 de Maio, que procede à primeira alteração à Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu, em cumprimento da Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do

De facto, não se olvida que, com a sofisticação do crime organizado, as exigências de eficácia da acção penal reclamam, por parte dos Estados, um elevado grau de vigilância e de controlo, o que, na maioria das vezes, colide intensamente com a tutela dos direitos fundamentais. A obtenção de um justo equilíbrio entre os diferentes interesses em confronto ser-nos-á dada, designadamente, através da aplicação do princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), que assegura e acautela o núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem assim a harmonização do seu conteúdo.

No que concretamente diz respeito à emissão de um MDE, não basta que as infracções se encontrem, formalmente, abrangidas pelo artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 65/2003. A fim de decidirem se a mesma é justificada, as autoridades judiciais de emissão devem ponderar as normas e os princípios constitucionais, com especial acuidade, a proporcionalidade (e a proibição de excesso) entre as consequências advindas com a sua execução e a restrição dos direitos fundamentais da pessoa detida e as finalidades processuais pretendidas e que se lograrão obter²⁴. Para esse efeito, deverão ter presente um conjunto de circunstâncias (v.g., o grau de ilicitude do facto e a gravidade das suas consequências; a medida de coacção e/ou a pena que previsivelmente serão aplicadas à pessoa procurada; os interesses das vítimas; etc.) e as alternativas legais (menos gravosas e dispendiosas) oferecidas pelo Código de Processo Penal, bem como a possibilidade de utilização de outras medidas previstas em instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal da União Europeia ou até de cariz internacional.

A este propósito e a título meramente exemplificativo²⁵, antes da emissão de um MDE, a autoridade judiciária nacional poderá equacionar a aplicação das seguintes medidas, caso as mesmas se afigurem adequadas:

Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido.

²³ Ainda que especialmente alertado e esclarecido pelo Parecer à Proposta de Lei n.º 271/XII/4.ª, da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, disponível para acesso público na internet em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c32566c5a5449784d444e6b4c5449324f4467744e47597a4e7930355a54526d4c544530597a51334e5455334e7a5930597935775a47593d&fich=eee2103d-2688-4f37-9e4f-14c47557764c.pdf&inline=true>. Pela sua pertinência, aconselha-se vivamente a leitura da do Parecer apresentado pela Mestre Vânia Costa Ramos, na qualidade de investigadora do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa, à Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, referente às Propostas de Leis n.ºs 271/XII e 272/XII. Para esta autora, a “Lei n.º 65/2003, de 23.08, deveria prever uma norma segundo a qual as autoridades judiciais portuguesas apenas podem emitir MDE se, ao caso, for aplicável a prisão preventiva e se existir despacho judicial de aplicação da mesma. Ainda que por absurdo não se concorde com esta evidência, sempre teria de restringir-se a emissão de MDE, nos casos em que não seja aplicável a prisão preventiva, aos casos em que seja de prever a aplicação ao arguido de pena de prisão efectiva, sob pena de estar a submeter-se a períodos prolongados de detenção indivíduos a quem não pode ser aplicada a prisão preventiva e nem sequer será aplicada pena de prisão efectiva.” (p. 20), sob pena de se fazer “letra morta dos princípios processuais penais aplicáveis em sede de medidas de coacção, mormente do princípio da proporcionalidade e da excepcionalidade da detenção e da prisão preventiva” (p. 21).

²⁴ Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, p. 334, para quem “A restrição da liberdade da pessoa deve ser proporcional à gravidade da sua conduta e ao fim da sua entrega desde que não existam outros meios que garantam a pretensão da emissão do mandado – punir o infractor”.

²⁵ Seguindo de perto as notas e as orientações da Comissão Europeia no seu “Manual sobre a emissão e a execução de um mandado de detenção europeu”, de 28-09-2017, publicado no jornal oficial da União Europeia C 335, de 06 de Outubro de 2017, disponível para consulta em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017XC1006\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017XC1006(02)), pp. 20 e 21.

➤ ***Na fase anterior ao julgamento em processo penal:***

- Notificação do suspeito localizado num determinado Estado-Membro para, voluntariamente, comparecer no âmbito de um processo penal;
- Envio de carta rogatória para interrogatório do arguido pelas autoridades do Estado de execução ou por meio de videoconferência, para aplicação de medida de coacção, ou para notificação para comparecer em julgamento no Estado de emissão, sob pena de este se realizar na sua ausência;
- Emissão de uma decisão europeia de investigação para a audição de um suspeito ou arguido noutro Estado-membro pelas autoridades competentes deste país (artigo 21.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto);
- Emissão de uma decisão europeia de investigação para a audição de um suspeito ou arguido através de videoconferência ou outros meios de transmissão audiovisual (artigo 35.º, n.º 2, da Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto);
- Emissão de uma decisão europeia de controlo judicial relativamente a uma medida de coacção em alternativa à prisão preventiva a ser executada pelo Estado-Membro de residência do suspeito (Lei n.º 36/2015, de 04 de Maio);
- Inserção de uma indicação no Sistema e Informação Schengen²⁶ para efeitos da determinação do local de residência ou domicílio de um suspeito (artigo 34.º da Decisão 2007/533/JAI do Conselho, de 12 de Junho de 2007²⁷);
- Transmissão de processos penais (artigos 1º, n.º 1, alínea b), e 89.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto).

➤ ***Na fase de julgamento e posterior ao julgamento em processo penal:***

- Envio de carta rogatória para notificação do arguido para comparecer em julgamento, sob pena de este se realizar na sua ausência, ou para participar no julgamento através de videoconferência a partir do Estado de execução, ou para ser notificado da sentença proferida na sua ausência (artigos 23.º e 151.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto);
- Condenação em multa processual por falta injustificada de comparecimento (artigo 116.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal);
- Realização da audiência de julgamento sem a presença física do arguido (artigos 333.º, n.ºs 2 e 4, 334.º, n.º 2, do Código de Processo Penal);

²⁶ Doravante, abreviadamente designado pela sigla “SIS”.

²⁷ Relativa ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação Schengen de segunda geração (SIS II).

- Declaração de contumácia (artigo 335.º do Código do Processo Penal);
- Transmissão, por parte das autoridades portuguesas, de sentenças em matéria penal que imponham penas de prisão ou outras medidas privativas de liberdade, tendo em vista o seu reconhecimento e a sua execução em outro Estado membro da União Europeia (artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro);
- Transmissão, por parte das autoridades portuguesas, de sentenças ou de decisões que apliquem sanções alternativas à pena de prisão e relativas à liberdade condicional, tendo em vista o seu reconhecimento e a sua execução em outro Estado membro da União Europeia (artigos 27.º e seguintes da Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro);
- Transmissão, pelas autoridades judiciais portuguesas, de decisões de aplicação de sanções pecuniárias (*v.g.*, multas e custas processuais, indemnizações às vítimas, etc.) tendo em vista o seu reconhecimento e a sua execução em outro Estado membro da União Europeia (Lei n.º 93/2009, de 01 de Setembro);
- Transmissão, pelo tribunal competente em matéria penal, de decisões de perda de bens ou outros produtos do crime no âmbito de processo penal, tendo em vista o seu reconhecimento e a sua execução em outro Estado membro da União Europeia (artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto).

Em obediência ao princípio de proporcionalidade que, como se referiu *supra*, deve nortear a decisão de emissão do MDE, nos casos de (i) *pedidos de entrega para procedimento criminal ou de sentença não transitada em julgado*, é desejável que o MDE seja emitido apenas quando haja uma probabilidade séria de a pessoa cuja entrega se pretende ficar em prisão preventiva²⁸. É indesejável a emissão de um MDE nos casos em que, embora sendo abstractamente admissível a aplicação de prisão preventiva, se mostre previsível, por ser proporcional e adequada ao caso concreto, a simples imposição da medida de coacção de termo de identidade e residência ou outra não privativa da liberdade²⁹. Nestas circunstâncias, realizado o primeiro interrogatório judicial, proceder-se-á, de imediato, à libertação do visado, que, nestas circunstâncias, poderá demandar o Estado português por violação dos seus direitos fundamentais³⁰.

Por outro lado, nos casos de (ii) *pedidos de entrega para cumprimento de pena com decisão já transitada em julgado*, a duração da pena ou da medida de segurança, ainda que não

²⁸ Repare-se que o objectivo do MDE não é a mera transferência de pessoas para interrogatório, para isso devem ser consideradas, em alternativa, outras medidas já referidas *supra* (*maxime*, a decisão europeia de investigação).

²⁹ *Cfr.* os critérios orientadores da emissão do mandado de detenção europeu da Procuradoria-Geral da República, in AA.VV., *Manual de procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*, Gabinete de Documentação e de Direito Comparado, Revisto e actualizado, Lisboa, 2015, p. 23, disponível para consulta em www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/manual_mandado.pdf.

³⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, p. 334, para quem a agressão ao princípio da proporcionalidade poderá constituir um motivo de recusa para o Estado-membro de execução, quando se verificar que há uma desproporção entre a entrega e a existência de outro(s) meio(s) para atender ao fim legítimo do pedido de entrega, alcançando-se, assim, um justo equilíbrio entre os interesses em jogo. Este autor esclarece que “a opção de entrega deve vigorar se dela não resultar ofensa grave, desajustada e excessiva de um direito fundamental – como a vida, a integridade física ou a liberdade –, sob pena de responsabilização do Estado português”.

inferiores a 4 meses, não pode deixar de ser considerada em conjunto com outras circunstâncias relativas ao seu cumprimento, para que não se produza um efeito desproporcionado sobre o direito à liberdade da pessoa condenada³¹. Aconselha-se uma utilização prudente da emissão do MDE quando a pena remanescente for inferior a 4 meses, nomeadamente restringindo-a às situações em que as circunstâncias do caso concreto tornem especialmente necessária essa emissão³².

A propósito dos efeitos e das consequências práticas imediatas decorrentes do mencionado princípio da proporcionalidade aquando da emissão do MDE, urge chamar à colação, pela sua relevância, algumas decisões dos nossos tribunais superiores.

Assim, perante a questão de saber se, no decorrer de uma audiência de discussão e julgamento, poderá um juiz emitir um MDE para assegurar a comparência e, eventualmente, se proceder à identificação e reconhecimento pessoal do arguido, residente noutro Estado-membro, a **Relação do Porto, no Acórdão de 20-10-2010**³³, decidiu que “*não se justifica a emissão de mandado de detenção europeu, a fim de assegurar a sua presença na audiência, se está sujeito apenas a termo de identidade e residência e não se pretende impor-lhe medida de coacção mais gravosa*”.

A **Relação de Coimbra, no Acórdão de 21-11-2007**³⁴, entendeu que, no decorrer de uma audiência de discussão e julgamento, não poderá um juiz emitir um MDE para assegurar a

³¹ GONÇALVES, Orlando Manuel Jorge, *ob. cit.*, p. 279.

³² Esta é a única interpretação consentânea com o direito à liberdade e o princípio da proporcionalidade, previsto nos artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e também constantes dos artigos 6.º e 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

³³ Proc. N.º 321/06.9PBVLG-A.P1, em que foi relator o Juiz Desembargador Cravo Roxo. Neste caso, durante a audiência de discussão e julgamento em 1.ª instância, o Ministério Público promoveu que fosse ordenada a emissão de um novo MDE, por considerar que a presença do arguido (acusado de um crime de roubo) era essencial à descoberta da verdade material a fim de, ali, se realizar o seu reconhecimento pessoal. O tribunal *a quo* indeferiu a promoção por entender que a emissão implicava a aplicação de uma medida de coacção diferente do termo de identidade e residência e que, naquele caso, nada justificava que se agravasse o estatuto processual do arguido, logo, a emissão do referido MDE seria desnecessária, desadequada e desproporcional às exigências do caso, representando ainda um custo elevado para o arguido, que poderia ficar detido por vários dias ou até semanas (atendendo aos prazos estabelecidos nos artigos 26.º, n.º 2, e 29.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003), além de que acarretaria despesas elevadas para o fazer apresentar em julgamento. Inconformado, o Ministério Público recorreu para a Relação do Porto que decidiu negar provimento ao recurso sobretudo por entender que “*o julgamento foi dado sem efeito e não foi designada nova data para a sua realização; o que impede, apenas e tão-só por este motivo, a emissão do MDE*”.

³⁴ Proc. N.º 210/00.0TBTVN-A.C1, em que foi relator o Juiz Desembargador Jorge Gonçalves. *In casu*, o tribunal *a quo* determinou a emissão de um MDE para o arguido (acusado de prática de 2 crimes de roubo agravado, na forma tentada), que já havia sido declarado contumaz (artigo 337.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), por suspeitar que o mesmo se encontrava fora de Portugal, mas dentro do território europeu, para ser entregue e prestar termo de identidade e residência, ser sujeito a outra medida de coacção que se considerasse adequada e ser submetido a julgamento. O Ministério Público recorreu por entender que a finalidade com que foi emitido o MDE era desproporcionada e violadora do disposto nos artigos 18.º, 27.º e 28.º da Constituição da República Portuguesa, bem assim o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A Relação de Coimbra decidiu conceder provimento ao recurso, tendo considerado que a autoridade judiciária portuguesa “*não pode deixar de ter em conta o enquadramento constitucional e legal vigente, pois o mandado de detenção europeu, não constituiu uma realidade constitucional autónoma*” e que “*o despacho que determina a detenção, decorrente da declaração de contumácia, não pondera (nem tem que ponderar), ao contrário do que sucede com o mandado de detenção resultante da aplicação da medida de prisão preventiva (...), os mencionados critérios de adequação, necessidade ou proporcionalidade stricto sensu, e os princípios da excepcionalidade e da subsidiariedade da privação da liberdade*”.

comparência do arguido declarado contumaz e, dessa forma, submetê-lo a julgamento e, eventualmente, sujeitá-lo a outra medida de coacção para além do termo de identidade e residência. Com efeito, esse Venerando Tribunal considerou que, no caso de emissão de MDE com fundamento na declaração de contumácia, tendo em consideração as restrições à liberdade que o mesmo implica, que se projectam para além do território nacional e que podem determinar um período de detenção alargado, é indispensável proceder-se à concreta ponderação dos princípios da legalidade, da excepcionalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade *lato sensu*, de harmonia com o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. Tal emissão apenas será possível nos casos em que se vislumbra o decretamento da prisão preventiva e desde que se verificarem os respectivos requisitos legais.

Este entendimento viria a ser renovado pelo mesmo Tribunal nos seus **Acórdãos de 05-12-2007**³⁵ e de **19-12-2007**³⁶, ao reiterar que os pressupostos de emissão do MDE constantes do artigo 2.º da Lei n.º 65/2003 devem ser conjugados com as finalidades próprias deste instrumento e com os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade³⁷.

Mais recentemente, a **Relação do Porto, no Acórdão de 18-03-2015**³⁸, concluiu, sumariando que *“Não é admissível o recurso à emissão do Mandado de Detenção Europeu dirigido às*

³⁵ Proc. N.º 49/03.1PATNV-A.C1, em que foi relator o Juiz Desembargador Inácio Monteiro. O tribunal de 1.ª instância decidiu ordenar que se procedesse à passagem de MDE e à indicação da pessoa procurada no Sistema de Informação Schengen (SIS) para que o arguido (acusado da prática de um furto simples) fosse detido e entregue aquele tribunal para prestar termo de identidade e residência, ser sujeito a medida de coacção que se considerar adequada e ser submetido a julgamento pelos factos por que vem acusado. Mais uma vez, recorreu o Ministério Público, com fundamento na violação dos artigos 18.º, 27.º e 28.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A Relação revogou o despacho recorrido, uma vez que ao crime em análise não era admissível, em abstracto, a aplicação de medida de coacção de prisão preventiva, a detenção só seria admissível ao abrigo do disposto nos artigos 254.º, n.º 1, 336.º, n.º 2, e 337.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, sob pena de violação do disposto nos artigos 27.º, n.º 2, e 28.º, da Constituição da República Portuguesa, tendo concluído que restará ao tribunal recorrido, para alcançar os fins pretendidos, deitar mão do único meio processual para o efeito, isto é, expedir carta rogatória.

³⁶ Proc. N.º 266/00.6PATMV-A, em que foi relator o Juiz Desembargador Gabriel Catarino. Recorreu, de novo, pelos fundamentos referidos, o Ministério Público do despacho do tribunal *a quo* que determinou a emissão de MDE para captura do arguido (acusado de um crime de furto simples), que se encontrava contumaz, a fim de o mesmo prestar TIR ou, eventualmente, outra medida de coacção e ser sujeito a julgamento. A Relação concedeu provimento por julgar que *“Se do ponto vista meramente formal a emissão do mandado se torna possível – cfr. artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003 –, já que o crime pelo qual o arguido se mostra acusado é abstractamente punido com pena de prisão superior a 12 meses, do ponto vista material, e à luz dos princípios constitucionais que se deixaram enunciados supra, nos parece que a emissão dos referidos mandados se prefigura como desajustada e desproporcionada. (...) A emissão de um mandado de detenção europeu não pode deixar de ponderar estes vectores de avaliação processual e constitucional [insitos nos artigos 18.º e 27.º da Constituição da República Portuguesa] sob pena de se reconverter na adopção de uma medida materialmente ilegal e injusta por desconforme à lei adjectiva e ao ordenamento jurídico-constitucional.”*

³⁷ A sua verificação não dispensa a ponderação da gravidade da infracção, não sendo admissível a emissão de um MDE, por mera declaração da contumácia, nos casos em que a relevância jurídico-penal do crime reveste um reduzido valor ético-social e sempre que não for admissível a aplicação de medida de coacção de prisão preventiva (nos termos do artigo 202.º do Código de Processo Penal), porque, na prática, a pessoa pode ser detida e mantida para além do prazo das 48 horas do artigo 254.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e do artigo 28.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (cfr. artigos 17.º, n.ºs 3 e 4, e 23.º da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI e artigos 29.º e 30.º da Lei n.º 65/2003).

³⁸ Proc. N.º 612/08.4GBOBR-A.P1, em que foi relator o Juiz Desembargador Ernesto Nascimento. Na sequência da declaração de contumácia do arguido (acusado pela prática de um crime de dano, um crime de violação de domicílio, um crime de furto simples e dois crimes de furto qualificado), o Ministério Público promoveu que se procedesse à emissão de um MDE dirigido às autoridades judiciais espanholas, com vista a fazer comparecer o

autoridades estrangeiras com vista a fazer comparecer o arguido em juízo com o fim de ver cessada a declaração de contumácia.”.

Relativamente à questão sobre a possibilidade de emissão de um MDE nos casos em que, perante a falta de pagamento, voluntário e coercivo, da pena de multa, se procedeu à sua conversão em pena de prisão subsidiária superior a 4 meses, o **Tribunal da Relação de Coimbra**, por **Acórdão de 05-05-2010**³⁹, decidiu que *“É legal a emissão de mandado de detenção europeu (MDE) contra condenado, cidadão nacional que se encontre no estrangeiro, Espaço Schengen e que tenha de cumprir 186 dias de pena de prisão subsidiária.”.*

Por último, cumpre ainda referir que a Lei n.º 65/2003, à semelhança da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, não prevê a possibilidade de o Estado-membro de execução avaliar a proporcionalidade de um MDE, por concretização do princípio do reconhecimento mútuo. Não obstante, sendo manifesta a desarmonia intrínseca na sua emissão, as autoridades judiciais (de emissão e de execução) deverão encetar contactos, podendo igualmente consultar a EUROJUST⁴⁰ ou os pontos de contacto da Rede Judiciária Europeia⁴¹, em ordem a se encontrar uma solução mais adequada ao caso, a qual poderá passar por se retirar o MDE e utilizar outras medidas previstas no direito nacional ou da União.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. Competência para a emissão de um mandado de detenção europeu

A autoridade competente para a emissão em Portugal é a autoridade judiciária da comarca onde se desenrolam as diferentes fases processuais, relativas ao procedimento criminal e ao

arguido em juízo para efeitos de cessação da sua situação de contumácia. O tribunal *a quo* indeferiu a pretensão com o argumento de que o período de detenção alargado, conforme decorre do disposto no artigo 26.º da Lei 65/2003, imposto pela emissão e cumprimento de MDE apenas e só para sujeição a Termo de Identidade e Residência, afigura-se manifestamente desproporcionado a esse mesmo fim, violando princípios basilares da Constituição da República Portuguesa, mormente o seu artigo 18.º. A Relação do Porto entendeu que *“A pretensão do MP, pretendendo dar projecção internacional à ordem de detenção ex lege decorrente da declaração de contumácia, através da emissão de mandado de detenção europeu, não pondera os princípios da excepcionalidade e da subsidiariedade da privação da liberdade, a adequação, a necessidade ou proporcionalidade stricto sensu da medida adoptada, tendo em vista a finalidade a que se propõe.”*, concluindo-se, no final, que *“A emissão de um mandado de detenção europeu não pode deixar de ponderar estes vectores de avaliação processual e constitucional sob pena de se reconverter na adopção de uma medida materialmente ilegal e injusta por desconforme á lei adjectiva e ao ordenamento jurídico-constitucional”*.

³⁹ Proc. N.º 585/05.STATNV-A.C1, em que foi Relator o Exmo. Senhor Juiz Desembargador Dr. Calvário Antunes. O Ministério Público recorreu do despacho do tribunal da 1.ª instância por entender que do conteúdo do MDE não resulta a possibilidade de o arguido obstar à prisão através do pagamento da multa em dívida, o que violaria o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, o artigo 49.º, n.º 2, do Código Penal e o artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa. O tribunal *ad quem* negou provimento ao recurso por entender que estavam preenchidos os requisitos formais do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003 e que a possibilidade de se libertar da execução da pena de prisão com o pagamento da multa desenvolver-se-á no específico processo da condenação. Muito crítico desta decisão, GONÇALVES, Orlando Manuel Jorge, *ob. cit.*, p. 278, para quem *“Torna-se evidente que não se ponderou, na decisão, sobre o princípio da proporcionalidade, como meio de evitar a emissão de um mandado de detenção europeu para cumprimento de uma curta pena de prisão subsidiária, à qual, nos termos do art. 49.º, n.º 3, do Código Penal, pode o arguido pôr termo, total ou parcialmente, pagando, no todo ou parcialmente, a multa”*.

⁴⁰ Cf. Lei n.º 36/2003, de 22 de Agosto.

⁴¹ Doravante, abreviadamente designada por “RJE”.

cumprimento das sanções aplicadas, mais concretamente a competente para ordenar a detenção ou a prisão da pessoa procurada, nos termos do artigo 36.º da Lei n.º 65/2003⁴², devidamente conjugado com o artigo 1.º, alínea b), do Código de Processo Penal, sendo que a emissão e a transmissão do mandado estão sujeitos aos pressupostos formais e materiais previstos nos artigos 1.º a 10.º da Lei n.º 65/2003 (artigo 37.º da Lei n.º 65/2003).

Assim, *durante a fase de inquérito*, são competentes para emitir o mandado os Magistrados do Ministério Público⁴³, tendo em vista a detenção da pessoa visada para a sua apresentação a um Juiz de Instrução Criminal, para primeiro interrogatório judicial (cfr. artigo 257.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), bem como os Magistrados Judiciais (*rectius*, o Juiz de Instrução Criminal), para imposição de medida de coacção privativa da liberdade (artigo 268.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal). Ao invés, na fase de instrução, de julgamento e posterior, apenas são competentes os Magistrados Judiciais, cabendo aos Magistrados do Ministério Público a respectiva promoção⁴⁴.

Antes de proceder à emissão de um MDE, a autoridade judiciária competente deverá verificar se existem outros processos penais em curso, penas privativas de liberdade com força executiva e/ou se já foram emitidos outros MDE relativamente à mesma pessoa procurada. Verificando-se existirem, as diferentes autoridades nacionais deverão coordenar a respectiva acção e, se possível, todas as infracções devem ser incluídas num único MDE⁴⁵.

⁴² Há quem questione, atenta a redacção do citado preceito, se uma autoridade judiciária estrangeira, reconhecida pela lei portuguesa, que se encontre em Portugal, poderá emitir um MDE, em Portugal (GRAÇA, António Pires Henriques da, *O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 194, mas sem dar uma solução).

⁴³ Muito críticos desta opção legislativa, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 707, para quem “A privação da liberdade de um cidadão por um período que pode ir até 100 dias decretada pelo MP viola o direito à liberdade e à segurança. (...) Por isso, o mencionado artigo 36.º é inconstitucional, por violar o artigo 27.º da CRP, na medida em que admite a emissão do mandado pelo MP.”; e GONÇALVES, Orlando Manuel Jorge, *ob. cit.*, pp. 279-282, que entende que “a pessoa detida no âmbito da emissão de MDE pelo Ministério Público, fica numa situação processualmente mais desfavorecida, durante aquele período de detenção – que pode ser até de semanas ou meses –, do que aquela outra pessoa detida numa situação de emissão de MDE determinada, em Portugal, pelo Juiz. Daí que a inconstitucionalidade do art. 36.º da Lei n.º 65/2003, por violação dos artigos 27.º e 32.º, n.º 1, da CRP, (...) é uma hipótese que não é de excluir”. Ainda intimamente relacionado, cfr. PEREIRA, Luís Silva, *ob. cit.*, pp. 56-57, para quem “Não obstante o carácter abrangente da referida norma, afigura-se-nos que a mesma terá de ser interpretada em conjugação com o que a lei processual penal dispõe quanto à faculdade ali outorgada ao Ministério Público para a emissão de mandados de detenção. (...) pressuposto essencial em face da lei interna, da emissão de mandado de detenção europeu pelo Ministério Público, será a existência, no processo, de despacho judicial que determine a detenção do arguido”.

⁴⁴ A propósito da competência para a emissão, *vd.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28-01-2009 (Proc. N.º 220/05.1TXCBR-B.C1, em que foi Relator o Juiz Desembargador Jorge Gonçalves), e, como ali se concluiu, sumariando, “Tendo num processo pendente no Tribunal de Execução de Penas sido revogada a liberdade condicional de um condenado e tendo sido promovida a sua captura dentro do espaço da União Europeia, compete ao Tribunal de Execução de Penas, se estiverem reunidos todos os pressupostos de que depende a ordem de privação da liberdade, emitir os respectivos mandados de detenção (europeus)”.

⁴⁵ Com efeito, nos casos de existência de um ou mais processos penais em curso ou penas privativas de liberdade com força executiva contra a mesma pessoa procurada em diferentes Estado(s)-membro(s), antes da emissão de vários MDE concorrentes, será útil obter-se um acordo prévio entre as várias autoridades judiciárias de emissão, nomeadamente sobre qual é o Estado-membro que deve emitir o (primeiro) MDE e para o qual, eventualmente, se deverá transferir os demais processos penais. Por outro lado, verificando-se a existência de um MDE anterior, emitido por outra autoridade judiciária, no mesmo país, este MDE pode ser substituído por um novo MDE que abrangerá, quer as infracções do MDE anterior, como as novas infracções.

2.2. Conteúdo e forma do mandado de detenção europeu

Como forma de homogeneização de procedimentos no espaço europeu, criou-se um *formulário próprio* (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003), um modelo único de MDE aplicável em todos os Estados-Membros, que não pode ser alterado e que é facilmente utilizado pelas autoridades judiciais de emissão e reconhecido pelas autoridades judiciais de execução⁴⁶.

O MDE deve conter um conjunto de *informações estruturantes* (e que constam das várias alíneas do citado preceito legal⁴⁷), cuja existência é *conditio sine qua non* de apreciação da sua regularidade formal e substancial (nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 65/2003), devendo o mesmo ser traduzido para uma das línguas oficiais do Estado-membro de execução ou outra que for aceite por este Estado (artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003)^{48/49}. O Estado-membro de execução pode solicitar informações complementares quando considerar que as informações comunicadas forem insuficientes.

Pese embora a regularidade do mandado dependa da observância dos requisitos de conteúdo e de forma previstos no citado preceito legal, a ausência dos mesmos não é causa de recusa, nos termos dos artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 65/2003, e implica apenas uma mera irregularidade, sanável nos termos do artigo 123.º do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* artigo 34.º da citada Lei n.º 65/2003⁵⁰.

Quanto aos seus *requisitos substantivos*, no que concretamente diz respeito à descrição dos factos no formulário (artigo 3.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 65/2003), esta deve ser tão sucinta quanto possível, mas ao mesmo tempo clara e suficiente para conhecimento das circunstâncias do caso. Apenas se deve fazer consignar os factos indispensáveis à apreensão do mandado de detenção europeu pela autoridade judicial do Estado de execução, evitando-se a transcrição completa de peças processuais. Tal enunciação é fundamental para o exercício dos direitos de defesa do arguido (artigo 17.º da Lei n.º 65/2003) e para o exercício do direito

⁴⁶ Este formulário, que serve de base para a detenção e subsequente entrega da pessoa procurada, deve ser preenchido com especial cuidado, evitando-se pedidos desnecessários de informações complementares. Para preencher, basta aceder em: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/CompendiumSelection.aspx>.

⁴⁷ A saber, «a) Identidade e nacionalidade da pessoa procurada; b) Nome, endereço, número de telefone e de fax e endereço de correio eletrónico da autoridade judicial de emissão; c) Indicação da existência de uma sentença com força executiva, de um mandado de detenção ou de qualquer outra decisão judicial com a mesma força executiva nos casos previstos nos artigos 1.º e 2.º; d) Natureza e qualificação jurídica da infracção, tendo, nomeadamente, em conta o disposto no artigo 2.º; e) Descrição das circunstâncias em que a infracção foi cometida, incluindo o momento, o lugar e o grau de participação na infracção da pessoa procurada; f) Pena proferida, caso se trate de uma sentença transitada em julgado, ou a medida da pena prevista pela lei do Estado membro de emissão para essa infracção; g) Na medida do possível, as outras consequências da infracção».

⁴⁸ Até à data, o Estado português ainda não depositou declaração de aceitação de qualquer língua oficial junto do Secretariado-Geral do Conselho da União Europeia, pelo que os mandados de detenção europeu emitidos para execução em Portugal devem ser traduzidos para o Português.

⁴⁹ A tradução do formulário para a língua do Estado-membro requerido é da autoridade judicial de emissão (cfr. ponto 4 da Circular da PGR n.º 4/04, de 18-03-2004). Para consultar as diferentes declarações dos vários Estados-membros relativamente às línguas aceites para receber o MDE, basta aceder em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52007SC0979>.

⁵⁰ Entre outros, *vd.* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-05-2012 (Processo n.º 27/12.0YRCBR.S1, onde foi Relator o Juiz Conselheiro Oliveira Mendes).

de recusa (artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 65/2003⁵¹), “*relevando, essencialmente, para fins de verificação de amnistia, do princípio ne bis in idem, do decurso dos prazos de prescrição, da renúncia ao princípio da especialidade, do princípio da territorialidade, etc.*”⁵².

A autoridade judiciária de emissão deve dar especial atenção à descrição das infracções no formulário de MDE, porquanto, por força do *princípio da especialidade*⁵³, o MDE deverá abranger todas as infracções em relação às quais a pessoa procurada será objecto de procedimento penal, condenada ou privada de liberdade.

Face à mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Estado-membro de execução não deve dar seguimento a um MDE se, à luz das informações indicadas no mesmo, constatar que o mesmo não é válido, porque emitido sem ser antecedido de uma decisão judiciária da mesma natureza (*v.g.*, mandado de detenção nacional ou sentença nacional com igual força executiva)⁵⁴, distinta do próprio MDE. A natureza dessa decisão depende da finalidade do MDE: se o MDE for emitido para efeitos de um procedimento penal, deve ser emitido um mandado de detenção nacional ou proferida qualquer outra decisão judicial com a mesma força executiva; ao invés, se emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, deve existir uma decisão nacional com força executiva para esse efeito. A existência de um mandado de detenção nacional ou de uma decisão judiciária prévia deve ser indicada no próprio formulário, mas já não é necessário anexar-se ao mesmo.

2.3. Regras de transmissão do mandado de detenção europeu

A regra elementar quanto ao modo de transmissão do mandado de detenção europeu é que a autoridade judiciária de emissão pode transmitir o mandado através de qualquer “meio

⁵¹ A lei prevê casos de recusa *obrigatória* (artigo 11.º da Lei n.º 65/2003) e *facultativa* (artigo 12.º da Lei n.º 65/2003) de execução do mandado. A recusa é obrigatória nos casos de amnistia, do *ne bis in idem*, de inimizabilidade em razão da idade, de punição da infracção com pena de morte ou outra pena da qual resulte lesão física e irreversível da integridade física ou de motivação política. A recusa é facultativa, nomeadamente, nos casos de dupla incriminação, da competência do Estado português para o procedimento criminal, da nacionalidade portuguesa da pessoa procurada ou esta residir em Portugal ou tiverem decorrido os prazos de prescrição do procedimento criminal ou da pena.

⁵² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-2009 (Proc. N.º 1087/09.6YRLSB.S1, onde foi Relator o Juiz Conselheiro Armindo Monteiro, disponível para consulta em www.dgsi.pt).

⁵³ *Vd. infra*.

⁵⁴ Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 8.º, n.º 1, alínea c), e 15.º, n.º 2, da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho de 2002, *cf.* resulta do teor Acórdão da Segunda Secção do Tribunal de Justiça de 01-06-2016, *Niculaie Aurel Bob-Dogi c. Roménia*, C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385, n.ºs 52 a 58 e 65 a 67 (disponível para consulta em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0241>), salvaguardando-se assim um duplo nível de protecção para os direitos processuais e fundamentais de que a pessoa procurada deve beneficiar. A expressão “decisão judiciária” foi, ulteriormente, clarificada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão proferido pela Quarta Secção, datado de 10-11-2016, C-453/16 PPU, *Halil Ibrahim Özçelik*, ECLI:EU:C:2016:860 (disponível para consulta em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0453&qid=1521364564336&from=EN>).

Neste último aresto concluiu-se que a decisão Ministério Público, através da qual se homologou um mandado de detenção nacional emitido pela polícia, e no qual se baseie o MDE, está abrangida pelo conceito de decisão judiciária. Isto porque, o Ministério Público é uma autoridade judiciária de um Estado-Membro e tal decisão concede à autoridade judiciária de execução a garantia de que o MDE se baseou numa decisão que foi sujeita a fiscalização judicial.

seguro”, desde que se obtenha um registo escrito e se assegure a possibilidade de se verificar a sua autenticidade (artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 65/2003).

Quando se conhecer o paradeiro da pessoa procurada, a autoridade judiciária de emissão pode transmitir o mandado directamente à autoridade judiciária do Estado de execução⁵⁵, garantindo-se, assim, uma maior celeridade e eficácia processual, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003⁵⁶.

A transmissão poderá ainda ter lugar através do sistema de telecomunicações de segurança da RJE (artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003)⁵⁷, do Sistema e Informação Schengen ou, se tal não for possível⁵⁸, dos serviços da Interpol (artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 65/2003).

Por outro lado, a autoridade judiciária de emissão pode inserir a indicação da pessoa procurada no SIS⁵⁹, nos termos dos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, e 39.º da Lei n.º 65/2003, devidamente conjugado com os artigos 26.º a 31.º da mencionada Decisão 2007/533/JAI do Conselho. A inserção da indicação no SIS, quando acompanhada das informações referidas no citado artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, produz os mesmos efeitos do MDE, devendo as autoridades de polícia criminal proceder à detenção da pessoa procurada, nos termos do artigo 4.º, n.ºs 3, 4 e 5, da Lei n.º 65/2003. Contudo, esta inserção não dispensa a ulterior emissão do MDE. Ela apenas funciona como um processo preliminar, como um acto preparatório do MDE, sujeito a aperfeiçoamento, como forma de tornar mais célere a cooperação judiciária europeia.

As dificuldades relacionadas com a transmissão ou a autenticidade de qualquer documento necessário para a execução do MDE poderão ser resolvidas através de contactos directos entre as autoridades judiciárias interessadas ou através da intervenção das autoridades centrais dos Estados membros (artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003)⁶⁰. No caso português, a autoridade central é a Procuradoria-Geral da República (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003).

Na **Circular da PGR n.º 4/04, de 18-03-2004** prevêem-se algumas orientações relativas à difusão do MDE, estabelecendo-se, desde logo, que o mesmo não carece de submissão a prévia autorização do Procurador-Geral da República (ponto n.º 3).

Quanto à forma de transmissão do MDE (cfr. pontos n.ºs 4, 5 e 6), *se for conhecido o paradeiro da pessoa cuja entrega é solicitada*, o Magistrado do Ministério Público deverá remeter:

⁵⁵ As diferentes autoridades judiciárias de execução podem ser encontradas no “Atlas do MDE”, que é uma ferramenta *online* que fornece a informação pretendida através da mera introdução de um qualquer dado relativo ao local para onde se pretende enviar o pedido, acessível em: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/AtlasSelection.aspx>.

⁵⁶ Nestes casos, poderá ser conveniente averiguar da necessidade de prestação das garantias referidas no artigo 13.º, alínea c), da Lei n.º 65/2003.

⁵⁷ Cf. Decisão 2008/976/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, e a Circular da PGR n.º 6/00, de 05-06-2000.

⁵⁸ À data, apenas a Irlanda e o Chipre não utilizam o SIS.

⁵⁹ Tal indicação pode ser acompanhada de informações suplementares (*v.g.*, fotografias e impressões digitais da pessoa procurada, se disponíveis, os contactos telefónicos ou endereço de e-mail da pessoa responsável para que possa ser imediatamente informada da detenção da pessoa procurada, etc.).

⁶⁰ As autoridades centrais, embora excluídas do processo de decisão, assistem e apoiam as autoridades judiciárias nacionais, em especial ao nível da recepção e transmissão dos MDE.

- (i) À autoridade judiciária competente para a sua execução, um formulário devidamente preenchido e traduzido, bem assim
- (ii) Ao Gabinete Nacional SIRENE, um formulário para difusão nos demais Estados-Membros que fazem parte do SIS e
- (iii) Ao Gabinete Nacional INTERPOL, um formulário, em triplicado, para difusão nos Estados-Membros que não fazem parte do SIS⁶¹.

Ao invés, se *for desconhecido o paradeiro da pessoa cuja entrega é solicitada*, o Magistrado do Ministério Público deverá remeter:

- (i) Ao Gabinete Nacional SIRENE, um formulário para difusão nos demais Estados-Membros que fazem parte do SIS⁶²,
- (ii) Ao Gabinete Nacional INTERPOL, um formulário, em triplicado, para difusão nos Estados-Membros que não fazem parte do SIS e
- (iii) À Procuradoria-Geral da República, quatro mandados de detenção internacionais para autorização e difusão, fora do espaço da União Europeia, através do Gabinete Nacional INTERPOL, tudo em conformidade com a disciplina das **Circulares da PGR n.º 35/78 e 1/88, de 05-12-1978 e de 03-02-1988**, respectivamente.

Em qualquer caso, para fins meramente estatísticos, o Magistrado do Ministério Público deverá comunicar à Procuradoria-Geral da República e ao Membro Nacional da EUROJUST o envio dos MDEs para os aludidos Gabinetes Nacionais (SIRENE e INTERPOL), com cópia, em suporte electrónico ou papel (cfr. ponto n.º 7 da Circular da PGR n.º 4/04, conjugado com o ponto n.º 1 da **Circular da PGR n.º 15/04, de 18-11-2004**).

⁶¹ A saber, Bulgária, Croácia, Chipre, Irlanda, Roménia e Reino Unido. Relativamente à Irlanda e ao Reino Unido, face à prática recorrente de não recebimento de MDEs por estes dois países, e para se evitar a afectação de recursos humanos e custos financeiros desnecessários (*rectius*, com a tradução do respectivo formulário), a remessa para o Gabinete Nacional INTERPOL do MDE, devidamente traduzido em língua inglesa, também para difusão nestes dois Estados só deverá ocorrer nos casos em que haja informação concreta sobre a localização e o paradeiro da pessoa a deter naquele território. Cfr. Manual de procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu, revisto e actualizado em 21-01-2015, que se encontra publicado na Internet para consulta pública, pelo Gabinete de Documentação de Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, disponível em http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/manual_mandado.pdf (pp. 27-28).

⁶² Pelas razões referidas anteriormente, nestes casos, a remessa do MDE para o Gabinete Nacional INTERPOL deverá ser feita com a ressalva de que se não pretende a sua difusão no Reino Unido e na Irlanda.

2.4. Outras particulares na emissão do mandado de detenção europeu

2.4.1. Princípio da especialidade

O *princípio da especialidade* limita e vincula o MDE ao seu objecto específico e reforça as garantias da pessoa procurada perante actuações judiciais e procedimentais do Estado-membro de emissão que extravasem esse mesmo objecto⁶³.

Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional (cfr. artigos 8.º, 16.º e 17.º da Constituição da República Portuguesa), com raízes no artigo 9.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem assim no artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Com efeito, por regra, a pessoa entregue por efeito de um MDE não pode ser sujeita a procedimento penal, condenada ou privada de liberdade por uma infracção praticada em momento anterior à sua entrega e diferente daquela que motivou a emissão do mandado de detenção europeu (artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003). A lei consagra, contudo, excepções no artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003, com destaque para os casos de consentimento (artigo 7.º, n.º 2, alíneas e) e g), e 4, da Lei n.º 65/2003) ou renúncia (artigo 7.º, n.º 2, alíneas e) e f), e 4, da Lei n.º 65/2003) ao benefício da regra da especialidade.

2.4.2. Medidas provisórias

Quando o MDE for emitido para efeitos de procedimento penal, a autoridade judiciária de emissão poderá solicitar à autoridade judiciária de execução que proceda à *audição da pessoa procurada* ou *autorize a sua transferência temporária* (artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003), fixando as respectivas condições, por acordo (artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003).

As *medidas provisórias* são medidas prévias e incidentais, delimitadas por critérios objectivos de actuação, que surgem na pendência de um processo de execução, tendo em vista uma determinada finalidade e sem prejuízo da pendência do mandado e da sua posterior execução.

No caso de *audição da pessoa procurada*, a autoridade judiciária de emissão é a autoridade competente para conduzir a audição e, como tal, deverá deslocar-se ao Estado-membro de

⁶³ Cfr. Acórdão da Terceira Secção do Tribunal de Justiça de 01-12-2008, *Leymann e Pustovarov*, C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669 n.º 57 (disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0388&qid=1521835982778>), decidiu que “para determinar se a infracção em causa não é “Uma infracção diferente” daquela por que a pessoa foi entregue... há que verificar se os elementos constitutivos da infracção, segundo a descrição legal que é feita desta última no Estado-Membro de emissão, são aqueles em virtude dos quais a pessoa foi entregue e se há uma correspondência suficiente entre os dados que figuram no mandado de detenção e os mencionados no ato processual posterior. São admitidas modificações nas circunstâncias de tempo e de lugar, desde que resultem de elementos coligidos no decurso do processo que corre no Estado-Membro de emissão relativamente aos comportamentos descritos no mandado de detenção, não alterem a natureza da infracção e não dêem origem a motivos de não execução”.

execução para proceder à audição, juntamente com a pessoa designada para a coadjuvar (artigo 6.º, n.ºs 1, alínea a) e 2, 3 e 4, da Lei n.º 65/2003)⁶⁴.

A audição processa-se de acordo com o direito do Estado de execução e as condições que tiverem sido estabelecidas por acordo mútuo. A autoridade judiciária de execução pode designar uma outra para tomar parte na audição e assegurar a correcta aplicação da disciplina jurídica e das condições acordadas com a autoridade judiciária portuguesa (artigo 6.º, n.º 5, da Lei n.º 65/2003).

No caso de *transferência temporária da pessoa procurada*, para comparência e participação em diligência processual urgente, incompatível com a tramitação normal do processo de entrega, a pessoa procurada dever poder regressar ao Estado-membro de execução para estar presente nas audiências que tenham lugar no âmbito do processo de execução do mandado (artigo 6.º, n.ºs 1, alínea b), e 6, da Lei n.º 65/2003)⁶⁵. Nestes casos, poder-se-á ponderar o recurso à videoconferência, nos termos do disposto no artigo 10.º, n.º 9, da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia⁶⁶.

2.4.3. Privilégios e imunidades

Se a pessoa procurada beneficiar de um privilégio ou de uma imunidade, caberá à autoridade judiciária de emissão apresentar o respectivo pedido para levantamento ao Estado-membro ou à organização internacional competente (artigo 27.º, n.º 3, da Lei 65/2003), assegurando-se as condições materiais necessárias à sua entrega efectiva.

2.4.4. Período de detenção

Os vários períodos de detenção resultantes da execução de um mandado devem ser integralmente deduzidos do período total da pena ou medida de segurança privativa de liberdade a cumprir no Estado-membro de emissão, cabendo à autoridade central transmitir à autoridade judiciária de emissão todas as informações pertinentes para esse efeito (artigo 10.º da Lei n.º 65/2003).

3. Modelos Práticos

⁶⁴ Note-se, contudo, que o artigo 19.º, n.º 1, da Decisão-Quadro (2002/584/JAI) não foi transposto de forma idêntica pelos vários Estados-membros: em Portugal e Espanha a pessoa procurada é ouvida pela autoridade judiciária de emissão, coadjuvada por outra pessoa designada nos termos do direito do Estado-membro de emissão, enquanto em França a pessoa procurada é ouvida por uma autoridade judiciária do Estado-membro de execução, coadjuvada por uma autoridade judiciária do Estado-membro de emissão.

⁶⁵ A autoridade judiciária portuguesa pode recorrer a esta faculdade no momento da transmissão do mandado ou apresentar o pedido posteriormente, devendo o pedido, neste último caso, observar as regras do n.º 3 do artigo 5.º da Lei 65/2003.

⁶⁶ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/2001, de 16 de Outubro de 2001, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 53/2001, de 16 de Outubro de 2001.

3. Modelos Práticos

3.1. Fase de inquérito – Despacho a ordenar a emissão de um mandado de detenção fora do flagrante delito, seguido de mandado de detenção europeu

Proc. N.º ...

CONCLUSÃO – 23-03-2018.

(Termo electrónico elaborado por ...)

= CLS=

· **Dos Mandados de Detenção Nacional e Europeu** ·

No presente inquérito, que teve origem com o auto de notícia de fls. ..., investiga-se a prática de um **crime de homicídio simples**, previsto e punido pelo artigo 131.º do Código Penal.

Com efeito, resultam fortemente indiciados os seguintes factos:

No dia ..., às ... horas, na ..., no concelho de ..., o suspeito ..., acompanhado por outros 3 indivíduos de identidade desconhecida, desferiu várias facadas no corpo de ..., atingindo-o na zona do pescoço, com um instrumento de natureza corto-perfurante, provocando-lhe uma lesão com 2,5 cm de comprimento, o que originou uma grave hemorragia e lhe provocou um choque hipovolémico por secção da veia jugular, dando origem à sua morte.

Após, o suspeito e os outros 3 indivíduos de identidade desconhecida abandonaram o local e colocaram-se em fuga para parte incerta.

Tendo em vista a localização do suspeito, a Polícia Judiciária encetou um conjunto de diligências e apurou, com ajuda das autoridades policiais espanholas, que o suspeito se encontra em Madrid, mais concretamente a residir na casa da sua tia ..., sítio na ..., local onde já foi visto e aí permanecerá oculto.

O crime por cuja prática o suspeito vem indiciado reveste uma especial gravidade, que resulta, desde logo, da elevada moldura penal. É grande o alarme social e o repúdio geral que este tipo de conduta provoca na sociedade portuguesa, que vive assustada, inquieta e insegura com a notícia da prática destes factos e, por isso, reclama uma atitude bastante firme por parte dos tribunais na reposição da validade da(s) norma(s) jurídica(s) violada(s). Existe, assim, um concreto perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas.

Por outro lado, atendendo ao modo de execução dos factos supra referidos (e infra melhor descritos), o suspeito revelou ter uma personalidade bastante violenta, fria e calculista, manifestamente desconforme ao Direito, sendo por demais evidente a falta de respeito pela vida humana e de consciência do desvalor das suas acções. Pelo que tudo nos leva a crer que o mesmo poderá facilmente, no futuro, praticar actos semelhantes, sendo real e intenso perigo de continuação da actividade criminosa.

O suspeito é natural do Brasil, pelo que terá ligações familiares àquele país. O perigo de fuga é evidente, até porque, a seguir à prática dos factos e na eminência de ser detido e presente às autoridades judiciais, o suspeito já abandonou o país e fugiu

para Espanha. Assim, é bastante expectável que o suspeito optará por continuar a se eximir à acção da justiça, fugindo para parte incerta.

Neste quadro concreto, a prisão preventiva afigura-se como a única medida de coacção adequada e necessária às exigências cautelares que, no caso, se fazem sentir, face aos concretos receios e perigos que se visam prevenir e à própria natureza do ilícito típico e à moldura abstractamente aplicável ao crime imputado ao suspeito, porque insuficientes ou inadequadas as demais medidas de coacção legalmente admissíveis e por se revelar indispensável e proporcional à gravidade do crime e às penas que previsivelmente virão a ser aplicadas ao mesmo, e para além do termo de identidade e residência que o mesmo deverá ser sujeito aquando da respectiva detenção.

Em face de tudo o exposto, o suspeito deverá ser detido, para, no prazo máximo de 48 horas, ser presente a um Juiz de Instrução Criminal para primeiro interrogatório judicial, com vista a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva.

Para esse efeito, de seguida, determinar-se-á a emissão do mandado de detenção fora de flagrante delito, com alcance nacional, e o correspondente mandado de detenção europeu.

1. Mandado de detenção com eficácia nacional

Resultam fortemente indiciados os seguintes factos:

1. No dia ..., às ... horas, na ..., no concelho de ..., o suspeito ..., acompanhado por outros 3 indivíduos de identidade desconhecida, desferiu vários socos em várias partes do corpo de

2. De seguida, o suspeito desferiu várias facadas no corpo de ..., atingindo-o na zona do pescoço, com um instrumento de natureza corto-perfurante.

3. Após, o suspeito e os outros 3 indivíduos de identidade desconhecida abandonaram o local e colocaram-se em fuga para parte incerta.

4. Como consequência do comportamento do suspeito, o ... sofreu uma fractura no membro superior esquerdo, próximo da zona do pulso, e pequenas escoriações nas mãos, no dorso e ao nível da cabeça, na região frontal.

5. Além disso, na sequência da facada no pescoço, o ... sofreu uma grave hemorragia, que lhe provocou um choque hipovolémico por secção da veia jugular, que lhe determinou a sua morte.

6. O suspeito agiu de forma livre, voluntária e consciente, com o propósito concretizado de tirar a vida de ..., ciente de que atento o instrumento utilizado (faca) e as regiões do corpo atingidas (pescoço), esse resultado (morte) era muito provável de se alcançar.

7. O suspeito sabia que a sua conduta é proibida e punida pela lei penal como crime e tinha capacidade para se determinar de acordo com tal conhecimento.

Nos presentes autos de inquérito, os factos denunciados são susceptíveis de, em abstracto, configurar a prática pelo suspeito ..., em autoria material e sob a forma consumada, de um crime de homicídio, previsto e punido pelo artigo 131.º do Código Penal, devidamente conjugados com os artigos 14.º, n.º 1, e 26.º, do mesmo diploma legal, com pena de 8 a 16 anos de prisão.

Assim, ao abrigo do disposto no artigo 27.º, n.º 3, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, e das disposições conjugadas dos artigos 254.º, n.º 1, alínea a), 257.º, n.º 1, alínea b), e 258.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, com referência aos artigos 191.º, 193.º, 202.º, n.º 1, alíneas a) e b), e 204.º, alíneas a) e c) do mesmo diploma legal, **determina-se a emissão, em triplicado, em ofício próprio e com oposição do respectivo selo branco, do respectivo mandado de detenção fora de flagrante delito, para que, no prazo máximo de 48 horas, seja presente a um Juiz de Instrução Criminal para primeiro interrogatório judicial, com vista a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva a:**

..., filho de ... e de ..., natural de ..., onde nasceu a ..., estado civil, titular do passaporte n.º ..., válido até ..., residente na ..., Madrid.

*

Os mandados de detenção deverão conter a identificação completa do suspeito a deter e a descrição sumária dos factos que se encontram indiciados e que integram o crime mencionado supra, em conformidade com o disposto no artigo 258.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), do Código de Processo Penal.

Aquando do cumprimento dos mesmos pela Polícia Judiciária, deverão ser cumpridas todas as formalidades legais, nomeadamente deverá ser exibido o mandado de detenção e entregue uma das cópias ao detido e, se for caso disso, comunicado de imediato ao seu defensor ou mandatário e, se o detido assim pretender, a parente ou a pessoa da sua confiança, tudo nos termos do disposto nos artigos 258.º, n.º 3, 259.º, alínea b), e 194.º, n.º 10, do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 260.º, do mesmo diploma legal.

No caso, porque o detido ainda não foi constituído arguido, a sua detenção deverá ser seguida da respectiva constituição e deverá o mesmo ser sujeito a termo de identidade e residência, assinando os respectivos documentos, após lhe ter sido explicado os respectivos direitos e deveres decorrentes da sua posição processual, nos termos dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), 60.º e 61.º do Código de Processo Penal, bem como de todas as obrigações decorrentes da aplicação daquela medida de coacção, nos termos do artigo 196.º do Código de Processo Penal.

Prazo para cumprimento do presente mandado: 30 (trinta) dias.

*

Após, apresente-me os mandados para assinar.

Depois, remetam-se os autos à Polícia Judiciária para respectivo cumprimento.

2. Mandado de detenção europeu

Atenta a factualidade descrita, por cuja prática o suspeito ... está fortemente indiciado pelos motivos supra mencionados e aqui tidos como renovados, esgotadas todas as diligências para detenção do suspeito, que se encontra em território europeu, mais concretamente em Madrid - Espanha, nos termos dos artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.ºs 1 e 2, alínea o), 3.º, n.º 1, 4.º, n.ºs 1 e 2, do Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, devidamente conjugados com os artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 3, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, e os artigos 254.º, n.º 1, alínea a), 257.º, n.º 1, alínea b), e 258.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, com referência aos artigos 191.º, 193.º, 202.º, n.º 1, alíneas a) e b), e 204.º, alíneas a) e c) do mesmo diploma

legal, determina-se a imediata emissão, em formulário próprio, de mandado de detenção europeu (MDE), para que ... seja detido e entregue às autoridades judiciárias portuguesas e, ulteriormente, presente ao Mm.º Juiz de Instrução Criminal para primeiro interrogatório judicial, com vista a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, conforme formulário a seguir elaborado.

*

Junte cópia da fotografia do suspeito, de fls. ..., aos formulários dos MDEs emitidos.

*

Em cumprimento do disposto nos pontos n.ºs 5.1., 5.2., 6.1., 6.2. e 7 da Circular da PGR n.º 4/04, de 18-03-2004, e no ponto n.º 1 da Circular da PGR n.º 15/04, de 18-11-2004, proceda da seguinte forma:

- a) Remeta um formulário, devidamente preenchido e acompanhado da respectiva tradução, directamente à autoridade judiciária espanhola competente para a sua execução (Servicio Común de Registro, Goya 14, 28071 Madrid, Espanha);*
- b) Remeta um formulário ao Gabinete Nacional SIRENE, para difusão nos vários Estados-Membros da União Europeia integrados no Sistema de Informação Schengen;*
- c) Remeta um formulário, em triplicado, ao Gabinete Nacional para difusão nos vários Estados-Membros da União Europeia não integrados no Sistema de Informação Schengen;*
- d) Comunique, por meio de correio electrónico, à Procuradoria-Geral da República a emissão dos MDEs, remetendo cópia;*
- e) Comunique, por meio de correio electrónico, ao Membro Nacional da EUROJUST o envio de MDEs, remetendo cópia.*

*

MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU

a) Informações relativas à identidade da pessoa procurada:

Apelido:

Nome(s) próprio(s):

Apelido de solteiro, se for caso disso:

Alcunhas ou pseudónimos, se for caso disso:

Sexo:

Nacionalidade:

Data de nascimento:

Local de nascimento: Residência (e/ou último paradeiro conhecido):

Eventual indicação dos idiomas que a pessoa procurada compreende:

Sinais particulares/descrição da pessoa procurada:

*Foto e impressões digitais da pessoa procurada, caso existam e possam ser transmitidas, ou contacto da pessoa junto da qual se poderão obter esses dados ou o perfil da ADN (se for possível enviar e se a informação não tiver sido já incluída): **Junta-se fotografia em anexo.***

b) Decisão que fundamenta o mandado de detenção:

1. Mandado de detenção ou decisão judicial com a mesma força executiva:

Tipo: **despacho proferido em 23-03-2018, pela Procuradora-Adjunta no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa - Departamento de Investigação e Acção Penal -º Secção de ..., nos termos do artigo 257.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal, com referência aos artigos 202.º, n.º 1, alíneas a) e b), e 204.º, alíneas a) e c) do mesmo diploma legal, para os efeitos do disposto no artigo 254.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, para que seja presente ao Mm.º Juiz de Instrução Criminal para primeiro interrogatório judicial, com vista a aplicação de medida de coacção de prisão preventiva.**

2. Sentença com força executiva:

Referência:

c) Indicações relativas à duração da pena:

1. Duração máxima da pena ou medida de segurança privativas de liberdade aplicável à(s) infracção/infracções: **dos autos resulta que o suspeito terá cometido um crime de homicídio, punível com pena de 8 a 16 anos de prisão.**

2. Duração da pena ou medida de segurança privativas da liberdade proferida:

Pena ainda por cumprir:

d) Indicar se a pessoa esteve presente no julgamento que conduziu à decisão: Não aplicável.

1. Sim, a pessoa esteve presente no julgamento que conduziu à decisão.

2. Não, a pessoa esteve presente no julgamento que conduziu à decisão.

3. Se assinalou a quadrícula no ponto 2, queira confirmar se se verifica uma das seguintes situações:

3.1.a. a pessoa foi notificada pessoalmente em ... (DD/MM/AAAA) e desse modo informada da data e do local previstos para o julgamento que conduziu à decisão e informada de que essa decisão podia ser proferida mesmo não estando presente no julgamento;

OU

3.1.b. a pessoa não foi notificada pessoalmente, mas recebeu efectivamente por outros meios uma informação oficial da data e do local previstos para o julgamento que conduziu à decisão, de uma forma que deixou inequivocamente estabelecido que teve conhecimento do julgamento previsto, e foi informada de que podia ser proferida uma decisão mesmo não estando presente no julgamento;

OU

3.2. tendo conhecimento do julgamento previsto, a pessoa conferiu mandato a um defensor designado por si ou pelo Estado para a sua defesa em tribunal e foi efectivamente representada por este defensor no julgamento;

OU

3.3. a pessoa foi notificada da decisão em ... (DD/MM/AAAA) e foi expressamente informada do direito a novo julgamento ou a recurso e a estar presente nesse

juízo de julgamento ou recurso, que permite a reapreciação do mérito da causa, incluindo novas provas, e pode conduzir a uma decisão distinta da inicial:

a pessoa declarou expressamente que não contestava a decisão;

OU

a pessoa não requereu novo julgamento ou recurso dentro do prazo aplicável;

OU

3.4. a pessoa não foi notificada pessoalmente da decisão, mas

– a pessoa será informada pessoalmente da decisão imediatamente após a entrega; e,

– quando notificada da decisão, a pessoa será expressamente informada do direito que lhe assiste a novo julgamento ou a recurso e a estar presente nesse julgamento ou recurso, que permite a reapreciação do mérito da causa, incluindo novas provas e pode conduzir a uma decisão distinta da inicial; e

– a pessoa será informada do prazo para solicitar um novo julgamento ou recurso, que será de ... dias.

4. Se assinalou a quadrícula no ponto 3.1.b., 3.2. ou 3.3. supra, queira fornecer informações sobre a forma como foi preenchida a condição pertinente:

e) Infracção ou infracções:

O presente mandado de detenção refere-se a um total de 1 infracção(ções).

Descrição das circunstâncias em que a(s) infracção/infracções foi/foram cometida(s), incluindo o momento (a data e hora), o local e o grau de participação da pessoa procurada na infracção/nas infracções:

No dia ..., às ... horas, na ..., no concelho de ..., o suspeito ..., acompanhado por outros 3 indivíduos de identidade desconhecida, desferiu vários socos em várias partes do corpo de

De seguida, o suspeito desferiu várias facadas no corpo de ..., atingindo-o na zona do pescoço, com um instrumento de natureza corto-perfurante.

Após, o suspeito e os outros 3 indivíduos de identidade desconhecida abandonaram o local e colocaram-se em fuga para parte incerta.

Como consequência do comportamento do suspeito, o ... sofreu uma fractura no membro superior esquerdo, próximo da zona do pulso, e pequenas escoriações nas mãos, no dorso e ao nível da cabeça, na região frontal.

Além disso, na sequência da facada no pescoço, o ... sofreu uma grave hemorragia, que lhe provocou um choque hipovolémico por secção da veia jugular, que lhe determinou a sua morte.

O suspeito agiu de forma livre, voluntária e consciente, com o propósito concretizado de tirar a vida de ..., ciente de que atento o instrumento utilizado (faca) e as regiões do corpo atingidas (pescoço), esse resultado (morte) era muito provável de se alcançar.

O suspeito sabia que a sua conduta é proibida e punida pela lei penal como crime e tinha capacidade para se determinar de acordo com tal conhecimento.

Natureza e qualificação jurídica da(s) infracção/infracções e disposição legal/código aplicável: um crime de homicídio, em autoria material e sob a forma consumada, previsto e punido pelo artigo 131.º do Código Penal.

I. Indicar, se for caso disso, se se trata de uma ou mais das infracções que se seguem, puníveis no Estado-membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos e tal como definidas pela legislação do Estado-membro de emissão:

- participação numa organização criminosa*
 - terrorismo*
 - tráfico de seres humanos*
 - exploração sexual de crianças e pedopornografia*
 - tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas*
 - tráfico ilícito de armas, munições e explosivos*
 - corrupção*
 - fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias na acepção da convenção de 26 de Julho de 1995, relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias*
 - branqueamento dos produtos do crime*
 - falsificação de moeda, incluindo a contrafacção do euro*
 - cibercriminalidade*
 - crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas*
 - auxílio à entrada e à permanência irregulares*
 - homicídio voluntário, ofensas corporais graves***
 - tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos*
 - rapto, sequestro e tomada de reféns*
 - racismo e xenofobia*
 - roubo organizado ou à mão armada*
 - tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte*
 - burla*
 - extorsão de protecção e extorsão*
 - contrafacção e piratagem de produtos*
 - falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico*
 - falsificação de meios de pagamento,*
 - tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento*
 - tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos*
 - tráfico de veículos roubados*
 - violação*
 - fogo-posto*
 - crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional*
 - desvio de avião ou navio*
 - sabotagem*
- II. Descrição completa da(s) infracção/infracções que não se encontrem previstas no ponto I:*

f) Outras circunstâncias pertinentes para o processo (facultativo):

[NB: Incluir aqui eventuais observações sobre extraterritorialidade, interrupção de prazos e outras consequências da(s) infracção/infracções]

g) O presente mandado engloba também a apreensão e a entrega de bens que poderão servir de prova: Não aplicável.

O presente mandado engloba também a apreensão de bens adquiridos pela pessoa procurada em resultado da infracção:

Descrição (e localização) dos bens (se possível):

h) A(s) infracção/infracções que estão na base do presente mandado de detenção é/são passíveis de pena ou medida de segurança privativas de liberdade com carácter perpétuo ou tem (têm) por defeito tal pena ou medida: Não aplicável.

– o sistema jurídico do Estado-membro de emissão preveja uma revisão da pena proferida – o mais tardar, no prazo de 20 anos – com vista ao não cumprimento de tal pena ou medida,

e/ou

– o sistema jurídico do Estado-membro de emissão permite a aplicação de medidas de clemência, a que a pessoa tenha direito nos termos do direito ou da prática do Estado-membro de emissão, com vista ao não cumprimento de tal pena ou medida.

i) Autoridade judiciária que emitiu o mandado:

Designação oficial: **Ministério Público – Procuradoria da República da Comarca de Lisboa – Departamento de Investigação e Acção Penal –ª Secção de ...**

Nome do seu representante: ...

Função (título/grau): **Procuradora-Adjunta**

Referência do processo: ...

Endereço: ..., **Portugal**

Telefone: **(+351) ...**

Fax: **(+351) ...**

Endereço de correio electrónico: **...diap@tribunais.org.pt**

Contacto da pessoa indicada para tratar dos necessários aspectos práticos inerentes à entrega:

Caso tenha sido designada uma autoridade central para a transmissão e recepção administrativas dos mandados de detenção europeus: Não aplicável

Nome da autoridade central:

Pessoa eventualmente a contactar (título/grau e nome):

Endereço:

Telefone:

Fax:

Endereço de correio electrónico:

Assinatura da autoridade judiciária de emissão e/ou do seu representante:

Data: **23-03-2018**

Carimbo oficial (eventualmente):

Lisboa, 23-03-2018.

A Procuradora-Adjunta,

3.2. Fase de julgamento – Promoção de justificação para a não emissão do mandado de detenção europeu

Proc. N.º ...

VISTA – 23-03-2018.

(Termo electrónico elaborado por ...)

= VT.º =

Nos presentes autos, o arguido foi acusado pela prática de um crime de furto simples, previsto e punido pelo artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal.

O arguido foi declarado contumaz, por despacho de ... 2018 (Ref.º: ...).

Apurou-se que o mesmo se encontra, actualmente, a residir em Paris, França (Ref.º: ...).

In casu, a detenção do arguido só é admissível ao abrigo do disposto no artigo 337.º, n.º 1, e 336.º, n.º 2, do Código de Processo Penal. Com efeito, a declaração de contumácia implica para o arguido a passagem de mandados de detenção para a prestação de TIR, por forma a fazer cessar a contumácia. Assim, uma vez localizado o seu paradeiro, deverá ser-lhe tomado TIR, sendo desnecessária a sua deslocação a este tribunal para esse efeito.

Com efeito, não sendo possível a aplicação ao arguido de uma medida de coacção privativa da liberdade (cfr. artigos 201.º e 202.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal), o mesmo apenas poderá permanecer detido pelo período máximo de 48 horas, nos termos do artigo 254.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente ao processo de execução do MDE por força do disposto no artigo 34.º da Lei n.º 65/2003.

No caso em apreço, com a sua detenção no cumprimento de um MDE, o arguido irá ficar detido por um período de tempo superior (cfr. artigo 26.º da Lei n.º 65/2003), o que se afigura manifestamente desproporcional face aos fins que se visam com a detenção (rectius, a prestação de TIR, por forma a fazer cessar a contumácia e ser o mesmo submetido a julgamento), nos termos do disposto no artigo 18.º, 27.º e 28.º da Constituição da República Portuguesa.

Em face do exposto, considerando tudo o que antecede e sem necessidade de ulteriores considerandos, promovo que não se proceda à emissão dos MDEs, porquanto apenas se visa colher TIR relativamente ao arguido e o crime por que está acusado não admite a prisão preventiva, sendo a Carta Rogatória o acto processual adequado a esse desiderato.

Lisboa, 23-03-2018.

A Procuradora-Adjunta,

V. Notas finais

Em jeito de *conclusão*, cumpre sumariar-se o seguinte:

1. O MDE é uma decisão judiciária que substituiu o tradicional sistema de extradição e constituiu a primeira concretização, no domínio do direito penal europeu, do princípio do reconhecimento mútuo, com vista à detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade.
2. A confiança na sua aplicação tem sido posta em causa pela frequência com que o MDE é emitido para entrega de pessoas procuradas por delitos menos graves (as chamadas “*bagatelas penais*”).
3. As autoridades judiciárias devem, na sua actuação, respeitar as normas e os princípios constitucionais (*máxime*, os artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), salvaguardando-se, assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais afectados com a emissão (e, conseqüente, execução) do MDE.
4. Antes de emitirem um MDE, as autoridades judiciárias devem considerar os meios alternativos oferecidos pelo Código de Processo Penal (*v.g.*, artigos 333.º, n.ºs 2 e 4, 334.º, n.º 2, e 335.º daquele diploma legal), bem como a possibilidade de utilização de outras medidas previstas em instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal (*v.g.*, a decisão europeia de investigação, a transferência de detidos, a transferência e de decisões relativas à liberdade condicional, a sanções alternativas e a aplicação de sanções pecuniárias, a transmissão de processos penais, etc.).
5. Não se justifica a emissão de um MDE unicamente para assegurar a presença do arguido na audiência de julgamento, nem para fazer cessar a declaração de contumácia.
6. Em obediência a um princípio de proporcionalidade, o MDE só deverá ser emitido quando existir uma probabilidade séria de a pessoa cuja entrega se pretende poder vir a ficar em prisão preventiva.

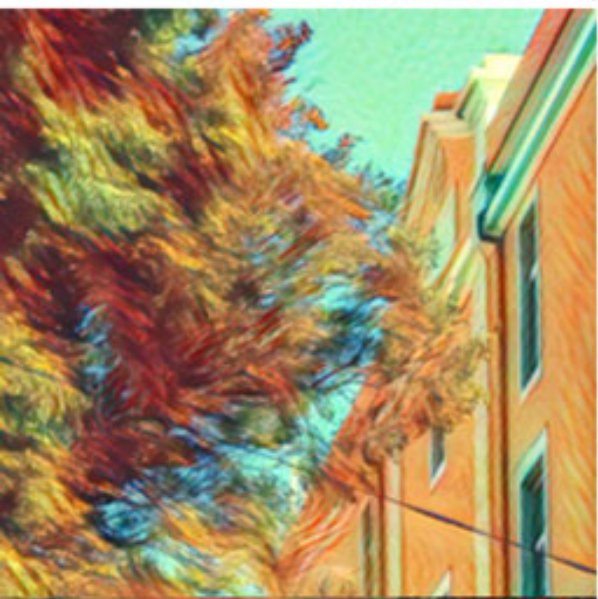
VI. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, “Cooperação Judiciária e Princípios Constitucionais”, in AA.VV., *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, [coord.] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- COSTA, João Pedro Lopes Costa, “A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo”, in AA.VV., *Temas de Extradução e Entrega*, [coord.] Pedro Caeiro, Almedina, Coimbra, 2015.
- GONÇALVES, Orlando Manuel Jorge, “O princípio da proporcionalidade e os pressupostos para a emissão do MDE na jurisprudência portuguesa”, in AA.VV., *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, [coord.] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias E Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- GRAÇA, António Pires Henriques da, *O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.
- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- PALMA, Maria Fernanda Palma, “O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia”, in AA.VV., *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, [coord.] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- PEREIRA, Luís Silva, “Alguns aspectos da implementação do regime relativo ao Mandado de Detenção Europeu”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, Ano 24, Lisboa, Outubro/Dezembro 2003.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, in AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Vol. III*, IDPEE, FDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “Um sistema sancionatório penal para a União Europeia – entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonização”, in *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 34). Para maiores

desenvolvimentos, *vd.* TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *A Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Penal: O Espaço Ibérico em Particular*, Almedina, Coimbra, 2013.

- SILVEIRA, Alessandra, “Comentário ao artigo 52.º”, in AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, [coord.] Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, Maio, 2013.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Almedina, Coimbra, 2006.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2.

Emissão de mandado
de detenção europeu
e o princípio da
proporcionalidade

Carla Elisabete Sousa Oliveira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. EMISSÃO DE MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Carla Elisabete Sousa Oliveira*

I. Introdução
II. Objectivos
III. Resumo
1. Enquadramento geral
1.1. A origem do mandado de detenção europeu
1.2. O mandado de detenção europeu no ordenamento jurídico português
1.3. Noção de mandado de detenção europeu e principais características
2. Âmbito de aplicação
2.1. Âmbito de aplicação territorial
2.2. Âmbito de aplicação temporal
2.3. Âmbito de aplicação material: requisitos materiais para a emissão de um mandado de detenção europeu
2.3.1. Para efeitos de procedimento penal
2.3.2. Para efeitos de cumprimento de pena ou medida de segurança privativa da liberdade
2.3.3. Necessidade de uma decisão judicial com força executiva
2.3.4. Autoridade judiciária competente para a emissão do mandado de detenção europeu
3. A emissão do mandado de detenção europeu e o princípio da proporcionalidade
3.1. Enquadramento jurídico: os direitos e princípios jurídicos fundamentais como limites à emissão do mandado de detenção europeu
3.2. A emissão do mandado de detenção europeu e a medida de coacção de prisão preventiva
3.3. A emissão do mandado de detenção europeu e a declaração de contumácia
3.4. A emissão do mandado de detenção europeu e o cumprimento da pena de prisão subsidiária
3.5. Caso <i>Molamphy v. Portugal</i>
3.6. Outras medidas previstas nos instrumentos jurídicos da união de cooperação judiciária em matéria penal
IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O presente trabalho intitulado "O Mandado de Detenção Europeu e o Princípio da Proporcionalidade. Enquadramento Jurídico, prática e gestão processual" pretende ser uma reflexão sobre o princípio da proporcionalidade e a sua relevância em momento prévio à emissão do Mandado de Detenção Europeu, dando, assim, a conhecer em que medida os direitos e princípios jurídicos fundamentais, como o direito à liberdade, que constituem o ordenamento jurídico português e o direito da União Europeia são limites à emissão do Mandado de Detenção Europeu.

Nessa medida, aborda-se ainda a possibilidade das autoridades judiciárias de emissão deverem ponderar a utilização de outras medidas previstas nos instrumentos jurídicos da União Europeia de cooperação judiciária em matéria penal.

II. Objectivos

O primeiro objectivo do presente trabalho é o de permitir aos seus destinatários perceber o contexto histórico em que surge o mandado de detenção europeu, debruçando-se sobre a respectiva noção e principais características e, bem assim, o seu âmbito de aplicação territorial, temporal e material e competência para a respectiva emissão.

Por outro lado, outro dos objectivos fixados é o de permitir aos seus destinatários o entendimento de que, pese embora o preenchimento dos respectivos requisitos materiais, previamente à emissão do mandado de detenção europeu deverão, ainda, ser considerados os direitos e princípios jurídicos fundamentais que constituem o ordenamento jurídico português e o direito da União Europeia. Neste sentido, é feita uma ponderação quanto à emissão do mandado de detenção europeu, para efeitos de procedimento criminal, quando o arguido apenas se encontra sujeito à medida de coacção de TIR – Termo de Identidade e Residência, não sendo possível a aplicação ao caso concreto da medida de prisão preventiva, ou quando o mesmo se encontra declarado contumaz; e quanto à emissão do mandado de detenção europeu para efeitos de cumprimento de pena de prisão subsidiária.

Outro dos objectivos do presente trabalho é o de permitir aos seus destinatários conhecer a existência de outros instrumentos jurídicos da União de cooperação em matéria penal, os quais poderão funcionar como alternativa à emissão do mandado de detenção europeu.

III. Resumo

O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega, por outro Estado-Membro, de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, sendo executado com base no princípio do reconhecimento mútuo e em conformidade com o disposto na Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho e na Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

O mandado de detenção europeu é aplicável às relações entre os Estados-Membros da União Europeia e pode ser emitido por factos puníveis, pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses (quando tem por finalidade o procedimento penal) ou, quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que a sanção aplicada tenha duração não inferior a 4 meses, sem controlo, em muitos casos, da dupla incriminação.

A emissão em Portugal de mandado de detenção europeu compete à autoridade judiciária competente para ordenar a detenção ou a prisão da pessoa procurada nos termos da lei portuguesa.

A execução de um mandado de detenção europeu projecta-se no espaço da União, constituindo uma restrição importante do direito fundamental à liberdade. Neste sentido; em

momento prévio à emissão do mandado de detenção europeu, a autoridade judiciária portuguesa não pode deixar de considerar os direitos e princípios jurídicos fundamentais que constituem o ordenamento jurídico português e o direito da União Europeia, procurando na ponderação do contexto das situações a que a detenção pretende dar resposta, o justo equilíbrio entre a liberdade e a segurança.

Não basta pois, para efeitos de emissão de um mandado de detenção europeu a mera verificação dos pressupostos materiais vertidos na Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho e na Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto: a decisão que previamente é tomada quanto à emissão do mandado de detenção europeu deverá obedecer aos princípios da legalidade, da excepcionalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade *lato sensu*.

Na ponderação que cabe ao Estado-Membro da emissão realizar, poder-se-ão equacionar, entre outros, os seguintes factores: a gravidade da infracção (por exemplo, o dano ou o perigo que causou); a sanção provável imposta se a pessoa for considerada culpada da alegada infracção (por exemplo, se poderá ser uma pena de prisão) e os interesses das vítimas da infracção.

Por outro lado, as autoridades judiciárias de emissão deverão, ainda, ponderar se outras medidas de cooperação judiciária poderiam ser utilizadas em detrimento da emissão de um mandado de detenção europeu, uma vez que, ao nível da cooperação judiciária internacional penal, outros instrumentos jurídicos existem que prevêm medidas que se mostram eficazes e menos restritivas, como sejam, entre outras, a decisão europeia de investigação, a transferência de detido, a transferência de decisões relativas à liberdade condicional e a sanções alternativas e a decisão Europeia de Controlo Judicial.

1. Enquadramento geral

1.1. A origem do Mandado de Detenção Europeu

O Tratado de Amesterdão entrou em vigor em 01 de Maio de 1999, tendo introduzido o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça como um objectivo da União Europeia, por forma a ser "*assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno*".¹

Em causa estava a criação de uma área, na qual a liberdade de circulação possa ser exercida em condições de segurança e de justiça acessíveis a todos, destinando-se não só aos cidadãos da União Europeia, como também a todos aqueles que se encontrem legalmente no território da União.

¹ Cf. Artigo 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia.

Por outro lado, o Tratado de Amesterdão integrou o "Acquis Schengen" no acervo da União Europeia.

Um dos objectivos do Tratado de Amesterdão foi facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, através da prevenção e combate à criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos, os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de armas, o tráfico de droga e o combate à corrupção e à fraude através, quer de uma cooperação mais estreita entre autoridades judiciárias e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, quer da aproximação de disposições de direito penal dos Estados-Membros.²

A importância conferida ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça pelo Tratado de Amesterdão foi reforçada com a realização, em 15 e 16 de Outubro de 1999, de um Conselho Europeu, em Tampere.

As conclusões do Conselho Europeu de Tampere³ constituíram o fundamento do trabalho desenvolvido pela UE em matéria de cooperação judiciária penal e mais do que um mero enunciar de princípios, constituíram um desenvolvimento qualitativo nos trabalhos da União Europeia e um momento essencial na história do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Para além das múltiplas áreas aí elencadas (protecção das vítimas, prevenção da criminalidade, luta contra a criminalidade – Eurojust, Task Force Chefes de Polícia, equipas de investigação conjuntas, Academia Europeia de Polícia, reforço da Europol, Estratégia contra a droga – acção específica contra o branqueamento de capitais), que foram efectivamente incrementadas, foi retomada a ideia de um Plano de Acção para Concretização do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, "tendo-se concluído que o reconhecimento mútuo de decisões se deveria tornar o eixo essencial da cooperação judiciária na União Europeia tanto em matéria penal como em matéria civil, aplicável quer a sentenças judiciais, quer a outras decisões de autoridades judiciárias".⁴

Com vista à execução do princípio do reconhecimento mútuo de decisões penais foi adaptado um programa de medidas, no qual se abordava a questão da execução mútua de mandados de detenção, conforme decorre do ponto 37 das conclusões do Conselho Europeu de Tampere:

"O Conselho Europeu solicita ao Conselho e à Comissão que adaptem, até Dezembro de 2000, um programa legislativo tendo em vista a implementação do princípio do reconhecimento mútuo. No âmbito deste programa, deverão igualmente ser iniciados trabalhos sobre um título executório europeu e sobre os aspectos do direito processual relativamente aos quais se consideram necessárias normas mínimas comuns para facilitar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, no respeito dos princípios jurídicos fundamentais dos Estados-Membros".

² Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.07.2012, Proc. n.º 48/12.2YREVR.SI, Relator Conselheiro Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt.

³ Disponíveis em http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm.

⁴ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.07.2012, Proc. n.º 48/12.2YREVR.SI, Relator Conselheiro Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt.

A consagração do mandado de detenção europeu surgiu no ordenamento jurídico europeu após os acontecimentos ocorridos nos Estados Unidos da América em 11 de Setembro de 2001 ("Atentados de 11 de Setembro"), e teve em vista a realização do objectivo da União Europeia de se tornar num espaço de liberdade, segurança e justiça, garantindo a livre circulação das pessoas, em segurança e no respeito pelos seus direitos fundamentais.

Nessa sequência, surge a Decisão Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu, doravante designado por MDE, adaptada pelo Conselho em 13 de Junho de 2002 – Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias em 18 de Julho de 2002 (JO L 190, 18.7.2002) –, sendo que os Estados-Membros ficaram obrigados a desenvolver todas as medidas necessárias para lhe dar cumprimento até ao dia 31 de Dezembro de 2003.

O Considerando 5 da sobredita Decisão-Quadro esclarece, nos seguintes termos, a finalidade que o novo instrumento pretende realizar:

"O objectivo que a União fixou de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça conduz à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à substituição desta por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias, sendo que a instauração de um novo regime simplificado de entrega de pessoas condenadas ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças ou de procedimento penal permite suprimir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos actuais procedimentos de extradição. As relações de cooperação clássicas que até ao momento prevaleceram entre Estados-Membros devem dar lugar a um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como transitadas em julgado, no espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça".

Por seu turno, dispõe o Considerando 10 da Decisão-Quadro relativa ao MDE que: "O mecanismo do mandado de detenção europeu é baseado num elevado grau de confiança entre os Estados-Membros. A execução desse mecanismo só poderá ser suspensa no caso de violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos princípios enunciados no n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, verificada pelo Conselho nos termos do n.º 1 do artigo 7.º do mesmo Tratado e com as consequências previstas no n.º 2 do mesmo artigo".

Conforme decorre dos *supra* citados considerandos, na base da Decisão-Quadro relativa ao MDE está o objectivo fixado pela União Europeia de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o que conduziu à eliminação da figura da extradição entre os Estados-Membros e à substituição daquele mecanismo de cooperação judiciária por um *sistema de entrega entre autoridades judiciárias*.

A instauração deste novo regime simplificado de entrega de pessoas condenadas ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças, ou de procedimento penal, permitiu suprimir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos actuais procedimentos de extradição. As relações de cooperação clássicas que, até à criação da referida figura, prevaleciam entre os

Estados-Membros deram lugar a um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial, como transitadas em julgado, no espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça.⁵

O MDE representa, assim, "*a primeira concretização no domínio do direito penal do princípio do reconhecimento mútuo que o Conselho Europeu qualificou de pedra angular da cooperação judiciária*".⁶

1.2. O Mandado de Detenção Europeu no ordenamento jurídico português: quadro jurídico de referência

Na sequência da obrigação que recaiu sobre os Estados-Membros no sentido de desenvolverem todas as medidas necessárias para dar cumprimento até ao dia 31 de Dezembro de 2003 à Decisão-Quadro relativa ao MDE, no plano da transposição legislativa para o direito interno, a Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, aprovou o regime jurídico do mandado de detenção europeu, em cumprimento da sobredita Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho.

A referida Lei foi já alterada pela Lei n.º 35/2015, de 4 de Maio, em cumprimento da Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, de 27 de Fevereiro de 2009.

Ao nível dos procedimentos a adoptar pelo Ministério Público em matéria de emissão de um MDE encontram-se em vigor as Circulares da Procuradoria-Geral da República n.º 4/2004, de 18 de Março e n.º 15/2004, de 18 de Novembro.

1.3. Noção de Mandado de Detenção Europeu e principais características

Nos termos do disposto no artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, que reproduz o vertido no artigo 1.º, n.º 1, da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, o MDE "*é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade*".

O MDE é uma decisão judiciária emitida por uma autoridade judiciária, com força executiva na União Europeia, tendo por base o princípio do reconhecimento mútuo e em conformidade com o disposto na *supra* referida Lei e na Decisão-Quadro – artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

⁵ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.07.2012, Proc. n.º 48/12.2YREVR.SI, Relator Conselheiro Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt.

⁶ Cf. Considerando 6 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, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias em 18 de Julho de 2002 (JO L 190, 18.7.2002).

O MDE é decisão válida em toda a União Europeia e, quando recebida por uma autoridade judiciária de um Estado-membro, deve ser por ela executada do modo mais expedito e simplificado possível, apenas mediante um controlo mínimo de um conjunto de requisitos formais legalmente previstos.

O seu núcleo essencial reside em que, *"desde que uma decisão é tomada por uma autoridade judiciária competente, em virtude do direito do Estado-Membro de onde procede, em conformidade com o direito desse Estado, essa decisão deve ter um efeito pleno e directo sobre o conjunto do território da União"*. Significa isto que as autoridades competentes do Estado-Membro no território no qual a decisão pode ser executada devem prestar a sua colaboração à execução dessa decisão como se se tratasse de uma decisão tomada por uma autoridade competente deste Estado.

A entrega constitui um processo mais célere do que anteriormente e obedece a prazos processuais significativamente mais curtos. Por outro lado, é um processo de natureza exclusivamente judicial: o MDE, no qual se baseia, é uma decisão de uma autoridade judiciária transmitida directamente a uma autoridade judiciária, decorrendo o processo de cooperação entre autoridades judiciárias, sem que haja lugar a uma fase inicial de apreciação política do pedido – foi, assim, eliminada no MDE a fase de intervenção do poder executivo, destinada à ponderação de critérios de oportunidade política.

Ademais, este é um procedimento simplificado: por um lado, o controlo do MDE realizado pela autoridade judiciária é mínimo e essencialmente formal, sendo que as causas de recusa da sua execução são mais limitadas do que as previstas pelo anterior sistema de extradição.

Neste particular, mostra-se essencial realçar o desaparecimento da nacionalidade como causa de recusa, sendo instituída a entrega de nacionais como regra e princípio geral.

Não obstante, esta regra surge mitigada por dois factores: de um lado, admite-se que, nos casos em que é pedida a entrega de nacional para cumprimento de pena ou medida de segurança, o Estado-Membro de execução recuse, desde que assuma o compromisso de executar ele próprio a pena ou medida de segurança.

De outro lado, permite-se que o Estado de execução, ao consentir na entrega de nacional para procedimento penal, exija ao Estado de emissão a prestação de garantia de que a pessoa lhe será devolvida para cumprimento da pena ou medida de segurança que eventualmente venha a ser aplicada. A natureza simplificada da entrega manifesta-se, por outro lado, na eliminação do controlo da dupla incriminação para uma lista de 32 condutas legalmente previstas, desde que sejam puníveis, no Estado de emissão, por pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 3 anos.⁷

Sem prejuízo da prévia existência de uma sentença nacional com força executiva, ou um mandado de detenção nacional ou uma decisão judiciária da mesma natureza, tendo em vista

⁷ Adriana, Barreiros, *in* A Aplicação do Mandado de Detenção Europeu pelos Tribunais Portugueses, Ordem dos Advogados, Relatório Geral.

a simplificação e facilitação do pedido, está prevista a formulação uniforme dos pedidos através de um formulário que consubstancia o MDE.⁸

2. Âmbito de aplicação

2.1. Âmbito de aplicação territorial

O MDE é uma decisão judiciária aplicável às relações entre os Estados-Membros da União Europeia.

A Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro, que operou a quinta revisão constitucional, veio alterar o artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa, acrescentando o actual n.º 5, no qual se dispõe que: "*[o] disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia*" (sublinhado nosso).

Desta forma, foi possível dar cumprimento às obrigações decorrentes do MDE.

Com efeito, o artigo 33.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa consagra a favor da cooperação judiciária uma excepção aos limites à cooperação decorrentes da prisão perpétua e da nacionalidade, previstos nos n.ºs 3 e 4 daquela disposição legal.

Por outro lado, o n.º 6 do artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa ao estabelecer que "*Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física*" dá concretização constitucional ao novo conceito de entrega preconizado, nomeadamente, na cooperação europeia realizada com base no MDE.

2.2. Âmbito de aplicação temporal

O regime jurídico do MDE entrou em vigor no dia 01 de Janeiro de 2004, aplicando-se a todos os pedidos formulados após esta data, independentemente da data da prática dos factos – cf. artigo 40.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

Não obstante o exposto, o artigo 32.º, n.º 1, 2.ª parte, Decisão Quadro dispõe que "*(...) todavia, qualquer Estado-Membro pode, no momento da aprovação da presente decisão-quadro, fazer uma declaração indicando que, enquanto Estado-Membro de execução, continuará a tratar de acordo com o sistema de extradição aplicável antes de 1 de Janeiro de 2004 os pedidos relacionados com factos praticados antes de uma data que especificará. A*

⁸ Vide ANEXO II, da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho.

data em questão não pode ser posterior a 7 de Agosto de 2002. A referida declaração será publicada no Jornal Oficial, podendo ser retirada a qualquer momento”.

Conforme decorre da citada disposição legal, para os Estados-Membros que tenham emitido aquela declaração, no que se refere a factos praticados em momento anterior a 7 de Agosto de 2002, as autoridades judiciais portuguesas apenas poderão obter a entrega da pessoa procurada através do pedido de extradição tradicional.⁹

2.3. Âmbito de aplicação material – Requisitos para a emissão do mandado de detenção europeu

Estabelece o artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto que: “[o] mandado de detenção europeu é uma decisão judicial emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade” – no mesmo sentido, dispõe o artigo 1.º, n.º 1, da Decisão-Quadro relativa ao MDE.

De acordo com o disposto nas mencionadas disposições legais, a autoridade judicial portuguesa poderá emitir um MDE com uma de duas finalidades: por um lado, para efeitos de procedimento penal (processos penais, nos quais a pessoa procurada é susceptível de vir a ser punida) e, por outro lado, para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade (penas ou medidas de segurança privativas da liberdade com força executiva impostas por um tribunal por prática de infracções penais).

2.3.1. Para efeitos de procedimento penal

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto “[o] mandado de detenção europeu pode ser emitido por factos puníveis, pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses (...)” – no mesmo sentido, dispõe o artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, da Decisão-Quadro relativa ao MDE.

Assim, quando em causa está a emissão de um MDE para efeitos de procedimento penal, os factos cuja investigação se leva a cabo terão de ser puníveis pelo direito nacional com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração não inferior a 12 meses – 12 meses corresponderá à pena máxima possível para a infracção prevista no direito nacional do Estado-Membro de emissão, sendo irrelevante a pena máxima prevista no Estado-Membro da execução.

⁹ São os seguintes os Estados-Membros que emitiram a declaração a que alude o *supra* mencionado artigo 32.º, n.º 1, 2.ª parte da Decisão Quadro: Áustria (factos praticados após 7 de Agosto de 2002); Eslovénia (factos praticados após 7 de Agosto de 2002); França (factos praticados após 1 de Novembro de 1993); Itália (factos praticados após 7 de Agosto de 2002); Luxemburgo (factos praticados após 7 de Agosto de 2002); República Checa (factos praticados após 1 de Novembro de 2004); Chipre (factos praticados por nacionais após 1 de Maio de 2004).

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 2015, *Openbaar Ministerie v A*, C-463/15 PPU, no qual se decidiu que:¹⁰

“Os artigos 2.º, n.º 4, e 4.º, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho [...] devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que a entrega com base num mandado de detenção europeu seja sujeita, no Estado-Membro de execução, não apenas ao requisito de que o facto pelo qual o mandado de detenção foi emitido constitua uma infracção nos termos do direito desse Estado-Membro mas também ao requisito de que, segundo esse mesmo direito, tal facto seja punível com uma pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a doze meses”.

O procedimento penal deve ser entendido não apenas como se referindo à fase de inquérito propriamente dita, mas também à fase anterior ao julgamento de um processo penal.

2.3.2. Para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, parte final, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto “{o} mandado de detenção europeu pode ser emitido (...) quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que a sanção aplicada tenha duração não inferior a 4 meses” – no mesmo sentido, dispõe o artigo 2.º, n.º 1, parte final, da Decisão-Quadro relativa ao MDE.

Atento o teor das mencionadas disposições legais, encontrando-se em causa o cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativa da liberdade, cuja duração seja de, pelo menos, quatro meses, mostra-se possível a emissão de um MDE.

Conforme se expõe no Manual sobre a Emissão e a Execução de um Mandado de Detenção Europeu as “... disposições nacionais em matéria de libertação antecipada ou condicional, ou outras normas similares de que resulte uma prisão efectiva mais curta, susceptíveis de serem aplicáveis na sequência da entrega da pessoa ao Estado-Membro de emissão não são relevantes para a determinação do período mínimo de quatro meses. Não existe qualquer relação entre a duração efectiva e potencial da pena. Tal significa que quando uma pessoa já tenha sido condenada a uma pena privativa de liberdade pronunciada enquanto sanção única por infracções múltiplas e a duração da pena aplicada é igual ou superior a quatro meses, o MOE pode ser emitido independentemente da pena máxima possível para cada uma das infracções”.¹¹

¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 2015, *Openbaar Ministerie v A*, C-463/15 PPU, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/d>.

¹¹ Nota da Comissão de 28.09.2017, Manual sobre a Emissão e a Execução de um Mandado de Detenção Europeu, Comissão Europeia, Bruxelas, pág. 16.

2.3.3. Necessidade de uma decisão judiciária com força executiva

Em momento anterior à emissão do MDE deverá sempre ter sido proferida pela autoridade judiciária competente uma decisão judiciária nacional com força executiva, cuja natureza dependerá da finalidade com que é emitido o MDE.

Assim, sendo o MDE emitido para efeitos de procedimento penal, anteriormente a tal emissão, deverá ter sido emitido um mandado de detenção nacional ou "*proferida qualquer outra decisão judicial com a mesma força executiva pelas autoridades judiciárias competentes do Estado-Membro de emissão*" – cf. artigo 8.º, n.º 1, alínea c), da Decisão-Quadro relativa ao MDE e artigo 3.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

Tal mandado de detenção nacional ou qualquer outra decisão judicial serão necessariamente distintos do próprio MDE.¹²

Por outro lado, sendo o MDE emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, deverá previamente existir uma decisão nacional, com força executiva, que se traduza numa condenação em pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

O que vem de dizer-se permite assegurar um duplo nível de protecção dos direitos processuais e fundamentais de que a pessoa procurada deve beneficiar. Com efeito, essa protecção jurisdicional ocorre num primeiro patamar, quando é emitida a decisão judiciária nacional e, num segundo patamar, quando o próprio MDE é emitido. De tal forma que, quando aquele primeiro patamar é omitido, quer porque inexistente qualquer decisão judiciária nacional ou porque esta não é emitida pela autoridade competente, falham em absoluto aqueles dois níveis de protecção – neste sentido, vide Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-241/15, *Bob-Dogi*, no qual se decidiu que:

"O artigo 8.º, n.º 1, alínea c), da Decisão-Quadro 2002/584 {...} deve ser interpretado no sentido de que, quando um mandado de detenção europeu, que se baseia na existência de um «mandado de detenção» na aceção desta disposição, não contém indicação da existência de um mandado de detenção nacional, a autoridade judiciária de execução não deve dar-lhe seguimento se, à luz das informações comunicadas em aplicação do artigo 15.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, conforme alterada, bem como de todas as informações de que dispõe, essa autoridade constatar que o mandado de detenção europeu não é válido, uma vez que foi emitido sem que tenha efectivamente sido emitido um mandado de detenção nacional distinto do mandado de detenção europeu".

¹² Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15, disponível em <http://eur-lex.europa/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0241>.

2.3.4. Autoridade judiciária competente para a emissão do mandado de detenção europeu

Estabelece o n.º 1 do artigo 6.º da Decisão Quadro que: "*[a] autoridade judiciária de emissão é a autoridade judiciária do Estado-Membro de emissão competente para emitir um mandado de detenção europeu nos termos do direito desse Estado*".

De acordo com o artigo 36.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, é competente para a emissão do mandado de detenção europeu a autoridade judiciária competente para ordenar a detenção ou a prisão da pessoa procurada nos termos da lei portuguesa.

Esta disposição legal remete-nos, indubitavelmente, para o disposto nos artigos 257.º e 268.º, ambos do Código de Processo Penal, o qual especifica quais as entidades que poderão proceder à detenção fora de flagrante delito.

Assim, atento o teor daquelas disposições legais, no que se refere à emissão do MDE, a mesma é da competência das autoridades judiciárias da comarca, onde se desenrolam as fases que constituem o procedimento criminal e o cumprimento das sanções (pena ou medida de segurança) aplicadas, ou seja, ao Ministério Público e ao Juiz de Instrução nas fases de inquérito e instrução ou ao Juiz, na fase de julgamento.

De forma breve, diremos que, a possibilidade de um MDE poder ser emitido pelo Ministério Público é, contudo, uma questão controversa no nosso ordenamento jurídico, surgindo posições que, embora com fundamentos distintos, clamam a inconstitucionalidade do referido artigo 36.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.¹³

O Tribunal de Justiça da União Europeia, nos Acórdãos, de 10 de Novembro de 2016, do Processo C-452/16, PPU Poltorak e Processo C-447/16 PPU Kovalkovas, entendeu que a expressão autoridade judiciária constante do artigo 6.º, n.º 1, da Decisão Quadro, acima citado, não se limita a designar apenas os juízes ou os tribunais de um Estado-Membro, mas pode abranger, em termos mais gerais as autoridades que participam na administração da justiça no sistema jurídico em causa. Contudo, considerou, ainda, o Tribunal de Justiça que a autoridade judiciária referida naquela disposição legal não pode ser interpretada como permitindo abranger do mesmo modo os serviços de polícia ou um órgão executivo de um Estado-Membro, tal como um ministério e que os actos emitidos por essas autoridades não podem ser considerados decisões judiciárias.

Por outro lado, no que respeita ao processo judicial de execução do mandado de detenção europeu, é o Tribunal da Relação da área do domicílio da pessoa procurada ou, se não o tiver, da área onde a mesma se encontrar à data da emissão do mandado – cf. artigo 15.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

¹³ Albuquerque, Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, Edição 2007, pág. 663; e Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, O Princípio da Proporcionalidade e os Pressupostos para a emissão do MDE na Jurisprudência Portuguesa, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Março 2014, págs. 279 a 282.

3. A Emissão do Mandado de Detenção Europeu e o Princípio da Proporcionalidade

Conforme deixámos já expandido – vide ponto 2.3. – a autoridade judiciária poderá emitir um MDE com uma de duas finalidades: para efeitos de procedimento penal; ou para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade.

Num e noutro caso deverão estar em causa, respectivamente, factos puníveis, pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses e o cumprimento de pena ou de medida de segurança, cuja duração não seja inferior a 4 meses.

Acontece, porém, que a emissão de um MDE não deverá bastar-se com a verificação daqueles requisitos materiais, sendo essencial, ainda, para aquela emissão a consideração dos direitos processuais e fundamentais de que a pessoa procurada deve beneficiar.

3.1. Enquadramento Jurídico: os direitos e princípios jurídicos fundamentais como limites à emissão do Mandado de Detenção Europeu

O MDE é um instrumento, natural e necessariamente, restritivo do direito à liberdade da pessoa procurada, direito esse que assume consagração constitucional no nosso ordenamento jurídico no artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa.

Como tal, cumpre à autoridade judiciária portuguesa competente, em momento prévio à emissão do MDE, para além de verificar o preenchimento dos requisitos materiais acima referidos, aferir se, em concreto, a restrição da liberdade a operar é legítima, tendo em conta os princípios constitucionais que garantem e reconhecem os direitos fundamentais do cidadão.

Estabelece o mencionado artigo 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa que *"todos têm direito à liberdade e à segurança"*.

Todavia este direito à liberdade não é absoluto, admitindo restrições.

Nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a restrição de direitos, liberdades e garantias apenas pode ocorrer nos casos expressamente previstos naquela lei fundamental, *"devendo tais restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"*.

Mostra-se, aqui, consagrado o princípio da proporcionalidade, o qual é pressuposto material da restrição de quaisquer direitos, liberdades e garantias.

O princípio da proporcionalidade (também chamado de princípio da proibição de excesso) desenvolve-se em três subprincípios¹⁴:

¹⁴ Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 392.

- i) Princípio da adequação – as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos;
- ii) Princípio da exigibilidade ou necessidade – essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato; e
- iii) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito – não poderão ser adaptadas medidas excessivas, desproporcionadas, para alcançar os fins pretendidos.

O direito à liberdade, como direito não absoluto que é, admite as restrições decorrentes da previsão do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, isto é, a privação da liberdade apenas decorrerá da existência de *"uma sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança"*.

E, ainda, da previsão do n.º 3 do mencionado artigo 27.º, no qual se elenca as várias situações em que é admissível a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar.

De entre tais situações, evidenciaremos os casos de detenção e de sujeição a prisão preventiva.

No ordenamento jurídico português – vide artigo 28.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e artigos 254.º a 257.º do Código de Processo Penal –, a detenção, em flagrante delito ou fora de flagrante delito, poderá ser levada a cabo por qualquer entidade judiciária, entidade policial ou por qualquer pessoa, se nenhuma daquelas entidades estiver presente no local ou possa ser chamada em tempo útil, podendo ter uma das seguintes finalidades:

- i) Para, no prazo máximo de quarenta e oito horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção; ou
- ii) Para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder vinte e quatro horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto processual.

Por seu turno, no que respeita à prisão preventiva, a mesma, enquanto medida de coacção, assume natureza excepcional, não podendo ser aplicada ou mantida *"sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei"* – cfr. artigo 28.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

"A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei" (cfr. artigo 191.º, n.º 1, do Código de Processo Penal – Princípio da legalidade).

Decorre do artigo 191.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que as medidas de coacção são medidas intraprocessuais, consistentes em modos de limitação da liberdade pessoal, com natureza instrumental relativamente às finalidades intrínsecas do processo penal. *"São meios processuais de limitação de liberdade pessoal ou patrimonial (...) que têm por fim acautelar a eficácia do procedimento, quer quanto ao seu desenvolvimento, quer quanto à execução das decisões condenatórias."*¹⁵

Os princípios da adequação e da proporcionalidade das medidas serão *"critérios de escolha das medidas possíveis"*.¹⁶

Assim, exige-se uma adequação qualitativa (aptidão à realização dos fins cautelares visados) e quantitativa (quanto à sua duração) da medida, a qual deve ser ainda proporcional à gravidade do crime e à sanção que previsivelmente será aplicada ao arguido. Esta proporcionalidade obrigará à antecipação de um juízo de previsão quanto à sanção a proferir na decisão final.

De afirmação *ope legis*, ainda os princípios da precariedade – traduzido na consagração de prazos legais de duração máxima que obstam à transposição da barreira do comunitariamente suportável – e da judicialização – todas as medidas, à excepção do Termo de Identidade e Residência, são aplicáveis exclusivamente por um juiz (cf. artigos 194.º e 268.º, n.º 1, al. b), ambos do Código de Processo Penal).

No que respeita especificamente à medida de coacção prisão preventiva, reafirma-se o princípio da subsidiariedade (da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação – cfr. artigo 193.º, n.º 2, do Código de Processo Penal: *"(...) só podem ser aplicadas quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção"*).

Neste sentido, o artigo 202.º, n.º 1, do Código de Processo Penal enumera, de forma taxativa, as situações, cuja verificação permite ao juiz impor ao arguido a prisão preventiva sempre que considere que as demais medidas se mostram inadequadas ou insuficientes.

O direito à liberdade assume também expressão ao nível do direito da União Europeia, designadamente, através da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e do Tratado da União Europeia.

O artigo 6.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia consagra a ideia fundamental de que todos têm direito à liberdade e à segurança, acrescentando o n.º 1 do artigo 52.º do mesmo diploma que *"qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros"*.

¹⁵ Silva, Germano Marques, Curso de Processo Penal, Vol. 11, p. 232.

¹⁶ Mendes, Paulo Sousa, Sumários de Direito Processual Penal, 2008/9, p. 124.

Por seu turno, o artigo 5.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece que toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança, não podendo ser privado da sua liberdade, salvo nos casos expressamente previstos na lei.

E, ainda, o Tratado da União Europeia, no seu artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, dispõe que *"A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com os adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados"* e *"Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros"*.

Conforme refere Vânia Costa Ramos: *"Em decorrência do artigo 6.º, n.º 2, do TUE, os actos adaptados no ELSJ não poderão ter por efeito uma diminuição dos direitos fundamentais dos arguidos tradicionalmente garantidos pelos EM e pela CEDH, que consistirão, ao menos, naqueles consagrados pela CDFUE"*.¹⁷

Pese embora não contenha qualquer disposição sobre a não execução com base numa violação dos direitos fundamentais da pessoa procurada no Estado-Membro de emissão, a Decisão-Quadro relativa ao MDE reconhece a obrigação dos Estados-Membros respeitarem os direitos fundamentais nos seus Considerandos 12 e 13.

Na mesma senda, estabelece o artigo 1.º, n.º 3, daquela Decisão-Quadro que: *"A presente decisão-quadro não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia"*.

Ora, atento tudo quanto se deixa dito, quando a autoridade judiciária competente indaga da possibilidade de emissão do MDE – instrumento que, à semelhança da detenção e da medida de coacção de prisão preventiva, é, igualmente, restritivo do direito à liberdade – naturalmente que os princípios constitucionais e de direito processual penal acima enunciados e, bem assim, o direito da União Europeia terão de ser necessariamente ponderados, não bastando, pois, o mero preenchimento dos seus pressupostos previstos no artigo 2.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

Na verdade, quando se suscita a possibilidade de emissão em Portugal de um MDE, a autoridade judiciária não pode deixar de ponderar todas estas normas e princípios constitucionais e de direito processual penal, a que acresce o facto de a pessoa procurada poder ser mantida detida, pela autoridade de execução do MDE, pelo prazo de 90 dias (artigo 17.º, n.ºs 3 e 4, da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI), a que poderão acrescer, ainda os 10 dias a que se alude no artigo 23.º da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI e artigo 29.º da Lei n.º 65/2003.¹⁸

¹⁷ Ramos, Vânia Costa, *"Ne bis in idem e União Europeia"*, Coimbra Editora, págs. 136 e 137.

¹⁸ Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, ob. cit., pág. 272.

"Um MDE deve ser sempre proporcional ao seu objectivo. Mesmo quando as circunstâncias do processo são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 1, da Decisão-Quadro relativa ao MDE, as autoridades judiciais de emissão são aconselhadas a ponderar se a emissão de um MDE é justificada num caso específico. Tendo em conta as graves consequências que a execução de um MDE tem sobre a liberdade da pessoa procurada e as restrições à sua livre circulação, as autoridades judiciais de emissão deveriam avaliar um conjunto de factores a fim de decidir se a emissão de um MDE é justificada".¹⁹

A decisão de emissão de um mandado de detenção europeu deverá, assim, obedecer ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*.

"A ideia de proporcionalidade é daquelas que perpassa intensamente o ordenamento jurídico europeu. O princípio da proporcionalidade assegura o equilíbrio entre os interesses em conflito, impondo aos operadores judiciais a adequada devida ponderação dos interesses para alcançar a medida".²⁰

Tal, resulta, inclusive, expressamente das recomendações sobre a revisão do mandado de detenção europeu anexas à Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014 (2013/2109 (INL)), nas quais se dispõe no ponto 7, al. b), *"uma verificação de proporcionalidade aquando da emissão de decisões de reconhecimento mútuo, com base em todos os factores e em todas as circunstâncias relevantes, como a gravidade da infracção, o grau de preparação do processo para julgamento, o impacto nos direitos da pessoa em causa, designadamente na protecção da sua vida privada e familiar, os custos incorridos e a disponibilidade de uma medida alternativa menos intrusiva"*.

E tal juízo de proporcionalidade compete à autoridade judiciária do Estado de emissão.

Com efeito, um entendimento contrário poria necessariamente em causa os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo, sendo que, *"na teleologia essencial do mandado de detenção europeu, não cabe à autoridade judiciária do Estado de execução efectuar qualquer juízo de proporcionalidade sobre a decisão da autoridade judiciária do Estado de emissão de proceder criminalmente contra a pessoa procurada e de ordenar a sua detenção"*.²¹

Tanto o princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros como o princípio do reconhecimento mútuo têm, no direito da União, uma importância fundamental, dado que permitem a criação e a manutenção de um espaço sem fronteiras internas. O princípio da confiança mútua impõe, designadamente no que respeita ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excepcionais,

¹⁹ Nota da Comissão de 28.09.2017, Manual sobre a Emissão e a Execução de um Mandado de Detenção Europeu, Comissão Europeia, Bruxelas, pág. 19.

²⁰ Mário Monte, Pedro Miguel Freitas e Margarida Santos, Os princípios da legalidade e da proporcionalidade *in* Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coord.), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Comentada, Almedina Coimbra, 2013, p. 558.

²¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07 de Abril de 2017, Processo n.º 546/17.1YRLSB-5, em que é Relator Jorge Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt.

que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito.²²

Isto sem prejuízo de se admitir que, para além dos casos de recusa, obrigatória e facultativa, poderá a autoridade judiciária de execução invocar razões excepcionais para a recusa, com base na defesa de direitos fundamentais, como sucedeu no Acórdão do Tribunal de Justiça de 05 de Abril de 2016, Pál Aranyosi – Robert Căldăraru, processos apensos C-404/15 e C-659/15 PPU, no qual se reconheceu a existência de "*um risco real de trato desumano ou degradante das pessoas detidas no Estado-Membro de emissão, à luz do padrão de protecção dos direitos fundamentais, garantido pelo direito da União e, em especial, do artigo 4.º da Carta*".²³

Assim, na ponderação que cabe ao Estado Membro da emissão realizar, poder-se-ão equacionar os seguintes factores:

- i) A gravidade da infracção (por exemplo, o dano ou o perigo que causou)
- ii) A sanção provável imposta se a pessoa for considerada culpada da alegada infracção (por exemplo, se poderá ser uma pena de prisão)
- iii) A probabilidade de detenção da pessoa no Estado-Membro de emissão após a entrega
- iv) Os interesses das vítimas da infracção.²⁴

3.2. A emissão do Mandado de Detenção Europeu e a medida de coacção de prisão preventiva

Para ser solicitada a cooperação judiciária no espaço da União Europeia, para efeitos de *procedimento criminal*, os crimes devem já possuir razoável gravidade, pelo que, não deve ser emitido pela autoridade judiciária portuguesa um MDE quando o crime a perseguir se reveste de *reduzido valor ético-social*.²⁵

Isto porque, nessas situações, o Estado requerido ao avaliar o conteúdo de um pedido, à luz das infracções denunciadas, pode ser tentado a desprezar o seu cumprimento pela irrelevância e diminuto valor e densidade jurídico-penal dos crimes, o que poderá acarretar o desprestígio da justiça. Mais do que desprestígio para o Estado requerente, poderá estar em causa a tentação de incumprimento do regime do MDE pelo Estado de execução, que deve ser executado com base no princípio do reconhecimento mútuo e que só pode ser recusado,

²² Parecer 2/13, do Tribunal de Justiça -Tribunal Pleno, de 18 de Dezembro de 2014.

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07 de Abril de 2017, Processo n.º 546/17.1YRLSB-5, em que é Relator Jorge Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴ Nota da Comissão de 28.09.2017, Manual sobre a Emissão e a Execução de um Mandado de Detenção Europeu, Comissão Europeia, Bruxelas, pág. 19.

²⁵ Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, ob. cit., pág. 273.

obrigatória ou facultativamente, nos termos dos artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.²⁶

Impõe-se, pois, aferir *qual a gravidade* que deve revestir a infracção para que possa ser emitido pela autoridade judiciária portuguesa um MDE, tendo em vista o procedimento criminal.

Neste particular, o MDE apenas deverá ser emitido se à infracção penal imputada à pessoa procurada for aplicável, não só em abstracto, mas em concreto, a medida de coacção de prisão preventiva.²⁷

A detenção e privação da liberdade de pessoa procurada, no âmbito de emissão por Portugal de um MDE para exercício de procedimento criminal, por vários dias, semanas ou meses, ou seja, por período superior ao estabelecido no artigo 254.º, n.º 1, do C.P.P. e no artigo 28.º, n.º 1, da C.R.P., configura uma situação material ou substancialmente idêntica à da prisão preventiva, pelo que entendemos que, para se determinar a emissão de MDE, devem verificar-se os pressupostos exigidos para a aplicação da prisão preventiva, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade *lato sensu*, como ainda, os princípios da legalidade, subsidiariedade e da igualdade.²⁸

Jurisprudência existe, contudo, que, para a emissão do MDE, exige que a própria medida de coacção de prisão preventiva tenha sido já efectivamente decretada e aplicada no caso concreto à pessoa procurada – cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.11.2007, disponível em www.dgsi.pt.

Na sequência do que vimos de dizer, pode concluir-se que não pode ser admitida a emissão em Portugal de MDE para detenção e entrega de pessoa que está e se mantém sujeita apenas à medida de coacção de TIR – Termo de Identidade e Residência, mesmo em crime punível com pena de prisão superior a 12 meses.

3.3. A emissão do Mandado de Detenção Europeu e a declaração de contumácia

Acresce que, não poderá igualmente admitir-se a emissão em Portugal de um MDE, por força da mera declaração de contumácia nos termos do artigo 337.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, para efeitos de prestação de TIR – Termo de Identidade e Residência.

A contumácia é a situação processual de suspensão dos ulteriores termos do processo por ausência do arguido, que não haja prestado termo de identidade e residência, e que determina para o arguido declarado contumaz a anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza

²⁶ Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, ob. cit., págs. 273 e 274 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19.12.2007, disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ Neste sentido, vide Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.11.2007, 05.12.2007 e 19.12.2007, disponíveis em www.dgsi.pt, todos, objecto de análise por Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, ob. cit., págs. 261 a 268.

²⁸ Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, ob.cit., pág. 274.

patrimonial celebrados após a declaração, podendo ser decretada, como forma de desmotivação da contumácia, a proibição de obter determinados documentos, certidões ou registos, bem como o arresto, na totalidade ou em parte, dos bens do arguido. De igual modo, a declaração de contumácia implica, ainda, *ex lege*, a passagem imediata de mandado de detenção contra o arguido, com vista a obter a sua comparência coerciva em juízo para efeitos de prestação de termo de identidade e residência e aplicação de outras medidas de coacção, sendo caso disso (cfr. artigos 336.º, n.º 2 e 337.º, n.ºs 1 e 3, ambos do Código Processo Penal).

Ora, "o despacho que determina a detenção, decorrente da declaração de contumácia, não pondera (nem tem que ponderar), ao contrário do que sucede com o mandado de detenção resultante da aplicação da medida de prisão preventiva – e aqui identificamos uma das principais diferenças entre ambas as situações –, os mencionados critérios de adequação, necessidade ou proporcionalidade stricto sensu, e os princípios da excepcionalidade e da subsidiariedade da privação da liberdade. Sendo assim, entendemos que a possibilidade de restrição da liberdade individual que se traduza na sua privação em qualquer situação materialmente idêntica à da prisão preventiva só pode ocorrer, à luz da Constituição da República e da lei, fora dos casos de condenação transitada em julgado, na sequência de despacho judicial que, aplicando os critérios da legalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade aos factos suficientemente indiciados, decida que essa sujeição, face aos referidos critérios, se compadece com os interesses que com a mesma se pretende alcançar. No caso de emissão de mandado de detenção europeu, com fundamento na declaração de contumácia, tendo em consideração as restrições à liberdade que implica, que se projectam para além do território nacional e podem determinar, até à decisão final de entrega, um período de detenção alargado, afigura-se-nos ser indispensável proceder à concreta ponderação dos apontados critérios".²⁹

Concretizando e aqui acompanhando de perto o caso concreto a que se reporta o Acórdão da Relação de Coimbra, de 21.11.2007, disponível em www.dgsi.pt: um arguido é declarado contumaz, sendo emitidos mandados de detenção europeus para detenção daquele, a fim de prestar TIR – Termo de Identidade e Residência ou, eventualmente, outra medida de coacção e ser sujeito a julgamento.

Neste caso, a detenção do arguido só se mostra possível ao abrigo do disposto nos artigos 337.º, n.º 1 e 336.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal.

Todavia, não se mostrando aplicada qualquer medida de coacção privativa de liberdade, o arguido apenas poderá permanecer detido pelo período máximo de 48 horas nos termos dos artigos 254.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 28.º da Constituição da República Portuguesa – este regime legal da detenção aplica-se subsidiariamente ao processo de execução do MDE, nos termos do artigo 34.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18.03.2015, 612/08.4GBOBR-A.P1, disponível em www.dgsi.pt.

Sucedo que, com a detenção do arguido no cumprimento de um MDE, o mesmo ficará detido, no mínimo, pelo período de 10 dias – cfr. o artigo 26.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto – sem que seja presente a um juiz, com vista a aplicação de uma medida de coacção.

Assim, tal período de detenção é manifestamente desproporcionado aos fins que se visam com a detenção do arguido: prestação de TIR – Termo de Identidade e Residência, para poder ser submetido a julgamento e eventualmente sujeição a outra medida de coacção. Significa isto que *a finalidade com que foi emitido o MDE contra o arguido é desproporcionada e, como tal, violadora do disposto nos artigos 18.º (princípio da proporcionalidade), 27.º e 28.º, todos da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, dos princípios que norteiam a emissão dos MDE (construção de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, supondo um território comum de valores que federem sociedades, e princípios livremente partilhados que constituam âncoras de liberdade e segurança*” – cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 21.11.2007, disponível em www.dgsi.pt.

3.4. A emissão do Mandado de Detenção Europeu e o cumprimento da pena de prisão subsidiária

No que respeita à emissão de um MDE para efeitos de cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade, cremos que também o mero preenchimento dos pressupostos materiais vertidos no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto não se mostra suficiente, sendo essencial proceder à ponderação do princípio da proporcionalidade, desde logo, como meio de evitar a emissão de um MDE, para cumprimento de uma curta pena de prisão subsidiária.

A duração da pena ou medida de segurança privativas da liberdade, mesmo que não inferiores a 4 meses, não pode deixar de ser ponderada, juntamente com outras circunstâncias relativas ao seu cumprimento, antes de se emitir o respectivo MDE, para que não se produza um efeito desproporcionado sobre o direito à liberdade da pessoa condenada.³⁰

Referimo-nos, aqui, em concreto, à emissão de um MDE, para cumprimento de uma pena de prisão subsidiária curta, à qual o arguido poderá colocar termo, pagando, total ou parcialmente a multa correspondente (cfr. artigo 49.º, n.º 2, do Código Penal).

Ponderados os casos concretos, não estarão em idênticas condições aquele condenado que for detido em Portugal e pode colocar fim à privação da liberdade com o pagamento da multa correspondente à prisão subsidiária que iria cumprir e aquele condenado que é detido no âmbito da execução de um MDE, num qualquer outro Estado-Membro.

³⁰ Gonçalves, Orlando Manuel Jorge, ob. cit., pág. 279.

3.5. Caso Molamphy v. Portugal

Vejamos, de forma breve, o caso que opôs Tracey Jayne Molamphy contra o Estado Português.³¹

– Em 03-05-2008, Tracey layne Molamphy foi detida no aeroporto, em Munique, na República Federal da Alemanha, em virtude do Mandado de Detenção Europeu emitido ao abrigo da Lei n.º 65/2003, de 23-08, nos autos de processo comum colectivo n.º 422/99.8TBABF, que corriam os seus termos no 2.º Juízo do Tribunal da Comarca de Albufeira, tendo ficado detida até 15-05-2008, data em que foi libertada.

– No âmbito dos referidos autos de processo n.º 422/99.8 TBABF, Tracey Molamphy estava acusada por factos susceptíveis de integrarem a prática de: i) dois crimes de passagem de moeda falsa, à data dos factos p. e p. pelo artigo 241.º, n.º 1, a), do Código Penal de 1982 e, à data da detenção, pelo artigo 265.º, n.º 1, a), do Código Penal de 1995; ii) um crime de passagem de moeda falsa na forma tentada, à data dos factos p. e p. pelos artigos 241.º, n.º 1 a), 22.º, 23.º e 74., do Código Penal de 1982, e, à data da detenção, p. e p. pelos artigos 22.º, 23.º e 73.º, 265.º, n.º 1, a), do Código Penal de 1995; iii) dois crimes de burla, p. e p. à data dos factos pelo artigo 313.º, n.º 1, do Código Penal de 1982 e actualmente pelo artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal de 1995; iv) um crime de burla, na sua forma tentada, p. e p. à data dos factos nos artigos 22.º, 23.º, 74.º e 313.º n.º 1 do Código Penal de 1982 e actualmente nos artigos 22.º, 73.º e 217.º n.ºs 1 e 2 do Código Penal.

– No dia 25-08-1995, Tracey Molamphy, na qualidade de arguida, foi ouvida em primeiro interrogatório judicial de arguido detido, nos termos do disposto no artigo 141.º do Código de Processo Penal, tendo sido decidido que a mesma aguardaria os ulteriores termos do processo sujeita a termo de identidade e residência (TIR) que lhe impunha a obrigação de não mudar de residência nem ausentar-se dela por mais de cinco dias sem comunicar a juízo a nova residência, tendo sido restituída à liberdade.

– Todavia, depois de notificada da acusação, a notificação da data designada para julgamento veio devolvida.

– Mostrando-se infrutíferas a realização de diligências para a sua localização, foi a arguida Tracey Molamphy declarada contumaz no processo-crime ora em causa, o que obsteu à realização da respectiva audiência de discussão e julgamento.

– No âmbito do processo-crime supra referido, a 17-11-2000 foi proferido o seguinte despacho: "Nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 337.º, n.º 1, e 336.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, passe mandados de detenção dos arguidos (...) com vista à recolha de T.I.R., nos termos do artigo 196.º do referido diploma e eventual aplicação de outra medida de coacção, devendo para o efeito, os detidos serem presentes ao juiz competente, nos termos do disposto no artigo 254.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal (...)"

³¹ Os factos que se transcrevem são extraídos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02/12/2013, Proc. n.º 962/09.2TBABF.E1.S2, disponível em www.dgsi.pt.

– A 23-11-2000 foram emitidos mandados de detenção em nome da Tracey Molamphy, "a fim de, no prazo máximo de 48 horas após a detenção, ser presente ao Juiz competente para aplicação ou execução de medida de coacção (artigo 254.º, n.º 1, al. a), do CP. Penal)."

– A 09-11-2001, foram emitidos mandados de detenção com eficácia internacional em nome de Tracey Molamphy do qual resulta que "A arguida será detida a fim de, no prazo máximo de 48 horas após a detenção, ser presente ao Juiz competente para aplicação ou execução de medida de coacção (artigo 254.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal".

– A 11-04-2003, foram emitidos novos mandados de detenção com eficácia internacional onde resulta que "A arguida será detida a fim de, no prazo máximo de 48 horas após a detenção, ser presente ao Juiz competente para aplicação ou execução de medida de coacção (artigo 254.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal".

– Após a emissão de vários mandados de detenção europeus, os quais vieram devolvidos, por se mostrarem incorrectamente preenchidos, a 30-06-2006 foi emitido novo Mandado de Detenção Europeu, o qual veio a ser executado. Deste último Mandado de Detenção Europeu consta que é ordenada a "detenção do arguido para ser presente ao Juiz competente para aplicação ou execução de uma medida de coacção, no mais curto prazo possível e no máximo dentro de 48 horas a contar da sua entrega em território português".

– Por despacho de 14 de Maio de 2008, foi proferida decisão de revogação do Mandado de Detenção Europeu ao abrigo do qual a arguida estava detida, nos seguintes termos: "Compulsados os autos constato que os arguidos Lee Chapman e Tracey Jayne Molamphy foram declarados contumazes. De acordo com o disposto no artigo 337.º, n.º 1, do CPP, a declaração de contumácia implica para o arguido a passagem de mandados de detenção para a prestação de termo de identidade e residência, nos termos do artigo 336.º, n.º 1, do CPP, por forma a fazer cessar a contumácia. Assim, uma vez localizado o paradeiro dos arguidos deverá ser-lhes tomado Termo de Identidade e Residência, sendo desnecessária a sua deslocação a este tribunal para esse efeito".

– Posteriormente, por despacho de 10 de Dezembro de 2008, foi declarado extinto, por prescrição, o procedimento criminal contra a arguida Tracey Molamphy, com fundamento no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2008, publicado no Diário da República, I Série A, de 13 de Maio.

Tracey Molamphy processou o Estado Português nos tribunais cíveis, pedindo uma indemnização por ter estado detida ilegalmente. Tal acção foi, contudo, declarada improcedente porque os tribunais cíveis consideraram a detenção legal.

Nessa sequência, Tracey Molamphy apresentou queixa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que assumiu o n.º 41099/14, sendo que o processo termina com um acordo entre aquela e o Estado Português, em que este procede ao pagamento da quantia de € 30.000,00 (trinta mil euros).

Sem prejuízo do teor da decisão proferida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.12.2013, Proc. n.º 962/09.2TBABF.E1.S2, referente ao presente caso, considerados os factos ora expostos, por um lado, e os direitos e princípios jurídicos fundamentais que constituem o nosso ordenamento jurídico e o direito da União Europeia, acima enunciados, por outro, cremos que poderá equacionar-se se o MDE emitido pela autoridade judiciária portuguesa era proporcional e adequado à respectiva finalidade.

Desde logo, se atentarmos às molduras penais abstractas previstas para os tipos legais de crimes imputados à arguida, verificámos que as mesmas não admitiam a possibilidade de aplicação, em concreto, da medida de coacção de prisão preventiva. Ademais, sujeita a primeiro interrogatório judicial, a arguida permaneceu em liberdade, sujeita tão só a TIR – Termo de Identidade e Residência.

Por outro lado, em concreto, encontrava-se a arguida declarada contumaz, pelo que, a sua detenção, à luz do Código de Processo Penal, apenas era admitida nos artigos 337.º, n.º 1 e 336.º, n.º 2, daquele diploma legal.

Assim, a arguida apenas poderia permanecer detida pelo período máximo de 48 horas (cfr. artigo 254.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 28.º da Constituição da República Portuguesa).

Pelo contrário, a detenção da arguida no cumprimento do MDE, poderia ocorrer por um período mínimo de tempo de, pelo menos, 10 dias, sem que a mesma fosse presente a um juiz, com vista a aplicação de uma medida de coacção – *in casu*, a arguida permaneceu detida por 13 dias.

Ora, tal período de detenção é manifestamente desproporcionado aos fins que se visavam com a detenção da arguida: apresentação ao juiz para aplicação ou execução de uma medida de coacção.

Afigura-se-nos, assim, que no caso concreto, a finalidade com que foi emitido o MDE contra a arguida Tracey Molamphy poderá ser considerada desproporcionada e, como tal, violadora do disposto nos artigos 18.º, 27.º e 28.º, todos da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 254.º, 336.º, n.º 2 e 337.º, n.º 1, todos do Código de Processo Penal.

3.6. Outras medidas previstas nos instrumentos jurídicos da União de cooperação judiciária em matéria penal

As autoridades judiciárias de emissão deverão, ainda, ponderar se outras medidas de cooperação judiciária poderiam ser utilizadas em detrimento da emissão de um MDE.

Com efeito, ao nível da cooperação judiciária internacional penal, outros instrumentos jurídicos existem que prevêm medidas que se mostram eficazes e menos restritivos, como sejam:

– A *Decisão Europeia de Investigação* – tem por objectivo permitir que os Estados-Membros solicitem a outros Estados-Membros a execução de medidas de investigação com base no princípio do reconhecimento mútuo (Directiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal).

– A *Transferência de Detidos* – A Decisão-Quadro 2008/909/JAI prevê um sistema de transferência de detidos já condenados para o Estado-Membro de que são nacionais ou onde têm a sua residência habitual, ou para outro Estado-Membro com o qual tenham laços estreitos. Em certas situações, em vez de emitir um MDE visando a entrega da pessoa para cumprimento da pena no Estado-Membro onde a sentença foi proferida, a Decisão-Quadro 2008/909/JAI poderia ser utilizada para executar a pena no local onde a pessoa condenada reside e possa ter mais probabilidades de reinserção.

– A *Transferência de Decisões relativas à liberdade condicional e a sanções alternativas* – a Decisão-Quadro n.º 2008/947/JAI do Conselho, de 27 de Novembro de 2008, diz respeito à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, destina-se à fase posterior ao julgamento e prevê que uma decisão de liberdade condicional ou outra sanção alternativa possa ser executada num Estado-Membro diferente daquele onde a pessoa foi condenada desde que esta tenha dado o seu consentimento.

– *Decisão Europeia de Controlo Judicial* – a Decisão-Quadro 2009/829/JAI do Conselho, de 23 de Outubro de 2009, relativa à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva introduz a possibilidade de transferir uma medida de controlo não privativa de liberdade do Estado-Membro onde a pessoa não residente é suspeita de ter cometido uma infracção, para o Estado-Membro de residência da pessoa. Tal permitirá que um suspeito seja objecto de uma medida de controlo no seu ambiente habitual enquanto aguarda o julgamento no outro Estado-Membro. A decisão europeia de controlo judicial pode ser utilizada para todas as medidas de controlo não privativas de liberdade anteriores ao julgamento, por exemplo, a restrição de viajar e o dever de se apresentar regularmente às autoridades.

– A *Aplicação de Sanções Pecuniárias* – a Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias impostas pelas autoridades judiciais ou administrativas, tem por objectivo facilitar a aplicação destas sanções num Estado-Membro diferente daquele onde foram impostas, permitindo que uma autoridade judicial ou administrativa transmita uma sanção pecuniária directamente a uma autoridade noutro Estado-Membro e que a sanção seja reconhecida e executada sem necessidade de qualquer outra formalidade.

– A *Transferência de Processos Penais* – a transferência do processo penal para o Estado-Membro onde o suspeito reside deve ser ponderada. A base jurídica para a transferência é a Convenção de 1972 sobre a Transmissão de Processos Penais, sendo que

relativamente aos Estados-Membros que não ratificaram esta convenção, a transferência pode ter por base a competência de direito comum no Estado-Membro que recebe o processo para iniciar uma investigação penal, pelo que, neste caso, o pedido terá por base, ou a aplicação da regra da reciprocidade, ou o artigo 21.º da Convenção do Conselho da Europa de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 20 de Abril de 1959 (ETS n.º 030).

Em concreto, podem ser consideradas na fase anterior ao julgamento do processo penal as seguintes medidas³²: emissão de uma decisão europeia de investigação para audição de um suspeito através de videoconferência noutro Estado-Membro; emissão de uma decisão europeia de investigação para a audição de um suspeito noutro Estado-Membro pelas autoridades competentes deste Estado-Membro; emissão de uma decisão europeia de controlo judicial relativamente a uma medida de controlo não privativa de liberdade do suspeito a ser executada pelo Estado-Membro de residência do suspeito na fase anterior ao julgamento do processo penal; inserção de uma indicação no SIS para efeitos da determinação do local de residência ou domicílio de um suspeito; citação ou notificação de um suspeito localizado no Estado-Membro de execução para comparecer no âmbito de um processo penal no Estado-Membro de emissão; convocatória para participar no processo penal voluntariamente.

Por outro lado, as seguintes medidas, em particular, podem ser consideradas na fase posterior ao julgamento, depois de ter sido proferida a sentença: transferência de uma pena de prisão para o Estado-Membro de residência da pessoa condenada para que seja executada por esse Estado-Membro; e transferência de uma sanção alternativa (por exemplo, trabalho de interesse geral) ou de uma decisão relativa à liberdade condicional para o Estado-Membro de residência da pessoa condenada para que seja executada por esse Estado-Membro.

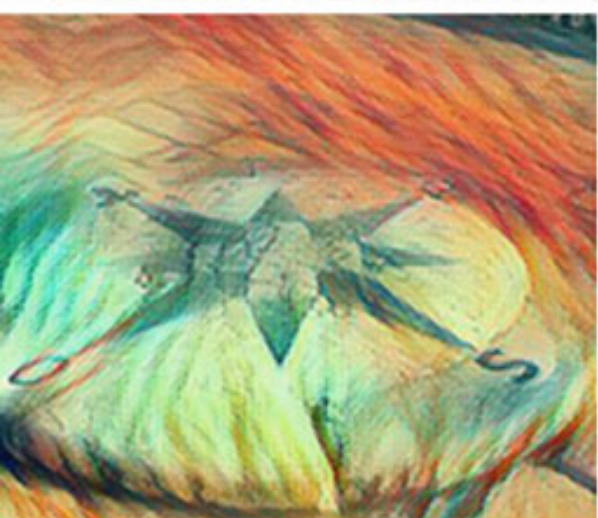
Referências bibliográficas

- BARREIROS, Adriana, *in* A Aplicação do Mandado de Detenção Europeu pelos Tribunais Portugueses, Ordem dos Advogados, Relatório Geral.
Nota da Comissão de 28.09.2017, Manual sobre a Emissão e a Execução de um Mandado de Detenção Europeu, Comissão Europeia, Bruxelas, pág. 16.
- ALBUQUERQUE, Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, Edição 2007, pág. 663.
- GONÇALVES, Orlando Manuel Jorge, O Princípio da Proporcionalidade e os Pressupostos para a emissão do MDE na Jurisprudência Portuguesa, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Março 2014, págs. 279 a 282.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 392.

³² Nota da Comissão de 28.09.2017, Manual sobre a Emissão e a Execução de um Mandado de Detenção Europeu, Comissão Europeia, Bruxelas, págs. 20 a 25.

- SILVA, Germano Marques, Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 232.
- MENDES, Paulo Sousa, Sumários de Direito Processual Penal, 2008/9, pág. 124.
- RAMOS, Vânia Costa, "*Ne bis in idem* e União Europeia", Coimbra Editora, págs. 136 e 137.
- MONTE, Mário, FREITAS, Pedro Miguel e SANTOS, Margarida, Os princípios da legalidade e da proporcionalidade *in* Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coord.), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Comentada, Almedina Coimbra, 2013, pág. 558.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3.
Emissão de mandado
de detenção europeu
e o princípio da
proporcionalidade

Rui Miguel de Jesus Baptista
Passinhas Videira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. EMISSÃO DE MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Rui Miguel de Jesus Baptista Passinhas Videira*

I. Introdução

II. Objectivos

III. Resumo

1. Princípio da proporcionalidade e mandado de detenção europeu

1.1. O princípio da proporcionalidade

1.2. O mandado de detenção europeu

1.3. Mandado de detenção europeu e princípio da proporcionalidade

2. Prática e gestão processual

2.1. Lei n.º 36/2015, de 04 de Maio (Decisão-Quadro 2009/829/JAI do Conselho, de 23/10/2009)

2.2. Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto (Directiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03/04/2014)

2.3. Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro (Decisão-Quadro 2008/909/JAI, do Conselho, de 27/11/2008)

2.4. Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro (Decisão-Quadro 2008/947/JAI, do Conselho, de 27/11/2008)

2.5. Lei n.º 71/2015, de 20 de Julho (Directiva 2011/99/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13/12)

2.6. Lei n.º 93/2009, de 01 de Setembro (Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24/02)

3. Conclusão

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O presente texto analisará a aplicação do princípio da proporcionalidade nas fases de emissão e execução do Mandado de Detenção Europeu (doravante, MDE). Para tal, começaremos por fazer uma breve explanação daquele princípio, tendo em conta o ordenamento jurídico nacional e da União Europeia, bem como do regime do MDE. Seguidamente, analisaremos outros instrumentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, de modo a demonstrarmos que apenas a utilização plena dos mesmos, no âmbito da União Europeia, permite garantir uma utilização do regime do MDE de forma proporcional.

II. Objectivos

O texto pretende realçar a importância do princípio da proporcionalidade, enquanto princípio jurídico do direito da União Europeia e, em particular, a sua importância para o regime jurídico do MDE. Pretende-se também esclarecer o leitor sobre o *momento* em que os operadores judiciários deverão fazer uso do mesmo, caso se vejam confrontados com a necessidade de aplicarem a Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, que aprovou o regime jurídico do MDE (em cumprimento da Decisão Quadro – doravante DQ – n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de

* Agradecimentos

Pelo cuidado e atenção na revisão do presente trabalho agradeço a:

- Dr. António Filipe de Azevedo Andrade Porto, Procurador-Adjunto;
- Dr. Júlio Miguel Soares Barbosa e Silva, Procurador-Adjunto;
- Dra. Ludovina Glória da Costa Ferreira, Procuradora-Adjunta.

Junho), e *por que forma*. Neste ponto, procederemos à análise de outros instrumentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, que poderão e/ou deverão ser utilizados em alternativa ao MDE.

III. Resumo

O presente documento expõe de forma breve o regime de aplicação do princípio da proporcionalidade e a sua articulação com os regimes de emissão e execução do MDE, salientando a relevância, para esta temática, da aplicação de outros instrumentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, em vigor na União Europeia.

O texto realça a relevância do espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia e a forma como os princípios da proporcionalidade, da confiança mútua e do reconhecimento mútuo das decisões judiciais dos Estados-Membros, em matéria penal, podem ser compreendidos para garantir uma correcta utilização do MDE.

1. Princípio da proporcionalidade e mandado de detenção europeu

1.1. O princípio da proporcionalidade

Em Portugal¹, o princípio da proporcionalidade foi positivado com a Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante CRP), ainda que, num momento inicial, a sua consagração se tenha dado através de fórmulas como aquela do artigo 272.º, n.º 2, que estatuiu que as medidas de polícia não deviam ser utilizadas para além do “estritamente necessário”. Mantendo a CRP ainda diferentes formulações para este princípio – cf. “respeito pelo princípio da proporcionalidade” (artigo 19.º, n.º 4); “limitar-se ao necessário” (artigo 18.º, n.º 2) e “outra medida mais favorável” (artigo 28.º, n.º 2) –, é indiscutível, todavia, que a proporcionalidade constitui hoje um critério jurídico-decisório constitucionalmente consagrado², de que o Estado e aqueles que em seu nome legislam e decidem devem

¹ A relevância jurídica do princípio da proporcionalidade enquanto princípio norteador da actuação do Estado surge a partir do direito germânico do pós-guerra, afirmando-se como princípio geral de direito com a emergência do Estado Social, que propugnava não só pela defesa da liberdade dos cidadãos, mas também pela promoção do seu bem-estar social e individual. Esta nova forma de ver o relacionamento entre Estado e Cidadãos levou a que fosse ultrapassada a actuação do estado enquanto mero Estado-guarda-nocturno, em favor de uma intervenção mais directa na vida privada dos cidadãos, constituindo a maior ingerência na esfera individual e privada dos cidadãos a base para o acentuar da importância do princípio ora analisado, já que a sua aplicação revelou-se como útil e necessária para regular a distribuição de recursos, essencial a uma correcta relação entre os meios do Estado e os novos fins a alcançar - a promoção do bem estar social e individual dos cidadãos. Além disso, “sob o tecto do Estado-providência, os cidadãos adquiriram novos direitos económico e sociais que careciam de protecção, facto que também terá contribuído para a emergência do conceito de proporcionalidade”. Cf. MOREIRA, Vital, *A ordem jurídica do capitalismo*, 4.ª ed., Lisboa, Editorial Caminho, 1987, págs. 52, 89-90 e 112-113, e VICENTE, Laura Nunes, *O Princípio da Proporcionalidade - Uma nova abordagem em tempos de pluralismo*, Coimbra, Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, 2014, pág. 18.

² Cfr. artigos 18.º, n.º 2; 19.º, n.º 4; 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

imperativamente lançar mão sempre que esteja em causa a realização de fins que o Estado pretenda prosseguir à custa de liberdades e direitos fundamentais do cidadão³.

O princípio da proporcionalidade – também chamado de princípio da proibição do excesso, em virtude de assentar na ideia de proporção ou proibição do excesso, “refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins: as acções estaduais não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem”⁴ – tem irradiado, desde um momento inicial em que se aplicava por excelência ao direito de polícia, para todos os campos do direito, sempre que em causa estejam *actos restritivos de direitos fundamentais*, sendo que no campo do direito penal, em particular, “o princípio assume o papel de instrumento de protecção da liberdade do indivíduo perante a sociedade, na medida em que esta lhe imponha um sacrifício dos seus direitos fundamentais para perseguição de um interesse público e do bem-comum”^{5 6}.

Para a sua correcta aplicação ao caso concreto há que fazer uso dos subprincípios que o constituem, a saber, o princípio da conformidade ou adequação de meios⁷, o princípio da exigibilidade ou necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que deverão ser utilizados de forma sucessiva e sequencial, até que se chegue à conclusão de que o meio é proporcional relativamente ao fim a alcançar.

Quanto ao primeiro (sub)princípio, o *princípio da conformidade ou adequação de meios*, ele funcionará, entre meio e fim, unicamente como forma de aferir se a medida adoptada é apta ou idónea a alcançar a realização do interesse público em causa, aceitando-se nesta sede o recurso a uma racionalidade mais finalística e menos normativa.

Se concluirmos por tal aptidão, passamos então a questionar, cumprindo o (sub)princípio da *exigibilidade ou necessidade*, se os meios empregues são absolutamente necessários à prossecução dos fins, pois, face ao direito do cidadão à menor desvantagem possível, a medida que o poder público se propõe aplicar deve ser a menos lesiva possível. Ou seja, o que está em causa neste momento é saber da necessidade relativa (comparação entre medidas possíveis e fim a alcançar) da medida adoptada, questionando se o aplicador da mesma poderia ter adoptado outro meio *igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos*⁸. Como estamos face a uma necessidade relativa e não absoluta, a certeza da sua correcção requer

³ Não cabendo no âmbito deste trabalho maiores desenvolvimentos, sempre sublinharemos, todavia, que o seu fundamento constitucional está directamente relacionado com o Estado de Direito Democrático e consequentemente com a dignidade da pessoa humana (Cf. os Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 650/93, 200/2011. disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

⁴ Cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080632.html>

⁵ VICENTE, Laura Nunes, *O Princípio da Proporcionalidade - Uma nova abordagem [...]*, pág. 26.

⁶ A este propósito elencamos alguma jurisprudência dos nossos tribunais que nos parece relevante: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 273/2016; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.09.2011, Relator – Santos Cabral; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08.11.2017, Relatora – Helena Bolieiro; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.01.2010, Relatora – Fátima Mata-Mouros.

⁷ Usando a terminologia de CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, págs. 269 a 272.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *idem*, pág. 270.

quatro critérios densificadores: necessidade *pessoal*, que exige que as pessoas afectadas sejam apenas aquelas cujos interesses devem ser efectivamente lesados; necessidade *temporal*, respeitante à delimitação da medida no tempo; necessidade *espacial*, que limita o âmbito de intervenção da medida, e finalmente a necessidade *material*, que exige que as restrições aos direitos fundamentais sejam mínimas⁹.

Por fim, cabe atender ao último dos (sub)princípios, o princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*. Logo que se conclua da necessidade e adequação da medida coactiva em apreciação devemos então indagar se o resultado que nos propomos obter com a mesma é proporcional ao sacrifício imposto, ponderando nesta operação os bens atingidos, os interesses a realizar e os valores normativos que os medeiam. O juízo que daí retirarmos é, tendo em conta a necessidade de considerar valores normativos, necessariamente *um juízo de ponderação normativa*¹⁰ alcançado através de um diálogo que terá em linha de conta o caso concreto, a complexidade subjectiva e histórica a ele inerente e as consequências que advirão para tal complexidade da escolha daquela medida coactiva.

O princípio da proporcionalidade é também um princípio fundamental no Direito da União Europeia¹¹. Está previsto no artigo 5.º do Tratado da União e, juntamente com o princípio da subsidiariedade rege o exercício das competências da União. A articulação dos dois princípios funciona da seguinte forma: depois de se concluir que, por aplicação do princípio da subsidiariedade, a actuação da União é necessária, ela tem ainda de se limitar ao que for estritamente necessário para se alcançar os objectivos visados no caso concreto pela União¹². A Decisão-Quadro (doravante DQ-MDE) que criou o MDE¹³ demonstra o cumprimento de ambos os princípios¹⁴. Uma vez que se trata de executar no território da UE mandados de detenção estrangeiros, num espaço comum baseado na *confiança mútua* e no *reconhecimento recíproco de decisões judiciais*, a intervenção unitária da União na criação de um instrumento legal de aplicação a esse mesmo espaço comum é mais eficaz do que a acção separada, mesmo que concertada, de cada estado membro (doravante EM).

Para além de eficaz, esta intervenção era também necessária já que o sistema de extradição baseado na Convenção Europeia de Extradição de 13 de Dezembro de 1957 havia revelado um alcance demasiado limitado para alcançar o objectivo de criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, aproveitando plenamente as possibilidades oferecidas pelo Tratado de Amsterdão. O princípio da proporcionalidade foi, pois, atendido aquando da criação deste particular instrumento de reconhecimento mútuo¹⁵, sublinhando-se a sua particular

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, pág. 270.

¹⁰ VICENTE, Laura Nunes, *op. cit.* pág. 30

¹¹ No que a este princípio respeita, mas numa perspectiva mais global, cf. as seguintes decisões do TJUE: C-11/70 (Internationale Handelsgesellschaft); C-120/78 (Dijon); C-66/82 (Forma); C-15/83 (Denkavit Nederland BV).

¹² PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord), *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 37.

¹³ Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho de 2002.

¹⁴ Considerando 7.

¹⁵ Como nos diz MACHADO, Jónatas, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 91: "Na delimitação da transferência de competências dos Estados-Membros para a UE vigora também o princípio da proporcionalidade (artigo 5.º TUE). [...] Este princípio assenta numa análise da relação entre fins e meios, exigindo a legitimidade dos fins e a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dos meios relativamente

importância porquanto estamos no campo da *justiça criminal*, onde as restrições aos direitos e liberdades fundamentais – consignados expressamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁶ (doravante CDFUE), direito primário da União – têm que ser olhadas com especial cuidado.

Mas a regência do princípio da proporcionalidade não se esgotou na criação da DQ-MDE. Pelo contrário, ele estende-se ao momento da sua *aplicação*, impondo a proporcionalidade na restrição ao exercício dos direitos liberdades e garantias¹⁷, conforme o consignado no artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE. A análise que procedermos ao longo deste trabalho visa precisamente definir o limite desta asserção que agora fazemos.

1.2. O Mandado de Detenção Europeu

Ao contrário do mecanismo de extradição, que tem no princípio da dupla incriminação um importante travão à circulação de decisões penais entre Estados soberanos, o MDE tem como axioma *o princípio do reconhecimento mútuo*, elevado em Tampere a *pedra angular*¹⁸ da cooperação judiciária internacional em matéria penal entre os Estados membros da União Europeia¹⁹. Constitui este instrumento, no campo da integração de decisões judiciais em matéria penal, o culminar de um longo processo de integração²⁰.

A cooperação intergovernamental no combate ao terrorismo e ao crime transfronteiriço tem já uma longa história, destacando-se *o grupo de Trevi*²¹, criado em 1975, no Conselho Europeu de Roma, com o objetivo de coordenar a luta contra o terrorismo, ou *os Acordos de Schengen* de 1985, posteriormente complementados com a *Convenção de Aplicação dos Acordos de Schengen*,

aos fins. [...] [O]s fins são dados pelo direito europeu originário (e) [...] o princípio da proporcionalidade impõe a limitação material e formal das medidas da UE ao estritamente necessário à prossecução de objectivos dos tratados (artigo 5.º/4 TUE).”

¹⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-601/15 PPU em que se considera que o direito à liberdade e segurança, consignados no artigo 6.º da Carta, são direitos absolutos e inderrogáveis.

¹⁷ Para Alessandra Silveira, in *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, pág. 590, o modelo de protecção dos direitos fundamentais da União Europeia “baseia-se no seu reconhecimento como princípios gerais do direito da União e no apelo a normas jus fundamentais de distintas fontes: normas de proveniência europeia (constantes dos tratados constitutivos, e especialmente a CDFUE), normas de proveniência nacional (constantes das Constituições dos Estados-Membros e correspondentes às suas tradições constitucionais comuns) e normas de proveniência internacional relativas à protecção dos direitos humanos (sobretudo a CEDH, que funciona, desde a década de 70 do século XX, como quadro de referência para a protecção dos direitos fundamentais da União Europeia)”.

¹⁸ Vide, em especial, as Conclusões 33 e 36 do Conselho Europeu de Tampere. O princípio do reconhecimento mútuo define-se pela sua natureza e vocação já que está intimamente ligado “à noção de espaço comum de justiça, onde se visa realizar a ambição de livre circulação de decisões judiciais”. Vide Anabela Miranda Rodrigues, *O Mandado de Detenção Europeu – Na via da construção de um sistema penal europeu. Um passo ou um salto?*, in *RPCC*, Ano 13, n.º 1, Janeiro-Março de 2003.

¹⁹ A DQ 2002/584/JAI foi, precisamente, a primeira concretização na legislação europeia de tal princípio.

²⁰ Nascida da necessidade de garantir a paz numa Europa pós segunda guerra-mundial e que dá o seu primeiro passo com o plano Schuman, que marca o início da cooperação político-económica entre os países europeus. Isto porque a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada em 1951 pelo Tratado de Paris, tem na sua génese uma *lógica de integração funcionalista*, suportada por um processo “do tipo gradualista, esperando que os sucessivos patamares de irreversibilidade fossem consolidando o acervo comunitário adquirido”. A propósito da dinâmica de integração europeia, numa perspectiva global, vide Sofia Oliveira Pais, *Estudos de Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 5 e Francisco Lucas Pires, *A revolução europeia (antologia de textos)*, 2.ª edição, Lisboa, Parlamento Europeu – Gabinete de Portugal, 2008, pág. 44.

²¹ O grupo de Trevi, com o Tratado de Maastricht, deu lugar ao Conselho de Justiça e Assuntos Internos (JAI) e muitas das reflexões e programas concebidos por este grupo viriam a projectar-se na criação do Terceiro Pilar, previsto naquele Tratado.

de 1990²². A formalização desta cooperação, meramente intergovernamental, ocorreu com o surgimento, aquando do Tratado de Maastricht, da estrutura dos três pilares, em que o primeiro seguia o método comunitário e era constituído pelas Comunidades Europeias (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Comunidade Europeia da Energia Atómica e Comunidade Europeia), o segundo abrangia a política externa e de segurança comum (PESC) e o terceiro pilar a Cooperação no Domínio da Justiça e Assuntos Internos (JAI). O 2.º pilar, à semelhança do 3.º pilar, funcionava também através de mecanismos de cooperação meramente intergovernamental.

A reformulação do terceiro pilar acontece com o Tratado de Amesterdão, assinado em 02 de Outubro de 1997, que criou o “Espaço de Liberdade Segurança e Justiça” (doravante ELSJ), ao mesmo tempo que o comunitariza e o reduz à cooperação judicial e policial em matéria penal, nele criando um novo título relativo aos vistos, asilo, imigração e outras políticas ligadas à livre circulação de pessoas. A criação do ELSJ é da maior importância para se compreender a alteração na forma como os EMs compreendem o conceito de auxílio judiciário: se até então era limitado pela ideia de que a soberania penal termina nos limites do território de cada um, a partir daquele momento passa a ser compreendido como um espaço destinado a facilitar e acelerar “a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões”²³. A própria terminologia usada neste novo *modelo cooperativo* foi alterada, deixando de ser utilizadas as expressões “Estado-requerente” e “Estado-requerido”, agora substituídas pelas expressões “Estado de emissão” e “Estado de execução”²⁴.

Esta estrutura tripartida da União, já mitigada com o Tratado de Amesterdão, viria a desaparecer com o Tratado de Lisboa que, *inter alia*, atribui personalidade jurídica à União Europeia (artigo 47.º do TUE), e confere à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o mesmo valor jurídico dos Tratados (artigo 6.º, n.º 1 e 2 do Tratado da União Europeia, doravante TUE), juntamente com a adesão da União Europeia à CDFUE. Importante na abolição da estrutura dos três pilares e na nova dinâmica instituída pelo Tratado de Lisboa é o facto de o *Espaço de Liberdade Segurança e Justiça*²⁵ passar a estar sujeito à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE), nos termos do artigo 19.º, n.º 3 do TUE ficando vinculado ao respeito pelos direitos fundamentais (artigo 67.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE) consagrando-se ainda o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal, se necessário, através da aproximação das legislações penais e a facilitação do acesso à justiça (artigo 67.º, n.º 3 do TFUE) “*elementos essenciais do funcionamento do mercado interno e da própria cidadania europeia, em especial na parte referente à liberdade de circulação de pessoas*”. Em definitivo, com o Tratado de Lisboa, a construção de um ELSJ passa a ser um objectivo da UE (artigo 3.º, n.º 2 do TUE) e é considerada como uma competência partilhada entre a União e os EMs

²² Cfr. CRAIG, Paul e BURCA, Gráinne de, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 4.ª Edição, Oxford University Press, 2007, pág. 230, e o texto “Estabelecimento progressivo de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça”, disponível no sítio da internet EUR-Lex em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aa11000> (consulta em 14.01.2018).

²³ Cfr. Tratado de Amesterdão, artigo K.3, alínea a).

²⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Mandado de Detenção Europeu – Na via da construção de um sistema penal europeu. Um passo ou um salto?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Janeiro-Março de 2003, pág. 33.

²⁵ Título V do TFUE que acolheu e comunitarizou o antigo 3.º pilar relativo à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal.

(artigo 4.º, n.º 2, alínea j) do TFUE), fazendo-o assentar na conjugação de medidas de cooperação operacional e de medidas de natureza legislativa²⁶.

A emissão da DQ 2002/584/JHA, transposta para o direito português pela Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, concretiza o princípio do reconhecimento mútuo²⁷, instituindo o MDE, que define no seu artigo 1.º, n.º 1, como “a decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de pena ou medida de segurança privativas de liberdade”, e estatuiu, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, que “Os Estados-Membros executam todo e qualquer mandado de detenção europeu com base no princípio do reconhecimento mútuo (...)”.

O pedido deixa de ser o elemento chave do processo de entrega, como o era no processo de extradição, para passar a ser o próprio mandado de detenção emitido pela autoridade judiciária competente o elemento fulcral de tal processo, o que não só o simplifica e agiliza, como o *judicializa*, deixando de haver lugar a juízos políticos de oportunidade característicos do processo de extradição, sendo que é o princípio do reconhecimento mútuo que permite esta mudança de paradigma.

A referida *judicialização* traz ao processo de entrega todas as garantias inerentes ao processo penal de cada um dos países colaborantes, enfatizando a DQ a necessidade de se respeitarem os direitos e os princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6.º do TUE, de que são exemplos a necessidade de respeitar os direitos “da pessoa procurada”, no momento da sua detenção pelo Estado de execução (cf. artigo 11.º) e o direito de audição (cf. artigo 14.º)²⁸. Significa isto, pois, que uma análise do princípio da proporcionalidade se impõe, agora em dois

²⁶ VITORINO, António, in PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord), *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012 pág. 372.

²⁷ Cfr. o documento “Programa de Medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais”, publicado no Jornal Oficial n.º C 012 de 15/01/2001, págs. 10 a 22, onde se pode ler: “O reconhecimento mútuo deverá permitir não só o reforço da cooperação entre Estados-Membros, mas também a protecção dos direitos das pessoas, podendo igualmente favorecer uma melhor reinserção social dos delinquentes. Por último, o reconhecimento mútuo das decisões é um factor de segurança jurídica no seio da União, na medida em que garante que uma sentença proferida num Estado-Membro não será posta em causa noutra. A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais pressupõe a confiança recíproca dos Estados-Membros nos respectivos sistemas de justiça penal. Esta confiança repousa, em especial, na plataforma comum constituída pelo empenho dos Estados-Membros nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e do Estado de direito.” Disponível em:

http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2001.012.01.0010.01.POR&toc=OJ:C:2001:012:TOC

²⁸ De acordo, aliás, com o artigo 67.º, n.º 1, do Tratado de Lisboa, que estabelece que “a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados membros”. Leia-se a propósito as palavras das conclusões do AG nos processos C-404/15 e C-659/15 (Aranyosi e Caldaru): “17. Ao instaurar um procedimento concebido para ser mais eficaz e eficiente que o procedimento anterior, o mecanismo do mandado de detenção europeu constitui, em primeiro lugar e sobretudo, uma contribuição essencial para a repressão das atividades criminais na União. Na medida em que permite assegurar a acusação, o julgamento e a condenação dos autores de uma infração penal cometida num Estado-Membro, constitui atualmente uma garantia essencial para a abolição das fronteiras internas na União e contribui igualmente para reforçar a proteção das vítimas de infrações penais assegurando, por um lado, que os seus autores possam ser julgados e condenados pelas infrações cometidas e, por outro, que sejam presentes de maneira mais rápida e eficaz à justiça.”

momentos distintos: no momento da *emissão do mandado* de detenção e no momento da sua *execução*²⁹.

1.3. Mandado de Detenção Europeu e princípio da proporcionalidade

Uma primeira manifestação³⁰ do princípio da proporcionalidade tem lugar no artigo 2.º, n.º 1 da DQ, onde se prevê que a *emissão* de um MDE só pode ocorrer para efeitos de procedimento penal, por factos puníveis, pela lei do EM de emissão, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses e, quando se trate da execução dessas medidas, por sanções de duração não inferior a quatro meses³¹.

Porém, é certo que a problemática do princípio da proporcionalidade na emissão MDE tem sido referida em diferentes relatórios, como por exemplo no relatório do Seminário Estratégico do Eurojust, decorrido na Haia em 10 e 11.06.2014³², onde, numa das mesas de trabalho, se concluiu que a desproporcionalidade no uso dos MDE passa pela utilização destes em processos em que estejam em causa bagatelas penais, pela sua emissão para realização de interrogatórios e ou inquirições, e nos casos em que a sua emissão possa suscitar questões de violação de direitos humanos.

A questão da proporcionalidade foi também referida no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 14.01.2011³³, onde no capítulo 5, inteiramente dedicado a esta temática, se afirmou ser necessária a aplicação pelos EM de emissão de um *teste prévio de proporcionalidade*, para evitar a emissão de MDEs destinados à entrega de indivíduos por causa das bagatelas penais, dando-se nota da iniciativa do Conselho³⁴ relativamente à inclusão, no manual sobre a emissão e execução de um mandado de detenção europeu³⁵

²⁹ Não se diga que a DQ não tem nenhuma previsão expressa no sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade. Uma vez que tal princípio faz parte do esteio de princípios que enformam a UE, tal menção seria desnecessária. É jurisprudência assente do TJUE, para além de jurisprudência que infra se analisará a respeito do MDE, a propósito da restrição ao exercício de direitos e liberdades reconhecidos pela CDFUE, que “a restrição é admissível desde que corresponda a objectivos de interesse geral prosseguidos pela União e não constitua, face a tais objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável capaz de atentar contra a própria essência dos direitos (Acórdãos C-36/02 – *Omega* e C-213/07 – *Michaniki*, e o comentário a ambos por Alessandra Silveira, *op. cit.*, pág. 602), raciocínio que podemos facilmente transpor para a lógica operativa do MDE, uma vez que este é veículo de promoção da existência do ELSJ, que, por sua vez, é, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do TUE um dos objectivos de interesse geral do TUE.

³⁰ A DQ 2007/533/JAI, de 12 de Junho de 2007, relativa ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação Schengen de segunda geração (SIS II), estatui no seu artigo 21.º que antes de ser inserida uma indicação no SIS II o Estado-Membro deve verificar se o caso é «*adequado, pertinente e suficientemente importante para justificar a sua inserção no SIS II*». Uma vez que a indicação SIS pode, por força do artigo 9.º da DQ, produzir os mesmos efeitos do mandado de detenção europeu, esta disposição introduz, consequentemente, o controlo da proporcionalidade desse mandado no direito positivo. Conclusão n.º 83 do AG Yves Bot, no processo C-241/15, *Bob-dogi*.

³¹ Conclusão n.º 90 do AG Yves Bot, no processo C-241/15, *Bob-dogi*.

³² Disponível em: [http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Report%20on%20Eurojust%20casework%20in%20the%20field%20of%20the%20European%20Arrest%20Warrant%20\(May%202014\)/2014-05_Eurojust-EAW-Casework_EN.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Report%20on%20Eurojust%20casework%20in%20the%20field%20of%20the%20European%20Arrest%20Warrant%20(May%202014)/2014-05_Eurojust-EAW-Casework_EN.pdf)

³³ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0175>

³⁴ Na sequência da 4.ª ronda de avaliações acerca da implementação do MDE nos diferentes EMs.

³⁵ Versão actual onde a temática é também abordada (ponto 2.4.) disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC1006%2802%29>

(doravante MMDE), de uma série de critérios (gravidade do delito; duração da pena; existência de uma medida alternativa menos onerosa quer para o procurado quer para o estado de execução e uma análise de custo/benefício na execução do MDE) a levar em linha de conta antes da emissão de um MDE, e da indicação de outros instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal que poderiam servir como alternativas à emissão de um MDE. A necessidade deste teste prévio de proporcionalidade, que deverá ser usado mesmo pelos países onde impere o princípio da legalidade, prende-se essencialmente com o facto de a banalização na emissão deste instrumento legal ser susceptível de afectar o princípio da confiança mútua nas decisões dos EMs³⁶.

Por sua vez, o Parlamento Europeu, através da sua Resolução de 27 de Fevereiro de 2014³⁷, recomendou à Comissão Europeia que, quer relativamente ao MDE, quer relativamente a outros instrumentos de reconhecimento mútuo, apresentasse propostas legislativas no sentido de implementar um teste de proporcionalidade, a levar a cabo pelos Estados de emissão, onde fossem considerados critérios como a gravidade do delito, o estado do processo, o impacto nos direitos da pessoa requerida, incluindo os aspectos relacionados com a sua vida privada e familiar, a relação custo/benefício na emissão do MDE e o recurso a outras medidas de reconhecimento mútuo menos intrusivas.

Apesar de a preocupação ser comum a ambas as instituições, a resposta a dar ao problema não foi coincidente. A Comissão Europeia respondeu³⁸ àquele pedido do Parlamento discordando que fosse necessário a alteração da DQ, por si só ou em conjugação com a revisão de outros instrumentos de reconhecimento mútuo, uma vez que os resultados pretendidos poderiam ser conseguidos através do envidar de esforços para a implementação nos EMs de outros instrumentos de reconhecimento mútuo³⁹, que, uma vez em pleno funcionamento, poderiam evitar a emissão de MDE, e da importância da legislação, então ainda em fase de elaboração, relativas à presunção de inocência (agora a Directiva UE 2016/343) e ao apoio judiciário em matéria penal e em procedimentos de MDE (agora a DQ 2013/48/UE).

A Comissão Europeia enfatizou igualmente o papel do MDE revisto não deixando de dar nota de que as questões de proporcionalidade apontadas tinham surgido num número pequeno de EMs, e que tinham sido mitigadas através da efectiva utilização do MDE, através do contacto directo entre as autoridades judiciárias dos diferentes EMs e através da formação dos seus operadores judiciários.

No que à questão da observância do princípio da proporcionalidade diz respeito, atendendo ao quadro jus-normativo da UE, e levando em linha de conta as posições da Comissão e do Parlamento, tendemos a concordar com a posição assumida pela Comissão. De facto, o

³⁶ Do relatório resultava ainda uma recomendação expressa para que cada Estado utilize o Manual da Comissão Europeia alterado nos termos supra referidos e que fosse dada formação às autoridades judiciárias no que a esta específica questão diz respeito.

³⁷ Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0039+0+DOC+XML+V0//EN> e que levou em linha de conta quer o relatório da Comissão Europeia que supra referimos quer a revisão ao Manual do Mandado de Detenção Europeu.

³⁸ Disponível em: [Response to the European Parliament resolution of 27 February 2014](#)

³⁹ DQ 2009/829/JAI, do Conselho, de 23 de Outubro, Decisões- Quadro 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, do Conselho, de 27 de Novembro e Directiva 2014/41/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03 de Abril e 2014.

princípio da proporcionalidade é uma premissa que o Estado de emissão do MDE terá sempre que respeitar, correndo o risco de, se não o fizer, pôr em causa os direitos e liberdades fundamentais, reconhecidos e protegidos quer pelo próprio Estado quer pela União Europeia⁴⁰. Assim, mesmo que se esteja perante uma situação, em concreto, que permita o seu enquadramento na DQ-MDE, e conseqüentemente a emissão de um MDE, dever-se-á sempre olhar aos critérios da gravidade do delito, do estado do processo, do impacto da sua utilização nos direitos da pessoa requerida, incluindo os aspectos relacionados com a sua vida privada e familiar, da relação custo/benefício na emissão do MDE e, *devendo-se especialmente ponderar*, o recurso a outras medidas de reconhecimento mútuo (medidas de cooperação judiciária em matéria penal) menos intrusivas, antes da emissão. Dada a relevância e o âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade no espaço da União Europeia, a expressa referência a um teste de proporcionalidade no teor da DQ-MDE parece-nos desnecessária.

Argumento recorrente contra esta afirmação é a de que há países dentro do espaço da União Europeia, em que os operadores judiciários estão obrigados a promover o processo penal sempre que haja aquisição da notícia de um crime e a deduzir acusação sempre que sejam recolhidos indícios suficientes da sua prática e do agente que o cometeu – referimo-nos ao *princípio da legalidade*. Tal princípio exclui(ria) assim juízos de oportunidade quer quanto à decisão de início do processo, quer quanto à decisão de submeter a causa a julgamento, o que no caso em concreto poderia levar à emissão de um MDE por qualquer infracção, desde que à mesma pudesse corresponder uma pena de prisão, ou medida de segurança, não inferior a 12 meses, ou que já tenha sido efectivamente aplicada uma pena, ou uma medida de segurança, não inferior a quatro meses.

Este argumento, no entanto, se à primeira vista ponderoso, perde alguma da sua importância se tivermos em conta o que já dissemos acerca da necessária aplicação do princípio da proporcionalidade aquando da emissão do MDE e a necessidade de respeitar o princípio do primado do direito europeu⁴¹. Neste sentido parece dirigir-se a opinião do Advogado Geral (doravante AG) no processo Bob-Dogi e Caldararu⁴²⁻⁴³ quando afirma, a este propósito, que há que

⁴⁰ Isto para além, obviamente, das barreiras temporais impostas pelo artigo 2.º, n.º 1, da DQ.

⁴¹ Acerca deste princípio cfr. os Acórdãos do TJUE, *van Gend en Loos*, de 05.02.1963, *Costa v. Enel*, de 15.07.1964, *Simmenthal*, de 09.03.1978, *Comissão v. Irlanda*, de 17.11.1992, e *Comissão v. Luxemburgo*, de 26.10.1995. Especialmente a decisão proferida no *Simmenthal* e nos dois últimos arestos referidos donde se retira que o juiz nacional deve aplicar o direito comunitário, desaplicando, se necessário, a norma de direito interno que entre em contradição com aquele, mesmo que se trate de uma norma posterior, não se tornando para isso necessário aguardar a prévia revogação da norma de direito interno, apesar de aguardar a revogação expressa de normas internas incompatíveis com normas comunitárias ser um dever dos Estados-Membros.

⁴² “94. Em nossa opinião, a decisão-quadro impõe a obrigação de proceder a esse controlo na fase da emissão do mandado de detenção europeu, sem que se possa objetar validamente que as condições de emissão se enquadram na competência exclusiva dos Estados-Membros em matéria penal. 95. Em primeiro lugar, essa objeção nega a distinção que se deve precisamente fazer entre o mandado de detenção europeu e o mandado de detenção nacional que lhe serve de fundamento. Embora as condições de emissão do mandado de detenção nacional se enquadrem efectivamente na competência dos Estados-Membros em matéria penal, em contrapartida, o mandado de detenção europeu é um instrumento criado e regulamentado pelo direito da União, designadamente quanto às condições da sua emissão, conforme o demonstra o artigo 2.º, n.º 1, da decisão-quadro que fixa os casos em que um mandado de detenção europeu «pode ser emitido». A decisão-quadro faz da decisão de alargar o âmbito de aplicação territorial de um mandado de detenção nacional ao espaço judiciário europeu através da emissão de um mandado de detenção europeu um ato de jurisdição que se enquadra no direito da União. Por conseguinte, uma disposição de um Estado-Membro que fixa, em aplicação da decisão-quadro, as condições de emissão do mandado

distinguir entre o direito a aplicar dentro do EM e o direito aplicável ao Espaço Comunitário, sem esquecer que há sempre que olhar às restantes medidas de reconhecimento mútuo, para perceber da pertinência de alguma delas no caso em concreto.

Constatada que está a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade aquando da emissão de um MDE, cumpre agora analisar o regime de execução. Deverá também o Estado de *execução* aplicar o princípio da proporcionalidade na sua decisão? A resposta a esta questão convoca a articulação entre o princípio da proporcionalidade e os princípios da confiança mútua e do reconhecimento mútuo das decisões dos EMs.

O *princípio do reconhecimento mútuo* pode ser enunciado da seguinte forma: “[A]doptada uma decisão por autoridade judiciária competente num Estado-Membro da UE, caso essa decisão tenha implicações extraterritoriais, ela será automaticamente reconhecida e cumprida nos demais EM e produzirá ali os mesmos ou similares efeitos, num quadro de respeito pelos direitos fundamentais individuais, embora consoante os diversos instrumentos que desenvolvem esse princípio, a automaticidade no reconhecimento e execução admita diferentes níveis e seja submetida a diferentes condicionantes [...]. O reconhecimento mútuo identifica-se mais com uma validação formal do que com uma reapreciação material da decisão judiciária, embora o princípio da proporcionalidade lhe esteja a servir de correção e mérito”⁴⁴. Este princípio está positivado no artigo 67.º, n.º 3, do TFUE, que, como se viu, consagra a construção do ELSJ como um objectivo da UE (cfr. artigo 3.º, n.º 2), e onde se estatui que “A União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais”. O artigo 82.º do mesmo Tratado⁴⁵ determina, por sua vez, no seu n.º 1, que a “cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais [...]”.

A articulação entre harmonização e reconhecimento mútuo⁴⁶ serve, neste trabalho, para acentuar a importância dado ao reconhecimento mútuo das decisões penais dos EMs, deixando antever *que a decisão de mérito relativamente a um MDE é proferida pelo EM de emissão*. As causas de recusa de execução, obrigatórias e facultativas, estão, taxativamente,

de detenção europeu não pode sair do âmbito de aplicação do direito da União apenas pelo facto de se enquadrar no direito penal desse Estado.”

⁴³ A igual conclusão chegou o AG no Acórdão Caldararu quando diz que: “173. Em todo o caso, não se pode perder de vista que o controlo de proporcionalidade incumbe, em primeiro lugar, à autoridade judiciária de emissão. Tratando-se aqui da aplicação do direito da União, incumbe-lhe proceder a esse controlo, mesmo que, para isso, deva deixar de aplicar a sua legislação nacional que impõe o princípio da legalidade da ação penal, uma vez que se trata aqui de decidir em conformidade com o direito da União, cujo primado se aplica também no caso das disposições da decisão-quadro.”

⁴⁴ Cfr. José P. Albuquerque em documento apresentado aquando de uma sessão de formação contínua, realizada no Centro de Estudos Judiciários, a 17 de Fevereiro de 2012, dedicada ao tema “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, disponível em:

https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/1040/mod_resource/content/0/apresentacoes/Cooperacao_Judiciaria_Penal_MODERADOR_17FEVEREIRO2012.pdf

⁴⁵ Que abre o capítulo 4 dedicado à cooperação judiciária em matéria penal.

⁴⁶ Princípio referido logo no artigo 1.º, n.º 2, da DQ como base para a execução de qualquer MDE.

enunciadas nos artigos 1.º, 4.º e 4.º-A da DQ, a que correspondem, no ordenamento jurídico português, os artigos 11.º, 12.º, e 12.º-A da Lei 65/2003, de 23 de Agosto, numa lógica de que a impossibilidade de recusa, para além das possibilidades conferidas pela DQ, reforça o sistema de entrega instituído pela DQ a favor do ELSJ, em conformidade com a confiança mútua que deve existir entre os EMs, e em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo consagrado no artigo 1.º, n.º 2 da DQ⁴⁷⁻⁴⁸, como aliás o tem dito, de forma recorrente, o TJUE nas suas decisões⁴⁹.

Creemos, todavia, que esta questão pode vir a ter desenvolvimentos importantes. Nos processos apensos Aranyosi e Caldaru (C-404/15 e C-659/15, respectivamente), em que estavam em causa condições de detenção no Estado de emissão passíveis de violar direitos fundamentais do visado pelo MDE, salientou o Tribunal que “a DQ não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais consagrados, designadamente, pela Carta”⁵⁰. Subjacente a esta decisão estava a questão de saber se a força do princípio do reconhecimento mútuo, nas palavras do AG Yves Bot, podia ser limitada pela quebra de confiança entre os EMs em virtude de uma potencial violação dos direitos fundamentais que lhes cabe respeitar⁵¹. Apesar de, em casos extremos, o AG (e também o Tribunal na sua decisão) considerar que está ao alcance do Estado de execução a utilização do mecanismo de *pedido de informações*, plasmado no artigo 15.º, n.º 2 da DQ, e a *comunicação ao Eurojust*, nos termos do artigo 17.º, n.º 7 da DQ, o seu parecer era de que o artigo 1.º, n.º 3, da DQ 2002/584/JAI deveria ser interpretado no sentido de que “*não constitui um motivo de não-execução do mandado de detenção europeu para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, fundado no risco de violação, pelo*

⁴⁷ Acórdão do TJUE C-192/12 – West, n.º 62. Em consequência, as causas de recusa de um mandado de execução europeu devem ser alvo de interpretação estrita. Cfr. Acórdão do TJUE C-367/16 – Piotrowski, n.º 48.

⁴⁸ No caso *Radu*, em sede de reenvio prejudicial, foi formulada, além de outras, a seguinte questão: “A ingerência do Estado de execução de um mandado de detenção europeu nos direitos e garantias previstos no artigo 5.º, n.º 1, da CEDH e no artigo 6.º, em conjugação com os artigos 48.º e 52.º da CDFUE, com referência também ao artigo 5.º, n.º 3 e 4, e ao artigo 6.º, n.ºs 2 e 3 da Convenção, deve satisfazer as condições da necessidade numa sociedade democrática e da proporcionalidade em relação ao objectivo concretamente prosseguido?” Apesar de o AG admitir que as causas de recusa de execução podem ir para além dos motivos de recusa obrigatória ou facultativa da DQ, admitindo ainda as violações significativas dos direitos humanos e violações de requisitos processuais fundamentais na emissão do mandado de detenção europeu (§51 “Se, por exemplo, fosse claramente demonstrado que o mandado de detenção europeu não continha uma indicação adequada da existência do mandado de detenção nacional especificado no artigo 8.º, n.º 1, alínea c) da decisão (porque, por exemplo, este último era nulo por motivos processuais, nos termos do direito do Estado-Membro de emissão) o mandado de detenção não deveria, na minha opinião, ser executado”), o Tribunal reafirmou que “[O]s Estados-Membros apenas podem recusar dar execução a tal mandado nos casos de não execução obrigatória previstos pelo artigo 3.º desta assim como nos casos de não execução facultativa enumerados nos seus artigos 4.º e 4.ºA[...]”.

⁴⁹ C-338/08 – Leymann e Pustovarov; C-388/08 – Dominic Wolzenburg; C-261-09 – Mantello; C-396/11 – Radu; C-399/11 – Melloni; C-192/12 – West; C-367/16 – Piotrowski.

⁵⁰ § 81.

⁵¹ Nas suas conclusões, o AG refere que o princípio da confiança mútua, quanto ao ELSJ, é definido pelo TJUE como obrigando cada um dos EMs a considerar, salvo em circunstâncias excepcionais, que todos os outros EMs respeitam o direito da União, em especial os direitos fundamentais, e que tal princípio se opõe a que o EM de execução verifique se o EM de emissão respeitou, num caso concreto, os direitos fundamentais garantidos pela União, sendo que um motivo de não-execução baseado no risco de violação de direitos fundamentais prejudicaria seriamente a relação de confiança em que deve assentar a cooperação judiciária visada pela DQ, frustrando o reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Tal não retira a protecção dos direitos fundamentais aos visados pelo MDE, uma vez que estando em causa interesses opostos, a saber os direitos da pessoa entregue e as necessidades que impõem a protecção dos direitos e liberdades de terceiros, a ponderação dos mesmos deve ser feita através do princípio da proporcionalidade, que obrigatoriamente terá que entrar em linha de conta da decisão de emissão do MDE.

Estado-Membro de emissão, dos direitos fundamentais da pessoa entregue”. Todavia, deveria ser reafirmada a importância do princípio da proporcionalidade nos seguintes termos: *“Incumbe às autoridades judiciárias de emissão proceder a um controlo de proporcionalidade a fim de ajustar a necessidade de emitir um mandado de detenção europeu, à luz tanto da natureza da infração como das modalidades concretas de cumprimento da pena”*.

Porém, o Tribunal foi noutro sentido:

“Os artigos 1.º, n.º 3, 5.º e 6.º, 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-Membros, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, devem ser interpretados no sentido de que, perante elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que confirmem a existência de deficiências, quer sejam sistémicas ou generalizadas, quer afetem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção, no que respeita às condições de detenção no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve verificar, de maneira concreta e precisa, se existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa objeto de um mandado de detenção europeu, emitido para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições da sua detenção nesse Estado-Membro, um risco real de trato desumano ou degradante, na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado-Membro. Para o efeito, deve pedir o fornecimento de informações complementares à autoridade judiciária de emissão, que, depois de ter requerido, se necessário, a assistência da autoridade central ou de uma das autoridades centrais do Estado-Membro de emissão, na aceção do artigo 7.º da referida decisão-quadro, deve comunicar essas informações no prazo fixado nesse pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão quanto à entrega da pessoa em causa até obter as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, esta autoridade deve decidir se há que pôr termo ao processo de entrega”.

Assim, atendendo à circunstância de a posição do AG, relativamente à relação entre princípio da confiança mútua e reconhecimento mútuo e relativamente ao papel do princípio da proporcionalidade na fase de emissão e na fase de execução do MDE, não ter sido inteiramente seguida pelo Tribunal, não sendo a decisão final absolutamente esclarecedora quanto à possibilidade de um risco real de tratamento desumano ou degradante poder motivar uma decisão de recusa de execução de um MDE, antevemos que, num futuro próximo, o TJUE possa confrontar-se com a necessidade de explicitar se a expressão usado no segmento final do aresto, “decidir se há que pôr termo ao processo de entrega”, significa o reconhecimento de uma causa de recusa, resultante da existência de uma cláusula de salvaguarda de direitos fundamentais ínsita à DQ-MDE.

2. Prática e Gestão Processual

A este passo e porque consideramos que a emissão do MDE deve ter em conta o princípio da proporcionalidade é fundamental passar em revista outros instrumentos de cooperação judiciária no espaço comunitário que tenham como objectivo a prossecução do ELSJ e que, assentando nos mesmos princípios da confiança e do reconhecimento mútuo, possam ser utilizados como mecanismos alternativos menos gravosos.

De facto, a criação do ELSJ como espaço privilegiado de cooperação entre autoridades judiciárias e a afirmação do princípio do reconhecimento mútuo como base de tal cooperação levaram à implementação de diversas medidas, para além do MDE, no domínio do direito penal. No juízo de proporcionalidade que se impõe aquando da emissão do MDE, por forma a dar por cumpridos os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, existindo outros meios que permitam alcançar as finalidades processuais que estejam em causa, é imperativo que os mesmos sejam cabalmente considerados.

A lista que se seguirá não pretende ser exaustiva e incidirá essencialmente sobre casos práticos que entendemos relativamente fáceis de ocorrer na prática judiciária⁵².

Nestes termos apontaremos como instrumentos úteis a considerar aquando do juízo de proporcionalidade: a Lei n.º 36/2015, de 04 de Maio, que transpôs a DQ 2009/829/JAI, do Conselho, de 23 de Outubro de 2009, relativa à aplicação entre os Estados-Membros da União Europeia do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva, a Lei n.º 88/2017, de 22 de Agosto, que transpôs a Directiva 2014/41/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 03 de Abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal, a Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro, que transpôs a DQ 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de Novembro, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas da liberdade, a DQ 2008/947/JAI do Conselho, de 27 de Novembro de 2008, respeitante à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões relativas à liberdade condicional para efeitos de fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, a Lei n.º 71/2015, de 20 de Julho, que transpôs a Directiva 2011/99/UE, de 13 de Dezembro, relativa à decisão europeia de protecção e a Lei n.º 93/2009, de 01 de Setembro, que transpôs a DQ 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2015, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias.

2.1. Lei n.º 36/2015, de 04 de Maio (Decisão-Quadro 2009/829/JAI do Conselho, de 23 de Outubro de 2009)

A DQ 2009/829/JAI do Conselho, de 23 de Outubro de 2009, foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 36/2015, de 4 de Maio, e a necessidade de criação deste instrumento comunitário adveio do reconhecimento pelas instâncias comunitárias de que, no

⁵² Cf. Secção 2.5 do Manual sobre a emissão e a execução de um Mandado de Detenção Europeu, já supra referido.

que diz respeito à detenção de pessoas sujeitas a processo penal, existe o risco de tratamento desigual entre residentes e não residentes no Estado onde se realiza o julgamento, correndo o não residente o risco de ser sujeito a uma medida de prisão preventiva, enquanto aguarda o julgamento, mesmo quando, em situações análogas, tal não fosse o caso do residente (cf. considerando 5).

Nestes termos, a DQ permite que uma medida de coacção aplicada em Portugal seja fiscalizada no Estado de execução, “garantindo o regular exercício da justiça e a comparência da pessoa a julgamento” (cf. considerando 12 e artigo 2.º, n.º 1, da DQ). Os tipos de medidas de controlo estão definidos no artigo 8.º da DQ (com teor correspondente, o artigo 4.º da Lei 36/2015), não se exigindo o controlo da dupla incriminação relativamente às infracções elencadas no artigo 14.º da DQ (correspondentemente o artigo 3.º da Lei n.º 36/2015), desde que as mesmas sejam punidas no Estado de emissão com pena ou medida de segurança privativa da liberdade de duração máxima não inferior a três anos. Conjugando estas medidas com o Código de Processo Penal, no que às medidas de coacção diz respeito, vemos que a prisão preventiva, nos termos do artigo 202.º, para o que no exemplo que se seguirá nos interessa, é aplicável quando existam fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos.

Vamos supor o seguinte quadro factual: António Manuel, cidadão de nacionalidade portuguesa, é constituído arguido, por suspeita da prática do crime de tráfico e outras actividades ilícitas, previsto e punível pelo artigo 21.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e, depois de sujeito a primeiro interrogatório judicial de arguido detido, é-lhe imposta medida de coacção de proibição e imposição de condutas, prevista no artigo 200.º do Código de Processo Penal, mais especificamente é-lhe imposta a proibição de circular, permanecer ou deslocar-se por locais conotados com a venda e o consumo de produtos estupefacientes (n.º 1, alínea d)), sendo-lhe ainda imposta a obrigação de se sujeitar a tratamento à toxicodependência de que padece (mesmo número e artigo mas alínea f)).

Durante o tratamento de toxicodependência o arguido decide fixar residência na Alemanha, informando o tribunal, nos termos do artigo 196.º, n.º 2, alínea b), de qual a sua morada naquele país.

Atendendo à moldura penal aplicável e ao disposto no artigo 2.º, n.º 1, quer da DQ do MDE, quer da Lei 65/2003, que a transpôs, o *Ministério Público* (de acordo com o estatuído nos artigos 36.º, da Lei n.º 65/2003, 194.º e 257.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal, e nos termos e para os efeitos previstos no artigo 203.º, n.º 1, do mesmo diploma), uma vez que o arguido tinha interrompido o tratamento à toxicodependência a que estava obrigado, *estaria legitimado a proceder à emissão de um MDE*. Porém e ainda que posteriormente à execução do MDE, em sede de interrogatório, fosse requerida a prisão preventiva, com base no risco de continuação da actividade criminosa (cf. artigo 204.º, alínea c)), é concebível que o juiz de instrução, tendo em conta a subordinação da disciplina legal de aplicação das medidas de coacção aos princípios constitucionais da proibição do excesso (nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade), da precariedade e subsidiariedade da prisão

preventiva⁵³, se limitasse a agravar as medidas de coacção já impostas ao arguido, obrigando-o a não se ausentar para o estrangeiro (artigo 200.º, n.º 1, alínea b)) e a apresentar-se periodicamente a órgão de polícia criminal (artigo 198.º, n.º 1).

Pelo que se conclui que, tendo em conta que os *períodos médios de detenção*, na execução de um MDE, variam entre os 14 a 17 dias, se o condenado consentir na sua entrega (nos termos do artigo 20.º) e os 48 dias se não consentir⁵⁴, e tendo em conta que no caso em concreto, atendendo aos princípios e regras de aplicação de medidas de coacção que referimos, *não é de ter como certa a aplicação da medida de prisão preventiva*, estaríamos a sujeitar um arguido a um período de detenção desproporcional, desde logo porque desnecessário, já que a aplicação das medidas de coacção a que o arguido esteve inicialmente sujeito em Portugal, por força do artigo 4.º, n.º 1, alíneas f) e i), da Lei n.º 36/2015, correspondente ao artigo 8.º, n.º 1, alínea f), e n.º 2, alínea d), da DQ, e da declaração da Alemanha ao Secretariado-Geral do Conselho, nos termos do artigo 8.º, n.º 2 da DQ⁵⁵, estaria assegurada neste outro país da UE.

2.2. Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto (Directiva 2014/41/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014)

Também o regime jurídico da Directiva 2014/41/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014 – Decisão Europeia de Investigação, doravante DEI, transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto, poderá ser utilizado como medida alternativa ao MDE e, assim, em respeito da necessária observância do princípio da proporcionalidade.

No ordenamento jurídico português a audição de um arguido é essencial para o desenrolar do inquérito e para a obtenção de elementos probatórios tendentes à sua decisão final, assim como é essencial na fase de instrução de julgamento, sendo que o direito a “estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito” está garantido pelo artigo 61.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal.

Porém, caso não seja de prever a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, poder-se-á considerar como desproporcional a emissão de um MDE, para este efeito, face aos períodos de detenção a que o arguido poderá estar sujeito, *devendo ser utilizada em seu lugar a possibilidade de audição do arguido por sistema de videoconferência*, conferida pelo artigo 35.º, n.º 1 da Lei 88/2017, a que corresponde o artigo 24.º, n.º 1, inciso segundo, da DEI.

53 E considerando que a privação de liberdade do arguido não pode ser decretada olvidando a exigência de que “[...] só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente”, cfr. Jorge de Figueiredo Dias, «Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal» in Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1988, p. 27.

54 Dados de 2011 retirados do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 2011, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0175&from=en>

55 Disponível em: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?id=1863>

Apesar de sempre se poder argumentar que o Código de Processo Penal não prevê a possibilidade de audição do arguido ou condenado por sistema de videoconferência, consideramos que tendo o legislador português, através da Lei n.º 88/2017, transposto para o ordenamento jurídico português tal possibilidade, e considerando que esta transposição pode ser lida de forma a compreender as autoridades judiciais portuguesas no papel de estado de emissão ou de estado de execução, o recurso à videoconferência está agora expressamente previsto em dois textos legais que vinculam o nosso ordenamento jurídico, não podendo por isso tal argumento fundamentar uma recusa para execução de uma audição de arguido ou uma escolha negativa de não uso da medida.

Acrescenta-se que a transposição desta possibilidade de audição do arguido por meios telemáticos foi determinada pela necessidade de dar cumprimento ao artigo 10.º da DEI, que, apesar de no geral conferir ao estado de execução a escolha de medida alternativa de investigação diferente da requerida, nomeadamente por a medida de investigação não constar da legislação do estado de execução (cf. artigo 10.º, n.º 1, alínea a)), estatui que *tal não pode ocorrer relativamente à audição de arguidos* (artigo 10.º, n.º 2, alínea c)), porque tal medida tem que obrigatoriamente estar prevista em todos os Estados da UE. Ora isto significa que todos os Estados da UE abrangidos pela aplicação da Directiva têm forçosamente que criar normas na sua legislação interna que permitam a utilização das medidas de investigação elencadas no artigo 10.º, n.º 2, alíneas a) a e), algo que relativamente à medida agora em análise nos parece que terá ocorrido *ex-vi* artigo 35.º, n.º 1, da Lei 88/2017.

Assim, em todos os casos em que seja necessário ouvir arguido ou suspeito que se encontre noutro país da UE, a não ser que seja previsível a necessidade de aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, cremos que o uso do MDE, preterindo a possibilidade da sua audição por videoconferência ou por conferência telefónica nos termos do artigo 35.º da Lei 88/2017, correspondente aos artigos 24.º e 25.º da Directiva, será desproporcional porque desnecessário.

2.3. Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro (Decisão-Quadro 2008/909/JAI, do Conselho, de 27/11/2008)

Como é comum a todas as normas comunitárias que a este passo analisamos, a DQ 2008/909/JAI, do Conselho, de 27 de Novembro, alterada pela DQ 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro, transposta pela Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro, assenta no objectivo da União Europeia de criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça e no princípio do reconhecimento mútuo, sendo que no quadro de considerandos da presente decisão o legislador europeu entendeu ainda por importante realçar que os direitos processuais em processo penal são um elemento crucial *“para garantir a confiança recíproca entre os Estados-Membros no âmbito da cooperação judiciária”* (considerando 5).

A DQ procurou aprofundar a cooperação e a confiança mútua quanto à execução das sentenças em matéria penal, particularmente no que às decisões privativas da liberdade diz respeito, e sinal disso é o facto de deixar de ser necessário o consentimento do condenado *“de*

cada vez que uma sentença é transmitida a outro Estado-Membro para efeitos do seu reconhecimento e da execução da condenação imposta” (considerando 5)⁵⁶. Com a DQ pretende-se ainda aumentar a possibilidade de reinserção social da pessoa condenada atendendo-se à ligação da pessoa ao Estado de execução, evidenciada, nomeadamente, por factores como os laços familiares, linguísticos, culturais, sociais ou económicos.

O consentimento por parte do condenado para a execução da primeira decisão condenatória no EM de execução é a regra, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, podendo, no entanto, ser desnecessário nos casos do n.º 2 do mesmo artigo.

A lista de infracções que dispensam o controlo da dupla incriminação, desde que puníveis no EM de emissão com pena de prisão não inferior a 3 anos, consta do artigo 7.º da DQ, e, de acordo com o artigo 8.º, salvaguardados os casos de recusa do reconhecimento e da execução previstos no artigo 9.º, o EM de execução, depois de reconhecer a sentença enviada nos termos do artigo 4.º, e segundo os procedimentos do artigo 5.º, deve *“tomar imediatamente todas as medidas necessárias à execução da condenação”*. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, caso a condenação sofrida seja superior à pena máxima passível de ser aplicada pela mesma infracção no EM de execução, este Estado pode adaptá-la, não podendo, no entanto, daí resultar uma pena que seja inferior àquele limite máximo. Ainda nos termos do mesmo artigo, mas do n.º 3, se a natureza da condenação for incompatível com a legislação nacional do Estado de execução, este Estado pode adaptá-la à pena ou medida nele prevista, de forma a que haja uma correspondência tão exacta quanto possível entre as condenações. Esta última exigência impede, por exemplo, a conversão de uma condenação em pena ou medida privativa da liberdade em sanção pecuniária.

De acordo com o artigo 12.º da DQ, a decisão definitiva de reconhecimento e execução deve ser tomada no prazo de 90 dias a contar da recepção da sentença e da certidão, salvaguardando-se, no entanto, a possibilidade de um prazo mais dilatado caso exista motivo para adiamento nos termos do artigo 11.º ou do artigo 23.º, n.º 3.

Por forma a evitar a fuga do condenado do país de execução, o artigo 14.º do diploma prevê que a pedido do EM de emissão, o EM de execução pode, antes da recepção da sentença e da certidão ou antes da decisão de reconhecimento e execução, deter o condenado, ou determinar qualquer outra medida que garanta que este permanece no território do EM a quem foi pedida, ou a quem será pedida, o reconhecimento e execução da sentença. Este período deve, nos termos do mesmo artigo, *in fine*, ser descontado na pena ou medida privativa da liberdade a cumprir.

Quanto ao consentimento da pessoa condenada é importante realçar, para o exemplo em concreto que iremos abordar de seguida, que ele é desnecessário, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, alínea c) da DQ, nos casos em que a sentença, acompanhada de certidão, for enviada ao EM onde o condenado se tenha refugiado ou regressado devido a processo penal de que é arguido no Estado de emissão ou na sequência da condenação imposta neste Estado.

⁵⁶ Ou seja, o consentimento é necessário apenas para transmissão da 1.º sentença, nos termos dos artigos 4.º, n.º 1, e 6.º da DQ.

Vejamos o seguinte exemplo: Ilídio Silva, nacional português mas há longo tempo emigrante em França, durante as férias de verão vem a Portugal e, por factos praticados numa das festas de verão da sua localidade de nascimento, é condenado na pena de 4 anos de prisão, suspensa na sua execução por igual período, pela prática de um crime de ofensa à integridade física simples, previsto e punível pelo artigo 143.º, n.º 1, de um crime de dano, previsto e punível pelo artigo 213.º, de um crime de resistência e coacção sobre funcionário, previsto e punível pelo artigo 347.º, n.º 1, todos do Código Penal, e de um crime de detenção de arma proibida, previsto e punível pelo artigo 86.º, n.º 1, alínea e), por referência ao artigo 2.º, n.º 1, alínea ap), do Regime Jurídico das Armas e suas Munições. A suspensão da execução da pena de prisão foi subordinada, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, ao pagamento, dentro do período de 1 ano e meio, da quantia de 6.500EUR, a título de indemnização aos lesados.

Pouco tempo depois da prática dos factos o arguido regressou a França, onde trabalhava e onde residia também a sua família mais próxima, tendo, no entanto, estado presente na audiência de julgamento e na leitura de sentença.

A pena suspensa na sua execução foi posteriormente revogada, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Penal.

Olhando ao caso em concreto, temos por certa a possibilidade de emissão de um MDE, nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, da Lei 65/2003. Atendendo à fase processual e ao artigo 36.º da Lei 65/2003, a competência para a emissão pertenceria ao Juiz titular do processo.

Ora, considerando o que supra expusemos sobre a DQ-MDE e sobre a articulação entre o princípio da proporcionalidade e a emissão de MDE, bem como levando em linha de conta a própria intenção do legislador comunitário quando emitiu a DQ que ora analisamos (o reforço do ELSJ da cooperação e do reconhecimento mútuo das decisões penais, bem como a ressocialização dos condenados), temos por certo que o juízo de proporcionalidade que obrigatoriamente teria que anteceder a emissão do MDE, em casos como aquele que agora exemplificamos, obrigaria a preterir a sua emissão, porque desnecessária e desproporcional em sentido estrito, *em benefício de um pedido de reconhecimento e execução da decisão judicial proferida pela autoridade judiciária portuguesa, podendo este cumprir a pena de prisão em causa em França.*

Resta apenas acrescentar quanto a este exemplo que o cumprimento do dever de indemnização que recaiu sobre o arguido poderia ser fiscalizado em França, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, da DQ 2008/947/JAI do Conselho, de 27/11/2008, transposta também pela Lei n.º 158/2015.

2.4. Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro (Decisão-Quadro 2008/947/JAI do Conselho, de 27/11/2008)

A DQ 2008/947/JAI do Conselho, de 27/11/2008, alterada pela DQ 2009/299/JAI, do Conselho de 26 de Fevereiro, transposta também pela Lei n.º 158/2015, respeita à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, sendo que na lógica deste trabalho utilizaremos um exemplo no âmbito de aplicação de uma sanção alternativa.

Ao criar este instrumento de cooperação, o legislador europeu pretendeu proporcionar um elevado nível de segurança a todos os cidadãos (considerandos 1 e 2) e promover a reinserção da pessoa condenada, dando-lhe a possibilidade de manter “os seus laços familiares, linguísticos, culturais e outros” (considerando 8), finalidades estas que constam também do artigo 1.º, n.º 1, da DQ.

As sanções alternativas passíveis de aplicação no EM de emissão constam do artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a k) e são de natureza bastante diversificada, o que facilita a sua utilização entre EMs, constando do artigo 10.º a lista de infracções que dispensam a verificação da dupla incriminação, desde que puníveis no EM de emissão com pena de prisão não inferior a 3 anos.

Os motivos de recusa do reconhecimento das sanções alternativas, e da fiscalização das medidas de vigilância, estão, taxativamente, enumerados no artigo 11.º, sendo que a decisão do EM de execução deve ser tomada no prazo máximo de 60 dias, nos termos do artigo 12.º.

O quadro factual que propomos agora é o seguinte: Italo Calvino⁵⁷, cidadão italiano e estudante de Erasmus numa Universidade Portuguesa, é condenado, atendendo ao seu registo criminal por crimes da mesma natureza, pela prática de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto e punível pelo artigo 292.º, n.º 1, e 69.º, n.º 1, alínea b), ambos do Código Penal⁵⁸, numa pena de prisão de 6 meses, substituída, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, do Código Penal, por 180 horas de trabalho a favor da comunidade.

Durante o cumprimento do trabalho a favor da comunidade, o condenado decide regressar a Itália, ficando cerca de 120 horas por cumprir.

Nesta situação em específico, e partindo do princípio que se chegava à conclusão que a pena de trabalho a favor da comunidade deveria ser revogada, nos termos do artigo 59.º, n.º 2 do Código Penal, caberia ao condenado cumprir a pena de prisão principal, ou seja, o tribunal estaria legitimado a emitir um MDE nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, quer da DQ do MDE, quer da Lei 65/2003, que a transpôs.

Porém, também nesta situação, a emissão do MDE seria claramente desproporcional porque desnecessária, uma vez que se a autoridade judiciária competente fizesse uso deste

⁵⁷ Apesar de darmos como exemplo um cidadão italiano, o que pretendemos demonstrar é igualmente válido para o caso de um cidadão de qualquer outra nacionalidade, incluindo um cidadão nacional, que seja condenado em Portugal e que fixe residência noutro país da UE.

⁵⁸ A condução sob o efeito do álcool, em Itália, a partir da taxa de 0,8 g/l, é um ilícito penalmente relevante – punido com pena de prisão e pena de multa (cumulativas) nos termos do artigo 186.º, n.º 1, alínea b) e c), do Código da Estrada.

instrumento de cooperação penal seria possível obter o cumprimento da pena de trabalho a favor da comunidade decretada em Portugal, em Itália, o que permitiria alcançar as finalidades que presidiram à aplicação de tal pena de substituição.

2.5. Lei n.º 71/2015, de 20 de Julho (Directiva 2011/99/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro)

A Directiva 2011/99/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, surge como instrumento de protecção das vítimas de crime e, tendo por base o princípio do reconhecimento mútuo e o estabelecimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça, nasce do reconhecimento de que é necessário assegurar que a protecção oferecida a uma pessoa singular num EM seja mantida e continuada em qualquer outro EM para o qual a pessoa se desloque ou tenha deslocado (considerando 7). Nestes termos o instrumento legal em causa aplica-se a medidas de protecção adoptadas a favor de vítimas, ou potenciais vítimas de actos criminosos. Apesar da lista de medidas passíveis de aplicar – constante do artigo 5.º da DQ e do artigo 4.º do nosso diploma de transposição, Lei n.º 71/2015, de 20 de Julho – ser bastante abrangente, é de salientar que podem ser reconhecidas e executadas outras proibições e restrições, desde que existentes no estado de emissão (considerando 19). É ainda de salientar que o EM de execução, no âmbito da cooperação entre as autoridades que intervêm na protecção da vítima, deve comunicar ao EM de emissão qualquer violação das medidas transmitidas e em execução, para que este último as possa rever e alterar, caso seja necessário (considerando 26).

Nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 71/2015 e do artigo 6.º da DQ, pode ser emitida uma decisão de protecção quando a pessoa protegida decidir residir ou já residir noutra EM, ou quando a pessoa protegida decidir permanecer ou já permanecer noutra EM, sendo competente para a emissão aquelas autoridades judiciais ou equivalentes identificadas por cada EM à Comissão (cfr. artigo 3.º da DQ), no caso de Portugal, o Ministério Público ou o Juiz no âmbito das respectivas competências (cfr. artigo 6.º da Lei n.º 71/2015)⁵⁹.

Para esta medida em concreto, sugerimos o seguinte exemplo: Paulo Marques é arguido em processo-crime por factos subsumíveis no crime de violência doméstica, previsto e punível pelo artigo 152.º do Código Penal, cometidos contra Júlia Marques. Durante o decurso do inquérito é decretada medida de coacção que proíbe o arguido de contactar com a vítima, por qualquer meio, não se podendo aproximar da mesma, estabelecendo a decisão um perímetro de segurança de 1.000 metros, a controlar por meios técnicos de controlo à distância, nos termos do estatuído pelo artigo 35.º, n.º 1, da lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro. Passadas algumas semanas a vítima informa os autos que alterou a sua residência para Espanha, facto que leva a que os meios técnicos de controlo à distância deixem de funcionar. Pouco tempo depois a vítima informa os autos que Paulo Marques também se mudou para aquele país e que reside muito perto de si, pelo que receia pela sua vida e integridade física.

⁵⁹ No caso de Portugal é importante frisar que caso a decisão europeia de protecção seja requerida a autoridade judiciária pela pessoa protegida ou pelo seu representante legal, o Ministério Público tem que ser ouvido (cfr. artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 71/2015).

Uma vez que está em causa um crime com uma moldura penal de 5 anos⁶⁰ de prisão, poderia o Ministério Público, nos termos das disposições conjugadas do artigo 36.º e 2.º, n.º 1, *in fine*, quer da DQ do MDE, quer da Lei 65/2003, que a transpôs, e 257.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 203.º, n.º 1 do mesmo diploma, proceder à emissão de um MDE, que poderia levar à aplicação da medida de prisão preventiva, tendo em conta o risco de continuação da actividade criminosa.

No entanto, olhando ao carácter prioritário no reconhecimento de uma decisão europeia de protecção, previsto no artigo 15.º da DQ – em que é avaliado, entre outros factores, o grau de risco para a pessoa protegida – e considerando que o Estado de execução está obrigado a reconhecer a decisão sem demora injustificada e a tomar todas as medidas que seriam aplicáveis ao abrigo da legislação nacional num caso semelhante, é de considerar que o juízo de proporcionalidade levaria a que o MDE fosse preterido uma vez que a emissão, *in casu*, pelo Ministério Público, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 71/2015, de uma decisão europeia de protecção seria mais adequada, também porque seria uma decisão mais rapidamente reconhecida no Estado de execução do que o MDE e assim mais apta a debelar o risco existente para a vítima.

Para terminar, convém frisar que nos termos da DQ (considerando 25) é possível o recurso a meios electrónicos para efeitos de aplicação prática das medidas adoptadas, de acordo com a legislação e os procedimentos nacionais, devendo o estado de emissão, nos termos do artigo 7.º alínea g) da DQ, incluir informação acerca da utilização de dispositivo técnico que tenha sido atribuído à pessoa protegida e/ou à pessoa causadora de perigo, para efeitos de aplicação da medida de protecção, aquando do preenchimento do modelo a utilizar para a emissão da decisão europeia de protecção.

2.6. Lei n.º 93/2009, de 01 de Setembro (Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro)

A DQ 2005/214/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, alterada pela DQ 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro, transposta por Portugal através da Lei n.º 93/2009, de 01 de Setembro, visa estender o princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias, constando das conclusões de Tampere a sua emissão futura como uma medida prioritária⁶¹. No que ao presente trabalho interessa, a DQ tem por objectivo possibilitar aos Estados-Membros a execução de decisões de aplicação de sanções pecuniárias tomadas por tribunais do Estado de emissão no que respeita a uma infracção penal, nos termos da legislação desse estado, entendendo-se por sanção pecuniária a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro

⁶⁰ E que no caso do resultado ofensa à integridade física grave ou morte da vítima pode ir até aos oito e dez anos, nos termos do estatuído no mesmo artigo, mas no n.º 3, alíneas a) e b), respectivamente.

⁶¹ “Medida n.º 18: Elaboração de um instrumento que permita assegurar a execução das penas de multa pelo Estado de residência impostas por decisão transitada em julgado a uma pessoa singular ou colectiva por outro Estado-Membro. Tal instrumento poderá prever uma cobrança automática das multas aplicadas em virtude de infracções penais ou eventualmente um procedimento de validação simplificada. Deverá também, na medida do possível, conter disposições sobre o procedimento a seguir em caso de falta de pagamento. Os trabalhos terão em conta as diferenças entre os Estados-Membros da União Europeia no que se refere à questão da responsabilidade das pessoas colectivas.”

após condenação por infracção, imposta por uma decisão (cfr. artigo 1.º, alínea a, subalínea i) e alínea b) subalínea i) da DQ e da Lei n.º 93/2009), sendo competente em Portugal para a emissão da decisão de aplicação de sanção pecuniária o tribunal que tiver tomado a decisão (artigo 8.º, alínea a)). A lista de infracções que podem ser executadas sem controlo da dupla incriminação constam do artigo 5.º da DQ, ao qual corresponde o artigo 3.º da nossa Lei n.º 93/2009 e, nos termos do artigo 6.º daquele diploma europeu, as autoridades do EM de execução, salvaguardando os motivos de não reconhecimento ou de não execução do artigo 7.º, devem reconhecer uma decisão válida e regularmente transmitida (cfr. artigo 4.º), sem qualquer outra formalidade, devendo tomar imediatamente todas as medidas necessárias à sua execução.

O EM de execução nos termos do artigo 4.º da DQ é o EM em cujo território a pessoa singular ou colectiva, contra a qual tenha sido proferida uma decisão, possua bens ou rendimentos, tenha a sua residência habitual ou, no caso de uma pessoa colectiva, tenha a sua sede estatutária. Em Portugal é competente para executar uma decisão de aplicação de sanção pecuniária o tribunal da área da residência habitual ou da sede estatutária, consoante a pessoa contra a qual foi proferida a decisão seja uma pessoa singular ou colectiva (cfr. artigo 17.º da Lei n.º 93/2009).

Nesta DQ é importante realçar que, nos termos do seu artigo 10.º, nos casos em que não seja possível executar uma decisão, o EM de execução pode aplicar sanções alternativas, tais como penas privativas de liberdade, desde que a legislação desse Estado o permita e caso o EM o tenha previsto na certidão (formulário) que transmitiu a decisão ao EM de execução. A medida da sanção alternativa é sempre determinada segundo a lei do estado de execução, mas não pode exceder o nível máximo indicado na certidão transmitida pelo estado de emissão⁶².

Suponhamos o seguinte exemplo prático: José Gutierrez é condenado em Portugal pela prática de um crime de burla, previsto e punível pelo artigo 217.º do Código Penal, na pena de 360 dias de multa à taxa diária de 5EUR, perfazendo um total de 1800EUR, multa esta que o arguido não pagou voluntariamente, não possuindo, em Portugal, bens ou rendimentos que permitam a sua cobrança coerciva, nos termos do artigo 491.º do Código de Processo Penal. O condenado não requereu também a substituição da pena de multa por trabalho, nos termos do artigo 48.º do Código Penal.

A residência habitual do condenado é em Espanha e esgotadas que estão todas as vias, em Portugal, que poderiam levar ao pagamento da pena de multa e, bem assim, à sua suspensão, nos termos do artigo 49.º, n.º 3, do Código Penal, seguir-se-ia a decisão de conversão da multa não paga em prisão subsidiária, no caso em concreto, à razão de 240 dias. Ora posteriormente a esta decisão a emissão do MDE estaria justificada e enquadrar-se-ia no 2.º, n.º 1, *in fine*, quer da DQ do MDE, quer da Lei 65/2003, que a transpôs.

⁶² Ou seja quando Portugal actue como Estado de emissão deverá constar do formulário o disposto no artigo 49.º, n.º 1, do Código Penal e nos casos em Portugal actue como Estado de execução o Ministério Público, ao promover a execução, nos termos do artigo 491.º do Código de Processo Penal, actuará como se de um processo nacional se tratasse, com atenção ao limite declarado como máximo pelo Estado de emissão (cfr. artigo 22.º, n.º 3, da Lei nº 93/2009).

No entanto, atendendo ao princípio da proporcionalidade *será de esgotar todas as possibilidades que se revelem úteis para a cobrança coerciva*, antes da sua conversão em pena de prisão, pelo que a utilização deste instrumento de cooperação judiciária em matéria penal terá que se impor antes da emissão do MDE, para mais atendendo a que no caso de a cobrança coerciva não ser possível no EM de execução, poderá nesse mesmo estado ser aplicada uma pena privativa da liberdade, garantindo-se assim, também por esta via, o cumprimento da prisão subsidiária, sem que se torne necessário a emissão de um MDE.

3. Conclusão

O princípio da proporcionalidade, fazendo parte do acervo jurídico internacional, é, antes de mais, um princípio material de justiça como *justa medida*, que tem origem na ideia de necessidade⁶³, ou seja, numa lógica de exigência de limitação das medidas lesivas ao estritamente necessário, fundada no direito do cidadão à menor desvantagem possível, com o objetivo de se atingir um determinado fim.

A necessidade de utilização deste princípio advém da forte carga restritiva que a emissão e execução de um MDE tem no direito fundamental à liberdade daquele que dele será alvo, sendo certo que a liberdade e segurança da comunidade em geral é um objectivo não menos importante. O balanceamento entre estes valores justifica e impõe que, aquando da emissão de um MDE, se considere, à luz do princípio da proporcionalidade e levando em conta os subprincípios que o enformam, que outras medidas de cooperação judiciária internacional em matéria penal estão à disposição do operador judiciário.

A metodologia de utilização de medidas alternativas ao MDE, para assim garantir a proporcionalidade na sua utilização, resulta do direito primário da União, e tem sido enfatizada quer pelas instituições europeias, quer pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, sendo consensual a conclusão que, por forma a garantir a existência de um verdadeiro espaço de liberdade segurança e justiça, baseado no princípio da confiança mútua e no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal, o estado de emissão, e só este, deverá realizar um teste de proporcionalidade que, apesar de não estar expressamente previsto na DQ-MDE, se lhe impõe.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

[Centro de Estudos Judiciários](#)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aa11000>

<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0175&from=en>

<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=1863>

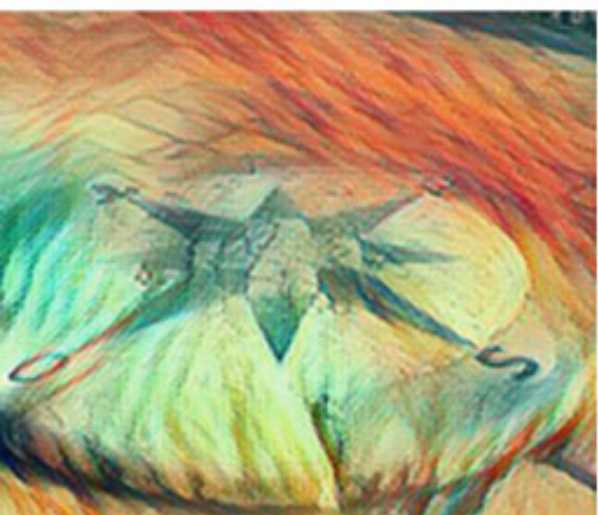
⁶³ CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 270.

<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=2&VisibleId=1>
[Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia](#)
[Resolution of 27 February 2014 with recommendations to the Commission on the review of the European](#)
[Response to the European Parliament resolution of 27 February 2014](#)
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Referências bibliográficas

- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015 e *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974.
- CRAIG, Paul e BURCA, Gráinne de, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 4.ª Edição, Oxford University Press, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal in: Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988.
- MACHADO, Jónatas, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MOREIRA, Vital, *A ordem jurídica do capitalismo*, 4.ª ed., Lisboa, Editorial Caminho, 1987.
- VICENTE, Laura Nunes, *O Princípio da Proporcionalidade – Uma nova abordagem em tempos de pluralismo*, Coimbra, Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, 2014.
- PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.
- PIRES, Francisco Lucas, *A revolução europeia (antologia de textos)*, 2.ª ed., Lisboa, Parlamento Europeu – Gabinete de Portugal, 2008.
- PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord), *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Mandado de Detenção Europeu – Na via da construção de um sistema penal europeu. Um passo ou um salto?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Janeiro-Março de 2003.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4.
Emissão e execução
de pedidos de
apreensão de
produtos do crime
para efeitos de
futura declaração
de perda dirigidos
a países da UE

Ana Sofia Magalhães
Rodrigues de Lemos
Triunfante

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. EMISSÃO E EXECUÇÃO DE PEDIDOS DE APREENSÃO DE PRODUTOS DO CRIME PARA EFEITOS DE FUTURA DECLARAÇÃO DE PERDA DIRIGIDOS A PAÍSES DA UE

Ana Sofia Magalhães Rodrigues de Lemos Triunfante*

I. Introdução

II. Objetivos

III. Resumo

1. Perda de produtos, vantagens e recompensas

1.1. Considerações introdutórias e (breve) evolução histórica

1.2. Coordenação entre direito nacional e direito comunitário

1.2.1. Perda de bens ou confisco

1.2.2. "Produto" do crime

1.2.3. "Congelamento"

2. Apreensão para futura declaração de perda

2.1. Apreensão para futura declaração de perda no ordenamento jurídico português

2.2. Apreensão para futura declaração de perda de produtos de crime localizados em países da UE

2.2.1. Apreensão de produtos de crime para servir a prova (e eventual futura declaração de Perda)

2.2.2. Apreensão de produto de crime para futura declaração de perda

IV. Hiperligações, referências jurisprudenciais e bibliográficas

I. Introdução

A figura da perda dos bens relacionados com o crime (instrumentos, vantagens e recompensas) assume cada vez maior importância, atendendo às características que apresenta a criminalidade moderna. Esta assume, cada vez mais, uma natureza internacional o que impõe uma necessidade crescente de cooperação policial e judiciária supranacional.

Para que a decisão de perda seja viável é indispensável, na maior parte das situações, uma ação prévia que permita colocar os bens em causa sob um regime de indisponibilidade. O sucesso de uma declaração de perda, instrumento fundamental para evitar o enriquecimento do autor do crime, depende, nesses casos, de um eficaz "congelamento" processual prévio dos bens. No ordenamento nacional esse efeito é cometido, na maior parte das hipóteses (mas não só), à apreensão. Mostra-se indispensável, conseqüentemente, abordar esta figura, percebendo como pode a mesma assegurar as funções que lhe são cometidas, em particular, quando os bens se encontram em território estrangeiro, mormente nos países da UE.

Concluindo, pretende-se, com este trabalho, perceber quais são os mecanismos e instrumentos à disposição da autoridade judiciária nacional para proceder à referida apreensão e quais os procedimentos que devem ser observados.

II. Objetivos

- Perceber a relevância atual da figura da perda a favor do Estado dos bens relacionados com o crime;
- Compreender o atual panorama legislativo sobre a temática, a nível nacional e comunitário;
- Verificar as vias possíveis para a apreensão de produtos do crime situados em Estado membro da UE.

III. Resumo

O atual estado de evolução da criminalidade impõe um reforço da cooperação policial e judiciária internacional. Esse reforço tem sido efetuado no domínio da União Europeia a vários níveis, mas em particular na temática do congelamento e confisco dos bens relacionados com o crime. O desenvolvimento desta matéria efetuado pelo Direito Comunitário impõe um esforço aos Estados membros, mas também aos operadores judiciais, na compatibilização com as diferentes soluções adotadas pelos direitos nacionais. Essa necessidade de compatibilização surge logo a propósito dos conceitos de "confisco", "produtos do crime" e "congelamento". Mesmo depois dos trabalhos de transposição dos diplomas comunitários, é possível verificar que o "congelamento" europeu continua a não coincidir integralmente com a apreensão prevista no Código de Processo Penal.

O procedimento para a apreensão de produtos de crime localizados em território estrangeiro (em Estado membro da UE) vai depender da finalidade principal decorrente dessa apreensão. Se estiver em causa uma função processual probatória, deverá a autoridade judiciária competente preencher e emitir uma DEI (Decisão Europeia de Investigação). Se, pelo contrário, esse fim probatório não existe, prosseguindo apenas a apreensão uma finalidade conservatória (preparar uma eventual futura declaração de perda em favor do Estado), a DEI não é o instrumento adequado. Esse instrumento pode ser encontrado na Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, bem como na Decisão Quadro n.º 2003/577 /JAI, do Conselho, de 22 de julho.

1. Perda de produtos, vantagens e recompensas

1.1. Considerações Introdutórias e (breve) evolução histórica

Uma das principais motivações da atividade criminosa é, indiscutivelmente, o lucro financeiro. Nessa medida, uma das formas de combater a criminalidade, em especial a criminalidade organizada, será, precisamente, eliminar os lucros resultantes da sua atividade. Garante-se, desse modo, que "o crime não compensa". Percebe-se, assim, que o mecanismo da "perda dos produtos e vantagens do crime", venha, atualmente, assumindo uma importância

significativa.¹ Por esta via é assegurado um duplo objetivo: impede-se o enriquecimento injustificado e ilícito do agente criminoso; consciencializa-se a comunidade em geral de que a atividade criminosa não beneficia o seu autor, desincentivando potenciais futuros agentes criminosos.^{2 3}

No entanto, nem sempre foi assim. Com efeito, durante um período de tempo significativo, a perda de produtos e benefícios em favor do Estado (vulgarmente conhecida em espaço europeu como "confisco") foi vista com desconfiança, porque violadora do princípio da intransmissibilidade das penas e, sobretudo, do direito de propriedade. Não se pode estranhar, por isso, em resposta às soluções dos Estados Absolutistas, que o confisco tenha sido impedido, quase erradicado. Essa solução constava, portanto, do elenco de algumas leis fundamentais. Portugal não foi exceção, atendendo ao art.º 11.º da Constituição Portuguesa de 1822⁴. Afirmava-se aí, de modo eloquente, que *"Toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delincente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes"* (sublinhado nosso).

Mais recentemente pode observar-se a evolução das soluções legais a propósito do confisco, passando de uma quase radical exclusão para um gradual acolhimento. Este fenómeno teve como causa, em grande parte, a evolução da atividade criminosa, ou seja, os tipos de crimes que passaram a ser mais frequentes. Nas últimas décadas tornou-se imperativo combater o tráfico de estupefacientes e os seus resultados económicos. Mostrou-se imperioso, do mesmo modo, obstar ao crescimento cada vez mais significativo da criminalidade organizada e dos crimes económicos, em particular os fenómenos associados ao branqueamento de capitais. Por fim, e não menos importante, também o combate ao terrorismo e ao seu financiamento se constitui como prioridade nos tempos mais recentes. Acresce, ainda, o fator, de enorme relevo, de estas novas modalidades de criminalidade não se cingirem às fronteiras nacionais. A criminalidade é, cada vez mais, internacional, não conhecendo quaisquer limites territoriais ou geográficos. Por outro lado, mesmo a criminalidade nacional tende a desviar os produtos do crime para o estrangeiro, na tentativa de ocultar o próprio crime e os seus rendimentos. Esta

¹ Também Bravo, Jorge, *Titularidade da ação penal e direção do inquérito no âmbito da criminalidade económico financeira*, IV Congresso de Processo Penal, AAVV, Almedina, Coimbra, 2016, p. 138, considera que no combate à criminalidade económica e ao crime organizado assumirão particular relevo os mecanismos do confisco ou da perda de vantagens e de bens derivados da prática do crime.

² Neste exato sentido, pode ler-se Correia, Conde/Rodrigues, Hélio, Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1, in *Julgar Online*, Abril de 2015: "A remoção dos incentivos económicos subjacentes à prática do crime, concretizada através do confisco das respectivas vantagens, constitui o único modo verdadeiramente eficaz de combater a actividade ilícita que visa o lucro. As finalidades preventivas que por esta via se alcançam, em conjugação com o quadro normativo vigente, impõem que se conclua de forma inequívoca que inexistente qualquer limite ao confisco motivado pela mera possibilidade de ser deduzido um pedido de indemnização civil".

³ Para Simões, Euclides Dâmaso, *Cooperação na recuperação de ativos: da partilha à repatriação integral*, Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 105, 2006, p. 117, quase que se poderá afirmar, nos dias de hoje, uma ideia de superação da prisão como centro da reação penal em favor de soluções que viabilizem o "asfixiamento económico".

⁴ Solução similar podia ser encontrada no art.º 304.º da Constituição Espanhola de 1812 (Coortes de Cadiz), onde, no capítulo referente à administração da justiça em processo criminal, se procedia à seguinte limitação: *"Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes"*. O mesmo sucedia com o art. 3, secção 3, da Constituição Americana de 1787, onde também se podia ler: *"O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado"*.

realidade rapidamente fez perceber às instâncias internacionais que a perda dos objetos e produtos do crime se tornou uma figura indispensável no combate ao mesmo. Ficou claro, do mesmo modo, que essa preocupação não pode ter simples âmbito nacional, mostrando-se indispensável uma eficaz cooperação policial e judiciária internacional. "A justiça não pode ser a única entidade com fronteiras".⁵

Não causa, por isso, qualquer admiração que o confisco (ou perda) dos produtos do crime tenha sido objeto de crescente formalização em vários instrumentos de Direito Internacional, em particular no espaço de liberdade, segurança e justiça da UE. O primeiro desses documentos terá sido a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 20/12/1988)⁶, imediatamente seguida pela Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Convenção de Estrasburgo de 8-11-1990).⁷

Depois de diversos diplomas sobre a matéria⁸ hoje e no âmbito da União Europeia, a matéria do congelamento e perda dos instrumentos e produtos do crime encontra-se abordada de forma inovadora pela Diretiva 2014/42/UE, de 3-4-2014⁹. Não obstante, tem-se verificado que a evolução nesta matéria é ainda escassa, sendo necessário um esforço maior e mais concreto de harmonização dentro do espaço europeu. Basta atender aos dados fornecidos pelas estatísticas mais recentes. Esses estudos estimam que os mercados ilícitos na União Europeia

⁵ Correia, Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*, Revista do CEJ, II, 2014, p. 85, ou Simões, Euclides Dâmaso, *Cooperação na recuperação de ativos: da partilha à repatriação integral*, Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 105, 2006, p. 118.

⁶ No seu art. 5.º pode ler-se:

"1 – As Partes adaptam as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) *De produtos provenientes de infracções estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos;* b) *De estupefacientes, substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados, por qualquer forma, na prática das infracções estabelecidas de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º*

2 – *As Partes adaptam igualmente as medidas que se mostrem necessárias para permitir às suas autoridades competentes identificar, detectar, congelar ou apreender produtos, bens, instrumentos ou quaisquer outras coisas a que se refere o n.º 1 deste artigo, para efeitos de eventual perda.*

3 – *Para os fins da aplicação das medidas previstos no presente artigo, cada Parte habilita os seus tribunais ou outras autoridades competentes a ordenar a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. As Partes não podem invocar o sigilo bancário para recusar dar cumprimento às disposições do presente parágrafo".*

⁷ As partes subscritoras da Convenção obrigavam-se a adotar medidas legislativas que permitissem responder aos pedidos "de perda de bens específicos consistindo em produtos ou instrumentos, bem como de perda dos produtos consistindo na obrigação de pagar uma quantia em dinheiro correspondente ao valor do produto" [art.º 7.º, n.º 1, al, a)].

⁸ Cumpre destacar, pela sua importância, designadamente ao nível do acolhimento em território nacional, as seguintes decisões:

– Decisão 2007/845/JAI do Conselho, de 6/12/2007 (JO L 332 de 18.12.2007, p. 103), prevê a criação de gabinetes de recuperação de bens em todos os Estados-Membros. Foi trasposta para o direito nacional pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criando o Gabinete de Recuperação de Ativos.

– Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003 (JO L 196 de 2.8.2003, p. 45), relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Esta decisão foi trasposta para o ordenamento nacional pela Lei n.º 25/2009, de 5 de junho. No entanto, a referida decisão quadro, foi parcialmente substituída (no que respeita ao congelamento para proteção de prova) pela Diretiva 2014/41/EU, o que conduziu à revogação parcial e correspondente do diploma nacional, efetuada pela Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, diploma que introduziu em Portugal a Decisão Europeia de Investigação (DEI) em matéria penal.

⁹ Transposta para o ordenamento português pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

geram, anualmente, cerca de 110 mil milhões de euros, o que corresponde, aproximadamente, a 0,9% do PIB da UE em 2010. No entanto, os montantes em dinheiro efetivamente recuperados dos produtos do crime na UE correspondem apenas a uma pequena percentagem dos mesmos: 98,9% dos lucros estimados da Criminalidade não são confiscados, permanecendo na posse dos criminosos¹⁰. As mesmas estatísticas informam também que 2,2% do produto estimado da criminalidade era apreendido ou congelado, mas que apenas 1,1% era objeto de perda de modo definitivo. Ora, atendendo a esta realidade, os trabalhos neste domínio prosseguiram com a apresentação de uma proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, de 21-12-2016¹¹, com vista à melhoria da execução das decisões de congelamento e de confisco a nível transfronteiriço.

1.2. Coordenação entre Direito Nacional e Direito Europeu

O Direito Europeu recorre, nesta matéria, a conceitos que não podem ser objeto de uma conversão imediata e direta para o ordenamento nacional. É o que se passa com os conceitos, empregues na Diretiva 2014/42/UE, de 3/4/2014, de "confisco", "produto do crime" e "congelamento".

1.2.1 Perda de bens ou confisco

O "confisco" assume na referida Diretiva quatro modalidades distintas. Podemos estar a falar, desde logo, de perda de bens em resultado de uma condenação em processo penal. Nesse caso devem ser confiscados todos os proventos de crime, diretos ou indiretos (bem como, naturalmente, os instrumentos do próprio crime) (ver art. 4.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE). Esta realidade é, naturalmente, admitida no ordenamento nacional. O Código Penal admite, em termos muito amplos, a perda de instrumentos (art. 109.º CP) e, em particular, a perda de produtos e vantagens do facto ilícito típico (art. 110.º CP). Estas vantagens serão perdidas, mesmo que resultem apenas indiretamente do crime para o agente [art. 110.º, n.º 1, al. b) e n.º 3, CP).

É também prevista a perda alargada de bens (art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE). Esta refere-se ao património da pessoa condenada em processo penal que não possa ser justificado por causas legítimas. Existe, portanto, uma grande probabilidade de esse património (património incongruente) ser consequência de atividades ilícitas, devendo, portanto, ser objeto de perda em favor do Estado. A perda alargada não se encontra prevista, enquanto mecanismo genérico, no Código Penal. No entanto, para determinada tipologia de crimes, essa figura existe. Reportamo-nos, agora, ao elenco expressamente referenciado na Lei n.º 5/2002,

¹⁰ Europol, «*Criminal asset recovery in the EU, Survey of Statistical Information 2010-2014*», p. 4. <https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=OahUKEwjMs4GLubZAhWCPkQKHSaFDp4QFggrMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.europol.europa.eu%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fdocuments%2Fcriminalassetrecoveryintheeuwebversion.pdf&usg=AOvVawlx-CPkpPEFzeczplASqE70>

¹¹ COM(2016) 819 final.

de 11 de janeiro, diploma que previu medidas de combate à criminalidade organizada.¹² Nos termos do seu art. 7.º, n.º 1 "(...) presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito". Esta técnica, presunção de ilicitude do património incongruente¹³ não se aplica aos bens que tenham entrado para o património há mais de 5 anos [art. 7.º, n.º 1, al. c)].¹⁴

Acresce, na Diretiva, o confisco não baseado numa condenação. Estão neste caso as hipóteses em que, tendo havido processo penal, não houve, no entanto, possibilidade de chegar a uma condenação (art. 4.º, n.º 2, da Diretiva 2014/42/UE). Na Diretiva são objeto de expressa referência os casos de falta de condenação derivada de doença ou fuga do suspeito ou arguido. O sistema penal português não ignorava já esta possibilidade. Com efeito, a anterior redação do art. 109.º, n.º 2, CP previa já a possibilidade de perda de instrumentos e produtos ainda que nenhuma pessoa pudesse ser punida pelo facto. A atual redação do mesmo art. 109.º, n.º 2, bem como do art. 110.º, n.º 5. (introduzidas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio e que transpõe a Diretiva 2014/42/EU) determinam que a referida perda ocorre "(...) ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz". É possível identificar a manutenção da cláusula geral, bem como a adição/concretização de duas hipóteses: a morte

¹² Este elenco pode ser encontrado no art. 1.º do referido diploma e estão incluídos:

"a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro;

b) Terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo;

c) Tráfico de armas;

d) Tráfico de influência;

e) Recebimento indevido de vantagem;

f) Corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva;

g) Peculato;

h) Participação económica em negócio;

i) Branqueamento de capitais;

j) Associação criminosa;

l) Pornografia infantil e lenocínio de menores;

m) Dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e ainda o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º daquela lei, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º 2 do mesmo artigo;

n) Tráfico de pessoas;

o) Contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda;

p) Lenocínio;

q) Contrabando".

Note-se, que a punição ao abrigo deste diploma impõe a prova de que o ato ilícito foi praticado de forma organizada. Assim, Santos, Hugo, *O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"?*, Scientia Iuridica (Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro), Tomo LX III, n.º 334 (janeiro, abril), 2014, p. 99.

¹³ Para Correia, Conde, *Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*, Revista do CEJ, II, 2014, p. 97, existe uma diferença entre a técnica empregue na Lei 5/2002, de 11 de janeiro (presunção) e a Diretiva 2014/42/EU que consagra um sistema baseado em probabilidade, mas sem prever qualquer presunção.

¹⁴ Para Cunha, Damião da, *Perda de bens a favor do Estado*, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, AAVV, Coimbra Editora, 2004, pp. 121 a 164, esta figura da perda alargada pode trazer problemas delicados. Em particular, sendo o processo conducente à perda realizado em conjunto com o processo penal e ficando dependente de condenação, poderá resultar no enfraquecimento do princípio da presunção de inocência.

do agente ou a sua contumácia. No que respeita aos casos expressamente previstos na Diretiva (doença ou fuga do suspeito ou arguido), não se mostrou necessária nenhuma transposição especial. Com efeito, na maior parte das hipóteses a doença do arguido não impede a sua condenação. Apenas não será assim, quando esteja associado a inimizabilidade do agente, caso em que se deverá decidir pela absolvição (arts. 20.º do CP e 376.º, n.º 3, CPP). Mesmo nestes casos, deverá promover-se a perda de produtos e vantagens. A razão de o art. 110.º CP se referir a "facto ilícito típico" (e não a crime), tem a ver, precisamente, com a desnecessidade de culpa, abrangendo, simultaneamente, a hipótese dos inimputáveis.¹⁵ Também a fuga do arguido não impede, em muitos casos, a sua condenação. De acordo com os arts. 333.º e 334.º CPP, é possível condenar o arguido na sua ausência, mediante a verificação dos pressupostos aí elencados. Outro caso, também já referenciado, é a amnistia. Esta não faz precludir a perda do produto em favor do Estado. Esse é o entendimento do STJ¹⁶, segundo o qual os efeitos da amnistia (extingue o procedimento criminal, cessa a execução da pena) não impedem a referida perda, devendo o processo continuar, se necessário, para esses fins.

Por fim, a Diretiva não olvida a possibilidade de o produto do crime estar já na esfera jurídica de terceiros (confisco de bens de terceiros). Muitas vezes isso sucede precisamente com o intuito de promover a sua ocultação e impedir a perda em favor do Estado. Assim, nos casos em que o terceiro sabia ou devia saber da proveniência do crime (ex. quando a aquisição foi realizada a título gratuito ou em troca de um montante inferior ao real valor), tais bens deverão ser confiscados, não obstante a essa operação o facto de serem propriedade de terceiro (art. 6.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/UE), sem prejuízo dos direitos que assistem aos terceiros de boa-fé (art. 6.º, n.º 2, da mesma Diretiva 2014/42/ EU). A mesma questão foi tratada pelo art. 111.º CP. Não esquecendo a boa-fé dos terceiros (art. 111.º, n.º 4, CP), os bens que estejam na sua propriedade deverão ser perdidos sempre que se verifiquem as hipóteses do art. 111.º, n.º 2, CP.

1.2.2. "Produto" do crime

A noção de "produto" para o Direito Europeu não coincide na íntegra com aquela que foi empregue pelo legislador português. A Diretiva 2014/42/ UE recorre a uma noção ampla, como se pode depreender da leitura do seu art. 2.º, al. 1). Produto do crime será, então: *"qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis"*¹⁷. Esta noção não

¹⁵ Com este entendimento veja-se Dias, Figueiredo, Direito Penal Português, *As consequências jurídicas do crime*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 619 e seguintes, bem como Correia, Conde, *Reflexos da diretiva 2014/42/EU (Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*, Revista do CEJ, II, 2014, p. 103.

¹⁶ Ac. STJ n.º 6/1995, 19/11/ 1995, (043490), publicado no DR, 1.ª série A, de 28 de dezembro de 1995. Trata-se de um Acórdão Uniformizador de Jurisprudência.

¹⁷ Por sua vez, o considerando inicial n.º 11 da mesma diretiva esclarece que é necessário alargar a noção de "produtos do crime", de modo " (...) a incluir não só o produto direto das atividades criminosas, mas também todos os seus ganhos indiretos, incluindo o reinvestimento ou a transformação posterior de produtos diretos. Assim, o produto pode incluir quaisquer bens, inclusive os que tenham sido transformados ou convertidos, no todo ou em

coincide exatamente com a noção de produto adiantada pelo art. 110.º, n.º 1, al. b), CP. Serão considerados produtos do facto ilícito típico todos os objetos que tenham sido produzidos pela sua prática. Tem, portanto, de se tratar de algo que adquiriu a sua existência com a atividade criminosa (ex. documentos falsificados¹⁸. O "produto" resultante do instrumento comunitário apresenta uma dimensão muito superior à noção nacional, abrangendo não apenas o "produto" do Código Penal português, mas também as vantagens e recompensas¹⁹, deixando apenas de fora, os instrumentos do crime. Sensível à realidade da Diretiva, o legislador português alterou o Código Penal, de modo a que esta diferença lexical não fosse determinante. Com efeito, antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (cuja função foi, precisamente, transpor a Diretiva 2014/42/UE), os produtos estavam reunidos com os instrumentos do crime (anterior art. 109.º CP) e as vantagens e recompensas tinham disciplina própria no art. 111.º. Agora, a distinção deve ser efetuada entre instrumentos do crime (atual art. 109.º CP – devem ser perdidos "(...) quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática"), por um lado, e produtos, vantagens e recompensas (art. 110.º, n.º 1 e n.º 2, CP – a perda respetiva não se encontra sujeita àquele requisito), por outro.

Assim, de acordo com a lei portuguesa é preciso distinguir os diferentes conceitos: *produto* do crime será, então, todo o objeto que tiver sido produzido pela sua prática (ex. o já referido documento falsificado). *Vantagem* do crime será a coisa, direito ou vantagem direta ou indiretamente resultante do facto ilícito típico e que constitua vantagem económica (a coisa subtraída é exemplo de vantagem direta e o lucro obtido com essa coisa será hipótese de vantagem indireta²⁰). Já a *recompensa* consiste no preço ou recompensa dada ou prometida ao agente do facto ilícito típico, para ele próprio ou para outrem (ex. montante reclamado pelo correio de droga para a execução do facto²¹). Todos estes elementos deverão ser objeto de perda em favor do Estado (art. 110.º CP). Se o objeto em si não puder ser objeto de apropriação em espécie, deverá a respetiva perda ser substituída pelo pagamento do valor respetivo (art. 110.º, n.º 4, CP).

parte, noutros bens, e os que tenham sido misturados com bens adquiridos de fonte legítima, no montante correspondente ao valor estimado do produto do crime que entrou na mistura. Pode igualmente incluir o rendimento ou outros ganhos derivados do produto do crime, ou dos bens em que esse produto tenha sido transformado, convertido ou misturado".

¹⁸ Recorrendo a este exemplo, Garcia, Miguez/Rio, Castela, *Código Penal, Parte Geral e Especial, com notas e comentários*, 2015, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 461.

¹⁹ Neste exato sentido, Correia, Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, p. 510 (12).

²⁰ Para Correia, Conde, *Reflexos da diretiva 2014/42/EU (Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*, Revista do CEJ, II, 2014, p. 91, a própria loteria deverá ser considerada vantagem indireta do crime se o bilhete premiado foi adquirido com o produto do crime.

²¹ Exemplo retirado de Correia, Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, p. 514.

1.2.3 "Congelamento"

A perda em favor do Estado dos produtos ou vantagens do crime consiste numa decisão final e definitiva. Antes disso é necessário proceder ao "congelamento" dos bens ou ativos. O termo "congelamento" é empregue no art. 7.º da Diretiva 2014/42/UE e é definido no seu art. 2.º, al. 5 como *"proibição temporária de transferir, destruir, converter, alienar ou movimentar um bem ou de exercer temporariamente a guarda ou o controlo do mesmo"*²². Este instrumento representa finalidades conservatórias, permitindo salvaguardar a posterior decisão de perda em favor do Estado. O congelamento deve, então, exprimir-se em medidas de natureza processual penal que coloquem preventiva e temporariamente os bens sob um regime de indisponibilidade. Como qualquer medida processual que "ofende" potencialmente direitos, liberdades e garantias, deve resultar de uma decisão tomada por autoridade competente, devidamente fundamentada (arts. 7.º, n.º 1, e 8.º, n.º 2). Deve prever mecanismos de garantia processual ao visado (sobretudo, se se tratar de um terceiro), como a sua notificação e possibilidade de recurso (art. 8.º, n.º 2). O congelamento deve obedecer ao princípio da necessidade, apenas se justificando a sua manutenção enquanto tal se mostrar necessário para uma eventual decisão de perda (art. 8.º, n.º 3).

O direito processual penal nacional não conhece o termo congelamento, razão pela qual a sua função deverá ser assegurada por outras figuras. A mais importante será certamente a *apreensão*, prevista nos artigos 178.º e seguintes, CPP.

No art. 178.º, n.º 1, pode ler-se, precisamente, que podem ser apreendidos *"(...) os instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico (...)"*. Se o bem em causa apresenta uma qualquer ligação, ainda que indireta, com o facto ilícito praticado deve, conseqüentemente, ser objeto de apreensão.

No entanto, como se depreende do art. 110.º, n.º 4, CP, a perda pode não incidir sobre esses objetos, mas sobre o seu valor (designadamente quando a apreensão em espécie se mostra impedida). Nesses casos, a apreensão não pode operar, devendo optar-se pelo *arresto preventivo* (art. 228.º CPP). Procura-se salvaguardar a execução do património do arguido para efeito do pagamento da referida indemnização pelo valor²³. Nos termos do art. 228.º, n.º 1, CPP, [e art. 227.º, n.º 1, al. b), CPP] pode o juiz decretar, a requerimento do Ministério Público, *arresto preventivo* para garantia do pagamento do valor correspondente aos instrumentos, produtos e vantagens do facto ilícito típico.

²² Por sua vez, a Decisão-quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho de 22 de julho, (relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas), define congelamento como "a medida tomada por uma autoridade judiciária competente do Estado de emissão para impedir provisoriamente qualquer operação de destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de bens que possam ser objeto de perda ou que possam constituir elementos de prova" [art. 2.º, al. c)].

²³ Correia, Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, p. 537, descreve um exemplo elucidativo sobre a aplicação da apreensão e do *arresto preventivo*: "Se as autoridades surpreenderem o arguido a receber uma pasta de dinheiro, para a prática de um ato contrário ao exercício das funções públicas (...) devem proceder à sua imediata apreensão; se (...) o seu montante se tiver misturado com o património lícito do arguido já não será possível proceder à sua apreensão, bastando a possibilidade (...), mediante o *arresto*".

Acresce, ainda, o *arresto para perda alargada* para efeitos de perda do património incongruente do arguido, ou seja, a parcela de património que não pode ser explicada com rendimentos lícitos. Trata-se de uma possibilidade prevista no art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (medidas de combate à criminalidade organizada).

Todas estas figuras, presentes no panorama legislativo nacional, correspondem ao "congelamento" europeu²⁴, pelo que, será sempre necessário proceder à análise e escolha do Instrumento adequado a cada caso concreto, atentas as finalidades que se pretendem, designadamente, quando for necessário proceder a um congelamento de bens localizados em Portugal, solicitado por outro Estado-Membro.

2. Apreensão para futura declaração de perda

2.1. Apreensão para futura declaração de perda no ordenamento jurídico português

A apreensão prevista nos artigos 178.º e seguintes do CPP serve finalidades diferentes²⁵. Podem ser apreendidos quaisquer objetos suscetíveis de servir como meio de prova. É, portanto, indiscutível, em primeira linha, a função processual penal probatória. No entanto, essa não é a única finalidade associada à apreensão. Desempenha, do mesmo modo, uma função conservatória, permitindo uma posterior decisão de perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime em favor do Estado²⁶. Estas duas finalidades estão muitas vezes associadas. Um determinado objeto pode ser apreendido porque constitui prova do crime, mas também porque se prevê a sua perda no final do processo. No entanto, não tem de ser assim. A apreensão pode dar-se apenas com finalidades de prova ou somente com o intuito conservatório²⁷.

Podem ser apreendidos os instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico. De algum modo, a coisa deve estar relacionada com a prática desse facto. Se essa ligação não for possível, dever-se-á recorrer a outros mecanismos²⁸.

²⁴ Assim, Correia, Conde, *Reflexos da diretiva 2014/42/EU (Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*, Revista do CEJ, II, 2014, p. 93. O ilustre Autor acrescenta ainda a "figura preventiva da suspensão da execução de operações suspeitas de branqueamento de capitais" (art. 17.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho).

²⁵ Para Lobo, Fernando, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 301, as apreensões podem ter natureza preventiva, conservatória e probatória.

²⁶ A doutrina não tem dúvidas em identificar estas duas finalidades na figura da apreensão. Pode ler-se, neste sentido, entre outros, Cunha, Damião da, *Perda de bens a favor do Estado*, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, AAVV, Coimbra Editora, 2004, p. 139; Silva, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, Verbo, Lisboa, 1994, p. 375, Correia, Conde; *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, p. 507, Valente, Manuel, *Processo penal*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 436.

²⁷ Seguimos a posição de Correia, Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, p. 508.

²⁸ Isso acontece, por exemplo, com a perda de valor prevista no art. 110.º, n.º 4, CP, designadamente, quando a apreensão em espécie não se mostra viável. Nesse caso, será possível recorrer à prestação de caução ou mesmo a um arresto preventivo (arts. 227.º e 228.º CPP, respetivamente). Neste sentido, mais uma vez, Correia, Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, p. 539.

A apreensão deve ser autorizada, ordenada ou validada por uma autoridade judiciária. A competência vai depender da fase processual em que se processa tal medida. Normalmente estaremos na fase de inquérito, pelo que a apreensão será determinada por despacho do Ministério Público, atendendo à sua competência material exclusiva para a direção desta fase processual (art. 263.º, n.º 1, CPP). Diferentemente, já será o juiz na fase de instrução ou de julgamento^{29 30}. A apreensão pode, também, ser realizada pelos órgãos de polícia criminal no decurso de revistas ou de buscas ou em caso de urgência (art. 178.º, n.ºs 4 e 5, CPP). A garantia processual é salvaguardada pela necessidade de apresentação, num prazo curto (72 horas), à validação pela autoridade judiciária competente (art. 178.º, n.º 6, CPP^{31 32}). Sendo a busca ou revista desenvolvida em fase de inquérito, a competência para esta validação da apreensão cabe, em regra, ao Ministério Público.

Nos crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e desde que os bens a apreender possuam valor estimado superior a 1000 unidades de conta, a apreensão será realizada pelo Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA), por determinação do Ministério Público (art. 4.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho)³³.

Tratando-se de uma medida que contende com direitos, liberdades e garantias, designadamente com o direito de propriedade, reputou-se de necessário o estabelecimento de garantias processuais do ofendido, seja ele o arguido ou terceiro. Assim, os titulares dos instrumentos, produtos ou vantagens apreendidos podem solicitar ao juiz a modificação ou mesmo a revogação da medida (art. 178.º, n.º 7, CPP). O mesmo requerimento pode ser efetuado, no prazo de 10 dias, sempre que tenha sido o GRA a proceder à apreensão (art. 4.º, n.º 3, Lei n.º 45/2011, de 24 de junho). Este requerimento é atuado por apenso, podendo o

²⁹ Assim, Cabral, Santos, *Comentário ao art. 178.º, Código de Processo Penal Comentado*, AAVV, 2.ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2016, p. 701.

³⁰ Será o juiz também a autoridade competente sempre que a apreensão seja realizada em estabelecimento bancário (art. 181.2 CPP), em escritório de advogado ou estabelecimento de saúde [arts. 180.º e 268.º, n.º 1, al. c), CPP], ou diga respeito a correspondência (art. 179.º CPP).

³¹ Este prazo parece ser apenas para a apresentação propriamente dita e não para a validação que poderá ocorrer mais tarde. Assim, com este entendimento, Lobo, Fernando, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 302, ou Soares, Paulo, *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 154.

³² A falta de cumprimento do prazo de 72 horas tem sido objeto de intenso debate. As posições não são convergentes. Para Cabral, Santos, *Comentário ao art. 178.º, Código de Processo Penal Comentado*, AAVV, 2.ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2016, p. 702, estaremos perante uma nulidade sanável nos termos do art. 120.º, n.º 2, al. d), CPP. Já Lobo, Fernando, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 302, sustenta a existência de uma mera irregularidade nos termos do art. 123.º CPP, qualificando o referido prazo de 72 horas como meramente ordenador. Já Soares, Paulo, *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 156, considera que a ultrapassagem do prazo não confere ao titular dos bens apreendidos qualquer direito, mantendo-se a apreensão como válida.

Também na jurisprudência é possível identificar decisões diferentes sobre a mesma questão. No Ac. STJ, 17-5-2007, (07P1231), foi subscrita a tese de que a mera ultrapassagem do prazo de 72 horas determina uma irregularidade, a ser arguida nos termos do art. 123.º CPP. Por sua vez, no Ac. RP, 6-2- 2013 (6/07.9GABCL.P1), pode ler-se que "I - O prazo de 72 horas referido no art. 178.º, n.º 5, do CPP é um prazo de mera ordenação processual e a sua ultrapassagem não tem qualquer reflexo sobre a validade das apreensões levadas a cabo. II - A omissão não constitui sequer irregularidade para os efeitos do disposto no art. 123.º do CPP, na medida em que não afeta o valor do ato de apreensão".

³³ Esta limitação, no entender de Correia, Conde, *Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco*, Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. IC3F, Lisboa, N.º 1 (outubro 2017), p. 53, justifica-se pela especialização do GRA. A sua atuação ficará, portanto, reservada para os casos mais graves, previsivelmente mais complexos.

Ministério Público, depois de notificado, deduzir oposição no prazo de 10 dias (art. 178.º, n.º 8, CPP). Caberá ao juiz decidir se mantém, revoga ou altera a medida, ainda que o processo esteja em fase de inquérito³⁴.

A apreensão deve obedecer ao princípio da necessidade, devendo os bens ser devolvidos ao interessado, logo que se torne desnecessário ou desproporcionado manter a sua apreensão para efeito de prova (art. 186.º, n.º 1)³⁵. Esta avaliação pode, no entender da jurisprudência, ser efetuada em três momentos processuais distintos: a acusação; a decisão instrutória e a sentença (aqui na perspectiva de atribuir destino ao bem)³⁶. Se for em sede de acusação, caberá o Ministério Público decidir pela devolução dos bens, depois de uma ponderação sobre a necessidade/desnecessidade de manutenção da apreensão³⁷.

Em regra apenas com o trânsito em julgado da sentença/acórdão se tornará final o destino a dar aos bens apreendidos [art. 374.º, n.º 3, al. c), CPP]. No entanto, também com uma decisão de arquivamento será possível determinar a perda a favor do Estado. Com efeito, com o arquivamento do inquérito (art. 277.º CPP), por dispensa de pena (art. 280.º CPP) ou até mesmo depois de cumpridas as injunções e regras de condutas inerentes à suspensão do processo (art. 282.º, n.º 3, CPP), poderá o Juiz de Instrução declarar perdidos a favor do Estado os bens apreendidos [art. 268.º, n.º 1, al. e), CPP]³⁸. Deve o Juiz decidir esta questão no prazo de 24 horas (art. 268.º, n.º 4, CPP), a requerimento das entidades referidas na lei. Se o requerimento for proveniente do Ministério Público não tem de respeitar quaisquer formalidades (art. 268.º, n.º 3, CPP).

2.2. Apreensão para futura declaração de perda de produtos de crime localizados em países da UE

Como se pode ler no capítulo anterior, a apreensão, tal como prevista no CPP português, assume uma dupla finalidade:

³⁴ Cabral, Santos, *Comentário ao art. 178.º, Código de Processo Penal Comentado*, AAVV, 2.ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2016, p. 702, considera que este regime coloca em causa a direção do Ministério Público no inquérito, pois transforma o Juiz de instrução em instância de recurso da decisão daquele.

³⁵ Parece que na avaliação a efetuar se deve ter em consideração a possibilidade de tais bens serem objeto de uma decisão posterior de perda em favor do Estado. É preciso não esquecer que essa constitui, do mesmo modo, uma das finalidades reconhecidas à figura da apreensão. Não admira, portanto, que no Ac. RP, 14/10/2009 (4448/07.1TDPRT-A.P1), se defenda que os bens "(...) susceptíveis de poderem vir a ser declarados perdidos a favor do Estado, nos termos dos artigos 109.º, 110.º e 111.º, do Código Penal", não devem ser devolvidos, nomeadamente na acusação, mostrando-se "(...) prematuro ordenar a sua restituição naquela fase do processo".

³⁶ Assim, de modo expresse, Ac. RP, 14/10/2009 (4448/07.1TDPRT-A.P1), bem como Ac. RP, 29/09/2010 (1733/09.1T3AVR-B.P1).

³⁷ Para Cabral, Santos, *Comentário ao art. 178.º, Código de Processo Penal Comentado*, AAVV, 2.ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2016, p. 702, se estivermos em fase de inquérito ou na acusação cabe precisamente ao Ministério Público a decisão sobre a necessidade ou desnecessidade de manter a apreensão para efeitos de prova. Esta competência mantém-se mesmo que se trate de bens cuja apreensão foi determinada pelo juiz de instrução – foi este, pelo menos, o entendimento sustentado no Ac. RG, 20/02/2017 (360/12.0TAVNF.G1).

³⁸ No Ac. RP, 16/03/2011, (551/08.9GBVLG-A.P1), pode ler-se que, mesmo na fase do inquérito, "(...) é da competência do juiz de instrução a declaração de perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito". No entanto, atendendo aos poderes do Ministério Público nesta fase, compete-lhe "(...) dar o destino que entender conveniente aos bens declarados perdidos a favor do Estado pelo juiz de instrução uma vez que já não estão em causa quaisquer direitos ou garantias que importe acautelar".

- i) Recolher meios de prova;
- ii) Assegurar a guarda e conservação de bens que possam vir a ser objeto de uma decisão de perda em favor do Estado¹

A coisa apreendida pode ser, ao mesmo tempo, prova do facto ilícito cometido e instrumento ou produto do crime (sujeita, portanto, à decisão de perda – arts. 109.º e 110.º CP). Sucede que por vezes os bens podem não estar em Portugal, mas no estrangeiro. Isto verifica-se quando a própria criminalidade é internacional (apresenta elementos de conexão com vários Estados) ou quando, mesmo praticada exclusivamente em Portugal, o suspeito fez deslocar os bens para o estrangeiro. Nestes casos a apreensão terá de ser efetuada no país onde se encontre o bem objeto de apreensão, tendo a autoridade judiciária competente de adotar procedimentos específicos. A opção pelo procedimento correto vai depender da finalidade subjacente à apreensão: se tem uma função probatória; ou se, pelo contrário, apresenta apenas uma finalidade conservatória.

2.2.1. Apreensão de produtos de crime para servir a prova (e eventual futura declaração de perda)

O tema deste trabalho é a apreensão de produtos de crime para efeitos de futura declaração de perda, nas hipóteses em que esses bens se encontrem localizados em país da UE. Acontece que a apreensão, na generalidade das vezes, não atende somente a essa função. O objeto do crime é apreendido para que o suspeito ou arguido não enriqueça com o crime (assim se justifica a decisão de perda em favor do Estado), mas também para servir como elemento de prova no que respeita ao facto ilícito praticado.

Sempre que a apreensão de bens no estrangeiro obedeça em exclusivo (ou em cumulação com outras finalidades) a uma finalidade processual probatória será aplicável a Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto. Este diploma aprovou o *"regime jurídico da emissão, transmissão, reconhecimento e execução de decisões europeias de investigação em matéria penal"* e transpôs para Portugal a Diretiva 2014/41/UE, de 3 de abril de 2014³⁹. Esta Diretiva diz respeito ao estabelecimento da *"decisão europeia de investigação"* (DEI).

Nos termos do considerando n.º 7 da referida Diretiva, toda a nova abordagem relativa à investigação penal deve assentar num único instrumento, ou seja, a DEI. *«Deve ser emitida uma DEI para que uma ou várias medidas específicas de investigação sejam realizadas no Estado que executa a DEI («Estado de execução») tendo em vista a recolha de elementos de prova»*.

De acordo com o art. 6.º da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, a DEI emitida para promover a apreensão de algum produto do crime (neste caso obrigatoriamente com finalidade

³⁹ Para melhor se compreender a Diretiva e as obrigações de transposição, vd. Triunfante, Luís de Lemos, *Decisão Europeia de Investigação em matéria penal*, Revista do Ministério Público, n.º 147, pp. 73 a 110.

probatória) deve seguir o formulário anexo ao diploma e deve conter, pelo menos, as informações seguintes:

- a) Os dados relativos à autoridade de emissão e, se for o caso, à autoridade de validação;
- b) A identificação do seu objeto e a sua justificação;
- c) As informações necessárias que estejam disponíveis acerca da pessoa ou pessoas, singulares ou coletivas, a que se aplica a medida de investigação;
- d) Uma descrição da infração que é objeto da investigação ou do processo e as disposições de direito penal do Estado de emissão aplicáveis;
- e) Uma descrição da medida ou medidas de investigação solicitadas e das provas a obter.

Por outro lado, a DEI apenas pode ser emitida se estiverem reunidas as condições subsequentes (art. 11.º da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto):

- a) Se for necessária, adequada e proporcional, para efeitos dos processos a que se refere o artigo 5.º; tendo em conta os direitos do suspeito ou do arguido; e
- b) Se a medida ou medidas de investigação solicitadas na DEI pudessem ter sido ordenadas, nas mesmas condições, no âmbito de processos nacionais semelhantes.

A DEI deve ser assinada pela autoridade de emissão, sendo esta a autoridade judiciária com competência para a direção do processo na fase em que o mesmo se encontra (12.º, n.º 1, da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto)⁴⁰. A assinatura representa a certificação da exatidão e correção das informações constantes do documento (art. 6.º, n.º 2, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto). Qualquer DEI que se mostre emitida deve ser comunicada à Procuradoria-Geral da República, enquanto autoridade central para a coadjuvação na emissão deste instrumento (art. 10.º Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto).

Para facilitar a execução do pedido, a DEI deve ser traduzida para a língua oficial do Estado de Execução (art. 6.º, n.º 3, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto) e é objeto de comunicação direta entre autoridade de emissão e autoridade de execução (art. 13.º da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto)⁴¹. O mesmo deve suceder com as comunicações subsequentes que se mostrem necessárias. O estado de execução deve reconhecer uma DEI "(...) *sem impor outras formalidades, e garante a sua execução nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade do Estado de execução*" (art. 9.º, n.º 1, Diretiva 2014/41/UE). Apenas os fundamentos de recusa previstos na Diretiva

⁴⁰ Em alternativa a DEI também pode ser emitida pelo membro nacional do EUROJUST (art. 12.º, n.º 2, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto). Este membro nacional deverá sempre ser informado nas hipóteses em que sejam emitidas DEI's, no âmbito do mesmo processo, a pelo menos dois Estados membros (art. 13.º, n.º 6, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto).

⁴¹ A DEI pode também ser transmitida através do sistema de telecomunicações da Rede Judiciária Europeia, a que se refere a Decisão 2008/976/JAI do Conselho, de 16 de dezembro de 2008 (art. 13.º, n.º 2, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto) ou, em caso de urgência, via Eurojust.

podem fundamentar uma recusa no Estado de execução. A execução deve respeitar *"as formalidades e os procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão, (...) desde que não sejam contrários aos princípios fundamentais do direito do Estado de execução"* (art. 9.º, n.º 2, Diretiva 2014/41/EU)⁴².

As despesas com a execução da DEI não são assumidas pelo Estado Português, a não ser que para tal seja consultado pela autoridade de execução com fundamento em despesas excecionalmente elevadas. Nesse caso, a autoridade portuguesa decide se comparticipa no pagamento ou se retira a DEI (art. 9.º, n.º 4, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto).

2.2.2. Apreensão de produtos de crime para futura declaração de perda

Como se viu no capítulo 2 (ponto 2.2), a apreensão pode apresentar como finalidade única a captura de objetos para salvaguardar uma futura declaração de perda em favor do Estado. Estando essa coisa em território estrangeiro pertencente a Estado da UE, a referida apreensão tem de assegurar o cumprimento de legislação específica.

A Diretiva 2014/41/UE, bem como a sua transposição, a Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, não são aplicáveis a esta hipótese, pois não existe nenhuma finalidade relacionada com a prova. A DEI não é, portanto, o instrumento adequado para esta situação. Se esta ideia era já viável a partir do conteúdo dos dois diplomas, veio a mesma a ser reforçada pelas conclusões retiradas no Anexo 1 da 48.ª reunião da Rede Judiciária Europeia (RJE) (ocorrida em 8/12/2017)⁴³. Esta reunião visava apreciar as dificuldades práticas na aplicação da Diretiva 2014/41/EU, e ficou claro que a DEI *"(...) não deve ser usada para medidas de congelamento e/ou confisco de instrumentos e produtos do crime"*. Assim, as autoridades de emissão *"(...) devem continuar a emitir as respetivas ordens de congelamento ou confisco"*.

Estas ordens de congelamento, como será indiscutivelmente a apreensão dos produtos do facto ilícito típico, devem, então, obedecer à Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Este diploma foi transposto para o ordenamento jurídico interno pela Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, relativa à emissão e execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia.

É preciso notar que ambos os diplomas foram parcialmente revogados pelos atos que instituíram a DEI. Assim, o art. 34.º, n.º 2, § 2, da Diretiva 2014/41/UE determina que *"Para os Estados-Membros vinculados pela presente diretiva, (...) no que respeita ao congelamento de provas, as referências à Decisão-Quadro 2003/577/JAI devem ser entendidas como referências à presente diretiva"*. Por seu turno, no art. 49.º da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, pode ler-se: *"É revogada a Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, que estabelece o regime jurídico da emissão e*

⁴² O mesmo valerá, naturalmente, para as DEI emitidas por outro Estado e a executar em Portugal. Com base no princípio do reconhecimento mútuo, a autoridade de execução reconhecerá e executará, sem formalidades adicionais, essa DEI (art. 18.º, n.º 1, Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto).

⁴³ Este documento foi consultado em https://www.ejnforum.eu/cp/registry-files/3373/ST-1_5210-2017-INIT-EN-COR-1.pdf.

da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho, no que respeita à execução das decisões de apreensão de elementos de prova". Atente-se no facto de a revogação não ser completa, mas apenas no que concerne às iniciativas de produção de prova. Para as medidas de "congelamento" de bens, com destino a uma possível declaração de perda, mantêm-se, pois, em vigor a Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, bem como a respetiva transposição, ou seja, Lei n.º 25/2009, de 5 de junho.

Competência e elementos necessários

De acordo com o art. 3.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, as decisões de apreensão apenas podem ser reconhecidas e executadas se estiver em causa uma das infrações penais constantes do elenco legal, e desde que as mesmas sejam punidas com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a 3 anos⁴⁴.

É competente para emitir a decisão de apreensão relativa a bens ou elementos de prova situados em outro Estado membro a autoridade judiciária portuguesa competente para a mesma decisão relativamente a bens situados em Portugal (art. 4.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho). Se a decisão for tomada durante o inquérito, caberá a mesma ao Ministério Público⁴⁵. Uma vez tomada a decisão de apreensão deve a mesma ser comunicada à autoridade judiciária competente para a execução. A decisão deve ser acompanhada de certidão (disponibilizada em anexo à Lei n.º 25/2009, de 5 de junho), devidamente preenchida, assinada pela autoridade de emissão que atesta a exatidão do seu conteúdo⁴⁶ (art. 5.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho). Este elemento é importante, uma vez que a certidão terá de ser traduzida para uma das línguas oficiais do Estado de execução ou, pelo menos, numa língua oficial das instituições da UE (art. 5.º, n.º.2, Lei n.º 25/2009, de 5 de junho)⁴⁷.

⁴⁴ O referido elenco é constituído pelos crimes seguintes: "a) Associação criminosa; b) Terrorismo; c) Tráfico de seres humanos; d) Exploração sexual de menores e pornografia de menores; e) Tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; f) Tráfico de armas, munições e explosivos; g) Corrupção; h) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias na aceção da Convenção, de 26 de Julho de 1995, relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias; i) Branqueamento de produtos do crime; j) Contrafacção de moeda, incluindo o euro; 1) Cibercriminalidade; m) Crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico de espécies animais ameaçadas e de espécies e variedades vegetais ameaçadas; n) Auxílio à entrada e à permanência de imigrantes ilegais; o) Homicídio e ofensas à integridade física graves ou qualificadas; p) Tráfico de órgãos e tecidos humanos; q) Rapto, sequestro e tomada de reféns; r) Racismo e xenofobia; s) Roubo; t) Tráfico de bens culturais, incluindo antiguidades e obras de arte; u) Burla; v) Coação ou extorsão; x) Contrafacção, imitação e uso ilegal de marca ou de produtos; z) Falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico; aa) Falsificação de meios de pagamento; ab) Tráfico de substâncias hormonais e outros estimuladores de crescimento; ac) Tráfico de materiais nucleares ou radioactivos; ad) Tráfico de veículos furtados ou roubados; ae) Violação; af) Incêndio provocado; ag) Crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional; ah) Desvio de avião ou navio; ai) Sabotagem."

⁴⁵ Recorde-se agora os considerandos efetuados a propósito da competência para a apreensão, no capítulo 2 (ponto 1.3).

⁴⁶ A lei nacional empregou o termo "atesta". No entanto, a versão portuguesa da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, no seu art. 9.º, n.º 1, recorre ao termo "certifica". Pergunta-se se a transposição terá sido corretamente efetuada e se os dois termos poderão ser considerados juridicamente sinónimos.

⁴⁷ O art. 5.º, n.º 4, Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, permite que a autoridade judiciária emitente possa também "(...) indicar os procedimentos e formalidades a seguir pela autoridade judiciária do Estado de execução que se mostrem indispensáveis para garantir a validade dos elementos de prova que se visa obter". Os pedidos relativos aos elementos de prova não seguem mais este diploma. No entanto, parece que a disciplina possa continuar a valer para as formalidades especiais de que dependa a validade da apreensão para efeitos de futura declaração de perda.

Esta certidão tem de ser corretamente preenchida e não pode estar incompleta. Na hipótese inversa, subsiste fundamento para a recusa da execução do congelamento [art. 7.º, n.º 1, al. a), Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI]. Nesses casos poderá ser concedido prazo para que a certidão seja completada ou corrigida, a não ser que a autoridade de execução se considere suficientemente esclarecida, caso em que dispensa a apresentação da certidão.

Estes elementos devem ser acompanhados por um de dois pedidos (art. 6.º, n.º 1, Lei n.º 25/2009, de 5 de junho):

– De um pedido de execução de uma decisão de perda proferida pelo Estado de emissão⁴⁸ ou

– De um pedido de decisão de perda pelo Estado de execução e sua posterior execução.

Caso não seja possível juntar um destes pedidos, deve-se juntar uma instrução que requeira a manutenção dos bens no Estado de execução, enquanto se aguarda, devendo-se simultaneamente fornecer uma indicação sobre a data estimada para a apresentação do pedido (art. 7.º, n.ºs 2 e 3, Lei n.º 25/2009, de 5 de junho).

Transmissão

A decisão de apreensão (bem como a necessária certidão) deve ser comunicada diretamente à autoridade judiciária competente para a execução. Se for desconhecida, caberá à autoridade de emissão proceder às averiguações necessárias, nomeadamente recorrendo aos pontos de contacto da Rede Judiciária Europeia (art. 6.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho)⁴⁹ ou, em casos de urgência ou de maior complexidade, ao Gabinete nacional da Eurojust. Poderá também ser solicitado o auxílio do Gabinete de Recuperação de Ativos (GRA), pois este, de acordo com as suas atribuições, procede ao intercâmbio de informações, dados e de boas práticas com os gabinetes de recuperação criados pelos demais Estados membros (art. 9.º da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho)⁵⁰.

A autoridade de execução deverá atender a estas formalidades expressamente solicitadas, desde que não se mostrem contrárias aos princípios fundamentais do direito do Estado de execução (art. n.º 5, n.º 1, § 3, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI).

⁴⁸ Se já tiver sido emitida uma decisão definitiva de perda em favor do Estado, deve o reconhecimento da mesma ser obtido através do procedimento previsto na Lei n.º 88/2009, de 31 de agosto, relativa à emissão e execução de decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime. Por sua vez, este diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI (alterada pela Decisão Quadro n.º 2009/299/JAI, de 26 de fevereiro), relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda.

⁴⁹ De modo a facilitar o acesso a essa informação existe um sítio onde está a mesma disponível (atlas judiciário): <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/AtlasChooseCountry.aspx>. A criação deste instrumento foi, de resto, muito elogiada por Simões, Euclides Dâmaso, *Cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Europeia*, Revista do Ministério Público, n.º 86 (junho, 2001), p. 103.

⁵⁰ Julgamos que a cooperação do GRA com a autoridade judiciária competente em matérias de âmbito internacional poderá ser muito útil numa fase anterior, ou seja, na investigação e identificação dos ativos para posterior decisão de congelamento, contando, para isso, naturalmente, com a ajuda dos GRA's dos Estados onde se prevê que esses ativos possam estar localizados. Com o mesmo entendimento, Correia, Conde, *Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco*, Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. IC3F, Lisboa, N.º 1 (outubro 2017), p. 62.

De qualquer modo, verificando-se a incompetência da autoridade judiciária no país de destino escolhida para o envio, deve a mesma transmitir *"ex officio a decisão de congelamento à autoridade judiciária competente para a execução e informará do facto a autoridade judiciária do Estado de emissão que tomou a decisão"* (art. 4.º, n.º 4, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI).

Reconhecimento

A autoridade judiciária competente no país de execução deve reconhecer a decisão de congelamento que seja corretamente transmitida, sem que seja necessária qualquer formalidade adicional (art. 5.º, n.º 1, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI). Os fundamentos de recusa estão limitados às hipóteses do art. 7.º da referida Decisão Quadro⁵¹ e as hipóteses de adiamento da execução podem também basear-se, somente, nas alíneas do seu art. 8.º⁵². Em ambos os casos deve a autoridade de emissão receber indicação dos fundamentos da decisão e no caso de adiamento a indicação do período previsível do mesmo.

Qualquer decisão a tomar pela autoridade de execução é considerada urgente, devendo ser tomada o mais rapidamente possível. Sempre que viável não pode ultrapassar as 24 horas a contar da receção da decisão de congelamento (art. 5.º, n.º 3, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI).

Execução da decisão de congelamento

A execução da decisão de congelamento, ou seja, a decisão de apreensão tomada pela autoridade judiciária portuguesa deve ser promovida de imediato, já que os atos relativos a essa execução são considerados urgentes (art. 16.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho).

⁵¹ Como fundamento de recusa a Decisão Quadro admite:

"a) A certidão prevista no artigo 9.º não for apresentada, estiver incompleta ou manifestamente não corresponder à decisão de congelamento;

b) Existir uma imunidade ou privilégio, segundo o direito do Estado de execução, que impossibilite a execução da decisão de congelamento;

c) Decorrer claramente das informações constantes da certidão que a prestação de auxílio judiciário, nos termos do artigo 10.º, relativamente à infracção que motivou a decisão de congelamento seria contrária ao princípio ne bis in idem;

d) Num dos casos referidos no n.º 4 do artigo 3.º, o facto que determina a decisão de congelamento não constituir uma infracção nos termos do direito do Estado de execução; todavia, em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios, a execução da decisão de congelamento não pode ser recusada pelo facto de a legislação do Estado de execução não impor o mesmo tipo de contribuições e impostos ou não prever o mesmo tipo de regulamentação em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios que a legislação do Estado de emissão".

⁵² As hipóteses de adiamento da decisão de congelamento são apenas: *"a) A sua execução possa prejudicar uma investigação criminal em curso, durante um prazo que considere razoável; b) Os bens ou elementos de prova em causa tiverem já sido objecto de uma decisão de congelamento num processo penal, e até que essa decisão de congelamento seja levantada; c) No caso de uma decisão de congelamento de bens num processo penal tendo em vista a sua subsequente declaração de perda, esses bens tiverem já sido objecto de uma decisão no âmbito de outro processo no Estado de execução e até que essa decisão seja levantada. Todavia, a presente alínea apenas se aplicará se tal decisão prevalecer sobre posteriores decisões nacionais de congelamento num processo penal ao abrigo do direito nacional".*

A autoridade de execução pratica ainda as diligências inerentes à decisão de congelamento. Se vier a mostrar-se necessária qualquer medida coerciva adicional em virtude da decisão de congelamento, deve ser tomada de acordo com as regras processuais aplicáveis do Estado de execução (art. 5.º, n.º 2, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI). A autoridade judiciária de emissão deve imediatamente ser informada da execução da sua decisão. Qualquer meio de informação é legítimo, desde que permita obter um registo escrito da mesma (art. 5.º, n.º 1, § 3, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI).

A autoridade judiciária de emissão deve também ser informada se a execução da decisão não for possível por causas materiais (ex: os bens foram destruídos; os bens não foram encontrados; não se encontram na localização indicada), nos termos do art. 7.º, n.º 4, da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI.

Modos de impugnação

Qualquer recurso da decisão de apreensão de bens, bem como o requerimento de modificação ou alteração da medida, deve seguir os termos previstos no Código de Processo Penal (art. 15.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho). A mesma faculdade teria, de resto, o sujeito afetado ainda que os bens se encontrassem em território nacional (art. 178.º, n.º 7, CPP). Qualquer recurso que seja apresentado não tem efeitos suspensivos (art. 15.º, n.º 7 Lei n.º 25/2009, de 5 de junho e art. 11.º da Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI). Se o recurso disser respeito de modo direto aos fundamentos subjacentes à emissão deverá ser interposto num órgão jurisdicional do Estado de emissão (art. 11.º, n.º 2, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI). Assim, serão, então, os tribunais portugueses competentes para admitir esse recurso (art. 15.º, n.º 6, Lei n.º 25/2009, de 5 de junho). Nos restantes casos, parece que o procedimento pode ser instaurado no Estado de execução, mas a autoridade judiciária de emissão, informada desse facto e do fundamento do recurso, poderá apresentar em juízo os argumentos que considere pertinentes (art. 11.º, n.º 3, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI).

Cabendo ao lesado uma indemnização por danos causados na execução da decisão de congelamento, esses montantes serão assegurados pelo Estado de emissão, a não ser que os danos derivem exclusivamente da conduta do Estado de Execução (art. 17.º da Lei n.º 25/2009, de 5 de junho e art. 12.º, n.º 1, Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI).

IV. Hiperligações, referências jurisprudenciais e bibliográficas

Hiperligações

<https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=l&ved=OahUKEwjMs4GLubZAhWCPPhQKHSaFDp4QFggrMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.europol.europa.eu%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fdocuments%2Fcriminalassetrecoveryintheeuwebversion.pdf&usg=AOvVawlx-CPIkpPEFzeczplASqE70>

<https://www.ejnforum.eu/cp/registry-files/3373/ST-15210-2017-1NIT-EN-COR-1.pdf> <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/AtlasChooseCountry.aspx>

Referências jurisprudenciais

(todas as decisões jurisprudenciais sem indicação adicional foram consultadas no sítio DGSI)

– Ac. STJ n.º 6/1995, 19/11/1995 (043490), publicado no DR 1.ª série A, de 28 de dezembro de 1995. Trata-se de um Acórdão Uniformizador de Jurisprudência

- Ac. STJ, 17-5-2007 (07P1 231)
- Ac. RP, 14/10/2009.(4448/07. 1TDPRT-A.P1)
- Ac. RP, 29/09/2010 (1733/09.1T3AVR-B.P1)
- Ac. RP, 16/03/2011 (551/08.9GBVLG-A.P1)
- Ac. RP, 6-2-2013 (6/07.9GABCL.P1)
- Ac. RG, 20/02/2017 (360/12.0TAVNF.G1)

Referências bibliográficas

– Bravo, Jorge, *Titularidade da ação penal e direção do inquérito no âmbito da criminalidade económico financeira*, IV Congresso de Processo Penal, AAVV, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 77 a 155.

– Cabral, Santos, *Comentário ao art. 178.º*, Código de Processo Penal Comentado, AAVV, 2.ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 699 a 705.

– Correia, Conde, *Apreensão ou arresto preventivo dos proventos do crime?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 505 a 543.

- Correia, Conde, *Gabinete de recuperação de ativos: a pedra angular do sistema português de confisco*, Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. IC3F, Lisboa, N.º 1 (outubro 2017), pp. 46 a65.
- Correia, Conde, *Reflexos da diretiva 2014/42/EU (Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente*, Revista do CEJ, II, 2014, pp. 83 a 112.
- Correia, Conde/Rodrigues, Hélio, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014*, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1, in *Julgar Online*, Abril de 2015.
- Cunha, Damião da, *Perda de bens a favor do Estado*, Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, AAVV, Coimbra Editora, 2004, pp. 121 a 164.
- Dias, Figueiredo, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1993.
- Garcia, Miguez/Rio, Castela, *Código Penal, Parte Geral e Especial, com notas e comentários*, 2015, 2.ª ed., Almedina, Coimbra.
- Lobo, Fernando, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 2015.
- Santos, Hugo, *O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no "crime doesn't pay"?*, Scientia Iuridica (Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro), Tomo LXIII, n.º 334 {janeiro, abril}, 2014, pp. 85 a 110.
- Simões, Euclides Dâmaso, *Cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Europeia*, Revista do Ministério Público, n.º 86 (junho, 2001), pp. 99 a 106.
- Simões, Euclides Dâmaso, *Cooperação na recuperação de ativos: da partilha à repatriação integral*, Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 105, 2006, pp. 117 a 126.
- Soares, Paulo, *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Triunfante, Luís de Lemos, *Decisão Europeia de Investigação em matéria penal*, Revista do Ministério Público, n.º 147, pp. 73 a 110.
- Valente, Manuel, *Processo penal*, tomo I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Título:

Mandado de detenção europeu e pedidos de apreensão de produtos do crime para efeitos de futura declaração de perda dirigidos a países da UE

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-56-8

Série: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt