

REVISTA PORTUGUESA
DE
CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 21 • N.º 3 • Julho-Setembro 2011 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
Periodicidade trimestral • Preço deste número: Euros 14,00 (IVA incluído)



AB VINO AD OMNES

Coimbra Editora

I.D.P.E.E.

ANO 21 • N.º 3 • Julho-Setembro 2011
Trimestral

Director

Jorge de Figueiredo Dias

Conselho redactorial

Anabela Miranda Rodrigues, António Henriques Gaspar, João da Silva Miguel, Jorge de Figueiredo Dias, José de Faria Costa, José Narciso da Cunha Rodrigues, José de Sousa e Brito, Manuel Cortes Rosa, Manuel da Costa Andrade.

Secretário de redacção

Nuno Brandão

Colaboradores permanentes

Nacionais

Américo Taipa de Carvalho, António Almeida Costa, António Castanheira Neves, António Medina de Seça, Armando Leandro, Augusto Silva Dias, Boaventura Sousa Santos, Conceição Valdágua, Cláudia Cruz Santos, Cristina Libano Monteiro, Damião Cunha, Eliana Gersão, Fernanda Palma, Fernando Ferreira Ramos, Frederico Costa Pinto, Frederico Isasca, Germano Marques da Silva, Gonçalves da Costa, Helena Moniz, João Castro e Sousa, Jorge Carlos Fonseca, José António Barreiros, José Garcia Marques, José Joaquim Gomes Canotilho, José Manuel Meirim, José Menéres Pimentel, José Saldanha Sanches, José Souto de Moura, Manuel Leal-Henriques, Manuel Simas Santos, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Maria João Antunes, Maria Leonor Assunção, Maria Margarida Silva Pereira, Maria Paula Ribeiro de Faria, Maria Rosa Crucho de Almeida, Mário Ferreira Monte, Mário Paulo Tenreiro, Marques Ferreira, Miguel Pedrosa Machado, Miranda Pereira, Nuno Brandão, Nuno Sá Gomes, Odete Oliveira, Paulo Pinto de Albuquerque, Paulo Sousa Mendes, Pedro Caeiro, Pedro Soares de Albergaria, Raul Soares da Veiga, Robalo Cordeiro, Rodrigo Santiago, Rui Pereira, Sónia Fidalgo, Susana Aires de Sousa, Teresa Alves Martins, Teresa Beleza, Teresa Quintela de Brito, Teresa Serra.

Estrangeiros

Agustín Jorge Barreiro (Madrid, Espanha), Albin Eser (Freiburg i. Br., Alemanha), Claus Roxin (München, Alemanha), Constantin Vouyuocas (Tsalonica, Grécia), Diego-Manuel Luzon Peña (Alcalá de Henares, Espanha), Eduardo Reale Ferrari (São Paulo, Brasil), Emilio Dolcini (Milano, Itália), Fernando A. Fernandes (Franca, Brasil), Ferrando Mantovani (Firenza, Itália), Francesco Palazzo (Firenza, Itália), Francisco Muñoz Conde (Sevilla, Espanha), Giorgio Marinucci (Milano, Itália), Jean Pradel (Poitiers, França), José Cerezo Mir (Saragoza, Espanha), Karl Heinz Gössel (Erlangen, Alemanha), Luzia Sebastião (Luanda, Angola), Mario Chiavario (Torino, Itália), Mario Romano (Milano, Itália), Mireille Delmas-Marty (Paris, França), Peter J. P. Tak (Nijmegen, Holanda), Pierre-Henri Bolle (Neuchâtel, Suíça), Raul Zafaroni (Buenos Aires, Argentina), Silvia Larizza (Pavia, Itália), Stefan Trechsel (St. Gallen, Suíça).

Edição, Execução Gráfica e Distribuição

COIMBRA EDITORA, S.A. | Ladeira da Paula, n.º 10 — Antanhol — 3040-574 Coimbra
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Propriedade

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Preços

Número avulso — Euros 14,00 (IVA incluído)

Assinatura (4 números): — Portugal Continental — Euros 42,00 (IVA incluído);
— Regiões Autónomas — Euros 42,00 (IVA incluído);
— Europa (UE) — Euros 57,00 (IVA incluído);
— Países não Europeus — Euros 62,00.

ISSN 0871-8563
Depósito Legal n.º 93 935/95
Reg. ICS 115 360

SUMÁRIO

	Págs.
DOCTRINA	
<i>O reenvio prejudicial de urgência no contexto do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça</i>	355
Teresa Bravo	
<i>A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal</i>	395
Sabine Gless	
<i>Violência sexual juvenil: conceptualização, caracterização e prevalência</i>	427
Ricardo G. Barroso / Celina Manita / Pedro Nobre	
JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA	
<i>Conceito de violência no crime de violação — Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011</i>	441
Maria da Conceição Ferreira da Cunha	
NOTÍCIAS	
<i>Notícia sobre o II Congresso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales</i>	483
Joana Amaral Rodrigues	

O procedimento prejudicial de urgência, embora decalcado do reenvio prejudicial ordinário, apresenta características específicas que se relacionam com a orgânica do TJ e com a forma e prazos de tramitação. Na verdade, a tramitação é entregue a uma secção especializada de três ou cinco juízes que aprecia essa urgência (após audição do AG) e mostra-se aligeirada. De acordo com o novo regime, foram consagrados limites às intervenções no processado, a saber, apenas podem apresentar observações escritas o estado membro do órgão de reenvio, as partes do processo principal e as instituições das quais o acto em apreciação haja emanado. Por outro lado, o prazo de tais observações pode ser reduzido por iniciativa da secção e limitada, inclusivamente, a extensão das peças processuais. A secção à qual os autos foram distribuídos também pode determinar que estes prossigam directamente para a audiência oral (sem fase escrita) e que o AG não tenha intervenção nos autos.

Finalmente, cumpre assinalar que os particulares não estão dotados de legitimidade processual activa nem tão pouco se pode falar num “direito subjectivo ao reenvio” uma vez que, essa decisão, cabe sempre ao órgão jurisdicional nacional.

A EUROPA VISTA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ALEMÃ: UM DESAFIO PARA A DEFESA EM PROCESSO PENAL (*)

Sabine Gless

Professora de Direito Penal e de Direito Processual Penal
da Juristische Fakultät Universität Basel (Suíça)

Resumo: *A Autora analisa o impacto do direito europeu (lato sensu) sobre o processo penal dos Estados, em particular da Alemanha, privilegiando a perspectiva da defesa. Partindo de uma distinção básica entre a CEDH, tal como aplicada pelo TEDH, e o direito e a jurisprudência da UE, a Autora conclui que a primeira dimensão se mostra amiga da defesa em processo penal, ao passo que a segunda, apesar de criar certos obstáculos à perseguição penal, tem vindo a enfraquecer a posição da defesa, tanto no plano normativo como institucional. O estudo termina com a abordagem das modificações trazidas pelo Tratado de Lisboa nesta matéria, por força, nomeadamente, da entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais, das competências daí decorrentes para o Tribunal de Justiça e, sobretudo, de uma esperada intervenção do legislador europeu no sentido da instituição de um direito de defesa em processo penal propriamente europeu, que permita equilibrar os poderes e prerrogativas que a UE tem vindo a atribuir às autoridades de perseguição penal.*

Palavras-chave: *Processo penal; direito de defesa; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Tratado de Lisboa; Carta dos Direitos Fundamentais.*

(*) Título do original alemão: “Europa — eine Herausforderung für die Strafverteidigung”, publicado em *StV* 2010, p. 400-407. Tradução de Luciana Goulart Quinto, Mestre em Direito pela *Juristische Fakultät Universität Basel* (Suíça) e Assistente de pesquisa da Prof. Doutora Sabine Gless, revista e editada por Pedro Caeiro (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

A. Introdução

A Europa é um desafio — já os Deuses do Olimpo o tinham compreendido. Zeus precisou de utilizar um touro para raptar Europa e subtrai-la depois, com astúcia, à atenção da sua ciumenta esposa Hera. Quem agarra a Europa para si, desafia o destino. A Europa confunde — e não apenas Zeus. A Europa assusta — e não apenas Hera.

A Revista *Strafverteidiger* reconheceu imediatamente o desafio europeu: logo no seu primeiro editorial, no ano de 1981, comparava-se a situação da defesa penal na Alemanha, em França e na Inglaterra. Ainda nesse primeiro ano de vida, a revista publicou um acórdão do TJUE⁽¹⁾ e uma decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem⁽²⁾. No entanto, nas três décadas seguintes, a Europa perdeu visibilidade: a *Strafverteidiger* publicou, ao todo, menos de dez acórdãos do TJUE, e apenas algumas decisões do Tribunal de Estrasburgo. Quando a Europa ressurgiu como um tema constante, no final da década seguinte, a sua forma ainda é fluida. Advogadas e advogados de defesa reconhecem o potencial contido nos tratados europeus⁽³⁾, mas não conseguem ainda identificar um sistema claro. A Europa confunde.

É tempo de realizar uma análise retrospectiva: o que significa a Europa para a defesa em processo penal? Que benefícios lhe traz e que prejuízos lhe causa? Além disso, é também necessário olhar para diante: que pode a Europa trazer futuramente à defesa em processo penal?

B. Os benefícios decorrentes da legislação e da jurisprudência europeias

O direito europeu traz benefícios para a defesa em processo penal.

⁽¹⁾ TJUE, Acórdão de 05.02.1981 — 50/80, *StV* 1981, p. 274 ss.

⁽²⁾ Comissão Europeia dos Direitos do Homem, Decisão de 07.05.1981 — Processo Nr. 8398/78, *ibidem*, p. 379 ss.

⁽³⁾ WEIGEND, “Spricht Europa mit zwei Zungen?”, *StV* 2001, p. 63 ss.

I. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)

Aquela conclusão é hoje geralmente aceite, pelo menos no que toca à CEDH. Quase esquecido está o tempo em que se acreditava, na Alemanha, que a CEDH seria somente um “ornamento”⁽⁴⁾ e que não conteria nada que não estivesse já garantido na Constituição e no Código de Processo Penal alemães⁽⁵⁾.

Para a correcção dessa ideia equivocada⁽⁶⁾, contribuíram, entre outros factores, algumas condenações da Alemanha pelo TEDH: desde a entrada em vigor da CEDH, no ano de 1953, o Tribunal condenou a Alemanha por violação da Convenção em cerca de 20 casos de litígios processuais penais⁽⁷⁾. Embora se trate, comparativamente, de um

⁽⁴⁾ DANNECKER, “Das Europäische Strafrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen”, in *FG 50 Jahre BGH*, 2000, p. 342: ornamento internacional (“Internationale Verzierung”); SCHUSKA, *Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung*, 2006, p. 24, com outras referências; e JUNG, “Strafverteidigung in Europa”, *StV* 1990, p. 514, com outras referências.

⁽⁵⁾ *Vd.*, p. ex., JESCHECK, “Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten”, *NJW* 1954, p. 784 ss.; em sentido semelhante, ainda ROXIN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 1995, § 3, nm. 7, que considerava relativamente reduzido o significado prático das garantias da CEDH para o direito processual penal alemão; *vd.* todavia ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 2009, § 3, nm. 14 ss.

⁽⁶⁾ Sobre este assunto, *vd.*, p. ex., EISELE, “Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts”, *JR* 2004, p. 12; KÜHNE, “Die Rechtsprechung des EGMR als Motor für eine Verbesserung des Schutzes von Beschuldigtenrechten in den nationalen Strafverfahrensrechten der Mitgliedstaaten”, *StV* 2001, p. 73; WOHLERS, “Legalität und Opportunität im teilharmonisierten europäischen Strafverfahren und der Grundsatz *ne bis in idem*”, in *FS Rudolphi*, 2004, p. 717; WEIGEND, “Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht — Kollisionen und ihre Lösung”, *StV* 2000, p. 385; WARNKING, *Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, 2009, p. 393 ss.

⁽⁷⁾ LAMBERT-ABDELGAWAD/WEBER, “The Reception Process in France and Germany”, in Keller/Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights: The impact of the ECHR on national legal systems*, 2008, p. 123 s.

número pequeno de condenações ⁽⁸⁾ (naquele número não se incluem os processos que terminaram por acordo ou motivos análogos ⁽⁹⁾), os processos em causa não versavam sobre minudências, mas sim sobre questões importantes: veja-se, a título de exemplo, o recente caso *M. contra Alemanha*, em que o *TEDH* considerou que a aplicação (retrospectiva) de medidas de segurança de internamento de duração ilimitada a imputáveis perigosos (*Sicherungsverwahrung*) que não eram previstas pela legislação em vigor no momento do julgamento do crime, para serem executadas após o termo da execução da medida de internamento aplicada na sentença à luz da lei então vigente, é contrária aos direitos humanos ⁽¹⁰⁾.

Tais decisões são o motivo da atitude positiva de advogadas e advogados de defesa em relação à jurisprudência de Estrasburgo ⁽¹¹⁾, tendo-lhes permitido compreender que: (a) o ordenamento jurídico alemão não é o melhor, em todos os aspectos, para a defesa em processo penal, nem é o único sistema de referência obrigatório, e que (b) a jurisprudência alemã nem sempre tem a última palavra.

O *TEDH* tem vindo a criar, com base no art. 6, n.º 3, als. b) e c), da CEDH, padrões europeus relativos ao tempo suficiente para preparação da defesa, ao direito a uma defesa eficaz (incluindo o direito de

⁽⁸⁾ ESSER, “Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte”, in Ahlbrecht *et al.*, *Internationales Strafrecht in der Praxis*, 2008, nm 23.

⁽⁹⁾ Cf. Bundesministerium der Justiz, *Bericht über die Rechtsprechung des EGMR*, de Junho de 2009, p. 2.

⁽¹⁰⁾ *TEDH*, Acórdão de 17.12.2009 — *M. contra Alemanha*. A este respeito, cf. MÜLLER, “Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention”, *StV* 2010, p. 207; KINZIG, “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”, *NStZ* 2010, p. 233; a partir de uma perspectiva francesa: LEBLOIS-HAPPE, “Première confrontation de la detention de sûreté à la Convention EDH: l’arrêt M c/ Allemagne du 17 décembre 2009”, *AJPénal* 2010, p. 129; a partir de uma perspectiva suíça: ROTH, “La Cour européenne des droits de l’homme, le Tribunal fédéral et le droit transitoire des mesures de sûreté”, *forumpoenale* 2009, p. 175.

⁽¹¹⁾ ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, p. 874.

escolher o próprio advogado ⁽¹²⁾ e à assistência jurídica gratuita ⁽¹³⁾. O Tribunal debruçou-se sobre os mais diversos aspectos particulares da garantia de uma defesa efectiva e eficaz (“benefit of a practical and effective defense”) — e, até, sobre a obrigação das autoridades públicas intervirem contra as deficiências da defesa ⁽¹⁴⁾. Os defensores alemães foram beneficiados pela jurisprudência do *TEDH*: veja-se, a título de exemplo, o direito de comunicação do arguido com o seu defensor, que não é garantido explicitamente pela Convenção, mas que é reconhecido pelo Tribunal, em princípio, como um direito autónomo ⁽¹⁵⁾.

A CEDH favorece os advogados de defesa, porque os direitos que aí se garantem têm aplicação prática, como se mostra através dos seguintes exemplos ⁽¹⁶⁾:

1. O uso de eméticos

O *TEDH* traça limites, derivados dos direitos humanos, à recolha de prova no processo penal, em casos onde o ordenamento jurídico alemão não os prevê — como, p. ex., na administração forçada de eméticos. No caso em questão, *Jalloh*, um pretense pequeno traficante recusou-se a tomar um emético que tinha por finalidade provocar o vômito de pequenas bolas de droga previamente ingeridas. O suspeito foi imobilizado por quatro agentes policiais para que o médico pudesse

⁽¹²⁾ Cf., porém, sobre uma tendência mais restritiva: *TEDH*, Acórdão de 25.09.1992, Série A237-B — *Croissant contra Alemanha*; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 266 ss.; GAEDE, *Fairness als Teilhabe*, 2006, p. 629 ss.

⁽¹³⁾ *TEDH*, Acórdão de 25.04.1983, Série A64 — *Pakelli contra Alemanha*; *TEDH*, Acórdão de 25.09.1992, Série A237-B, § 34 — *Croissant contra Alemanha*; TRECHSEL, *op. cit.*, p. 270 ss.

⁽¹⁴⁾ *TEDH*, Reports 1998-II, §§ 9 — 23, 37 — 43 — *Daud contra Portugal*; ESSER (nota 9), p. 471 ss., 490 s.; TRECHSEL, *op. cit.*, p. 286 ss.

⁽¹⁵⁾ TRECHSEL, *op. cit.*, p. 278 ss.; sobre a restrição de direitos em “situações extraordinárias”: *TEDH*, Application 7572, 7586, 7587/76 — *Ensslin, Baader, Raspe contra Alemanha*.

⁽¹⁶⁾ Sobre este ponto, *vd.* também, p. ex., JUNG, *Strafverteidigung in Europa*, 1990, p. 511.

colocar-lhe um tubo na narina e, através dele, introduzir-lhe uma solução de sal e xarope no estômago. Além disso, o médico injectou-lhe um derivado da morfina. Em consequência do tratamento, *Jalloh* vomitou um pequeno pacote contendo 0,2 gramas de cocaína.

Os tribunais alemães não vislumbraram qualquer ilegalidade neste procedimento. O Tribunal Constitucional alemão entendeu que o art. 1, par. 1, da Constituição alemã não fora afectado no essencial e negou provimento ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), com a referência de que a defesa não teria lançado mão de todas as possibilidades processuais ao seu dispor, de modo a evitar a incompreensão do significado e do alcance do direito fundamental previsto no art. 2, par. 2, 1.ª frase, da Constituição alemã⁽¹⁷⁾.

Só o *TEDH* condenou o procedimento das autoridades como uma humilhação do suspeito “com desrespeito pela sua dignidade”⁽¹⁸⁾. Com a administração forçada de eméticos não se salvaguardou o direito a um processo justo e, especialmente, o direito à não auto-incriminação⁽¹⁹⁾.

2. O direito de consultar os autos

O *TEDH* concedeu aos defensores o direito incondicional de consultar os autos no caso de arguidos presos⁽²⁰⁾. Primeiramente, os juizes de Estrasburgo censuraram a outros países as restrições postas àquele direito (salientando-se, no ano de 1989, o caso *Lamy contra Bélgica*)⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ Tribunal Constitucional alemão, 2. Kammer des 2 Senats, Acórdão de 15.09.1999 — 2 BvR 2360/95, *StV* 2000, p. 1, com anotação de RIXEN, “BVerfG, 15.09.1999 — 2 BvR 2360/95: Verfassungsmässigkeit körperlicher Eingriffe (Ls.)”, *NStZ* 2000, p. 381.

⁽¹⁸⁾ *TEDH*, Acórdão de 11.07.2006, *Jalloh contra Alemanha*, *NJW* 2006, p. 3117 (3119, §§ 58-61) = *StV* 2006, p. 617.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 3117 = *StV* 2006, p. 617.

⁽²⁰⁾ *TEDH*, Acórdão de 13.02.2001, *Lietzow contra Alemanha*, *StV* 2001, p. 201 (direito de consultar os autos da investigação durante a prisão preventiva).

⁽²¹⁾ *TEDH*, Acórdão de 30.03.1989, *Lamy contra Bélgica*, *StV* 1993, p. 283.

Quatro anos volvidos, a *Strafverteidiger* publicou este acórdão traduzido em alemão⁽²²⁾.

Os advogados de defesa alemães, tendo-se apercebido da inutilidade da crítica à prática alemã no âmbito nacional, bem como do significado da jurisprudência do *TEDH* para a configuração do direito de consultar os autos de acordo com o § 147 do Código Processual Penal alemão (*StPO*)⁽²³⁾, começaram a levar os seus casos para Estrasburgo. A Alemanha foi logo condenada, por diversas vezes. Desde então, reconhece-se que o art. 5, n.º 4, da CEDH atribui ao defensor o direito de “consultar todos os autos submetidos ao juiz que ordenou a prisão (*Haftrichter*), o mais tardar na data em que apresentar um pedido de *habeas corpus* ou interpuser um recurso contra a decisão”⁽²⁴⁾.

A esta lista poderiam acrescentar-se outros exemplos⁽²⁵⁾.

3. A utilização de testemunhos anónimos

Será a jurisprudência de Estrasburgo uma panaceia contra todos os erros dos sistemas nacionais, por o padrão de direitos humanos se encontrar sob a fiscalização do Tribunal e, portanto, ser aplicável mesmo quando a jurisprudência nacional não reconhece uma violação da Convenção?

A esta pergunta não pode dar-se uma resposta irrestritamente afirmativa, porque os benefícios da CEDH se encontram limitados de duas maneiras. Em primeiro lugar, a sanção de um problema pela CEDH só é expectável quando um direito convencional fornece um critério claro para a sua invocação. Com efeito, o princípio “no right without

⁽²²⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁾ ZIEGER, “Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft”, *StV* 1993, p. 320 (322).

⁽²⁴⁾ V. *TEDH*, Acórdão de 13.02.2001, *Lietzow contra Alemanha*, *StV* 2001, p. 201; *TEDH*, Acórdão de 13.02.2001, *Schöps contra Alemanha*, *ibid.*; *TEDH*, Acórdão de 13.02.2001 — *Garcia Alva contra Alemanha*, *ibid.*

⁽²⁵⁾ V. g., as condenações por violação do “speedy trial” e por violação do “fair trial”.

remedy” tem um lado reverso: na ausência de um direito convencional inequívoco, ou da vontade de que à violação se siga uma determinação clara de sanções, o poder jurisdicional de Estrasburgo não serve para coisa alguma. A CEDH estabelece apenas pontualmente alguns direitos no processo penal, aí se incluindo os específicos direitos da defesa, e não um código completo dos direitos da defesa em processo penal, apesar de garantir um amplo leque de direitos da defesa no contexto do direito a um “fair trial”⁽²⁶⁾.

Em segundo lugar, apesar de o *TEDH* se pronunciar claramente, em muitos casos, sobre o significado das garantias contidas na Convenção, ele não força a sua execução incondicional, antes deixa espaço para uma solução adequada do ponto de vista nacional⁽²⁷⁾. Essa jurisprudência permite ao *TEDH* aplicar de forma flexível a cada caso doutrina já desenvolvida, e, quando se justifique, abster-se de proferir uma condenação. Normalmente, os juízes de Estrasburgo deixam a sanção concreta da violação das exigências da Convenção aos sistemas nacionais e frequentemente limitam-se, em última instância, a apreciar a equidade do processo em globo⁽²⁸⁾. Provavelmente, a contenção do Tribunal tem contribuído de forma importante para o seu sucesso, pois, no longo prazo, tem-se mostrado que um ordenamento jurídico recebe a jurisprudência do *TEDH* quando os tribunais nacionais se encontram prontos

⁽²⁶⁾ Cf. WOHLERS, (nota 6), p. 809 s.

⁽²⁷⁾ *Vd. PETERS, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, 2003, p. 25 ss., com outras referências; cf. também, sobre o critério da “consideração global”, GAEDE, “Konfrontationsrecht; tatsächlich unmögliche Befragung; Gesamtbetrachtung beim fairen Verfahren; Unerreichbarkeit; Verhältnismäßigkeit; ‚Landshut Entführung‘; zu EGMR Beschwerde-Nr. 73047/01 v. 23.11.2005 — Haas v. Deutschland”, *JR* 2006, p. 292; para a respectiva crítica, *vd. infra*, nota 45.

⁽²⁸⁾ *Vd.*, p. ex., recentemente: *TEDH*, Acórdão de 10.03.2009, *Bykow contra Rússia*, nm. 89: “Não compete ao Tribunal, em princípio, decidir sobre a admissibilidade de determinados meios de prova — por exemplo, provas obtidas ilegalmente de acordo com o direito nacional —, ou sobre a culpabilidade do acusado. A questão que deve ser respondida é se o processo como um todo, incluindo a recolha de provas, foi justo”. *Vd. GAEDE* (nota 12), p. 807 ss.; e *Id.* (nota 27), p. 292.

para tanto. A Alemanha é um exemplo disso⁽²⁹⁾. De toda a forma, esta aproximação por parte dos advogados que levam os seus processos para Estrasburgo também é feita com alguma expectativa, pois essa ida à Estrasburgo — especialmente quando se trata de questões complexas — nem sempre traz o resultado esperado, como sucedeu, de forma paradigmática, na decisão do *TEDH* no processo contra *Monika Haas*.

Quando o Tribunal Superior de Frankfurt (*OLG Frankfurt*) condenou a Sra. Haas por participação em organização terrorista, cumplicidade num rapto com fins de extorsão e tentativa de homicídio qualificado, com base em depoimentos de testemunhas inacessíveis ou anónimas, alguns especialistas na CEDH apontaram a situação a Estrasburgo, confiantes na vitória⁽³⁰⁾. Estes Autores viram na jurisprudência do *TEDH*⁽³¹⁾ sobre o direito a confrontar testemunhas uma referência a um conjunto de requisitos de três níveis para o uso de testemunhos anónimos: (1) necessidade de um motivo suficiente para a manutenção do anonimato da testemunha; (2) necessidade de compensação, em outras partes do processo, das restrições que dali decorrem para os direitos da defesa; (3) necessidade de cautela na utilização de testemunhos anónimos, que tem de se repercutir na valoração da prova⁽³²⁾. Não se pôde ou não se quis ver que, do diferenciado conjunto de requisitos, não resultava uma posição clara sobre as consequências jurídicas da sua falta. Em princípio, os juízes de Estrasburgo deixam a sanção concreta (como, por exemplo, uma proibição de prova) nas mãos do sistema nacional⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ LAMBERT-ABDELGAWAD/WEBER (nota 7), p. 141 ss.

⁽³⁰⁾ ESSER (nota 11), p. 681; SOMMER, *Die Rezeption der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch die Strafsenate des Bundesgerichtshofs*, Ms. 2002, p. 10.

⁽³¹⁾ *TEDH*, Acórdão de 29.03.1990, *Kostovski contra Holanda*, *StV* 1990, p. 481; *TEDH*, Acórdão de 26.03.1996 — *Doorson contra Holanda*, *ÖJZ* 1996, p. 715; *TEDH*, Acórdão de 23.04.1997, *van Mechelen e outros contra Holanda*, *StV* 1997, p. 617; V. RENZIKOWSKI, “Fair trial und anonym Zeuge”, *JZ* 1999, p. 605.

⁽³²⁾ ESSER (nota 11), p. 657 ss., 674. Criticamente sobre tais soluções para a valoração da prova, GLESS, “Zur ‘Beweiswürdigungs-Lösung’ des BGH”, *NJW* 2001, p. 3606.

⁽³³⁾ *Vd. supra*, nota 28.

No caso *Haas*, os factos descritos na acusação haviam sido cometidos 20 anos antes da abertura do processo. O tribunal baseou a sua convicção essencialmente sobre uma declaração altamente incriminatória de um homem que se encontrava preso no Líbano. A declaração não foi prestada directamente perante um tribunal alemão, mas sim perante um tribunal libanês. Nem o Ministério Público alemão, nem os defensores participaram do interrogatório, embora alguns funcionários do Departamento Federal Criminal (*Bundeskriminalamt*) tenham estado temporariamente presentes. Apesar dos esforços do tribunal, não foi possível transferir a testemunha para a Alemanha. A declaração foi corroborada por fontes anónimas do Departamento Federal Criminal e dos Serviços de Informação alemães (*Bundesamt für Verfassungsschutz*). Certos funcionários destas instituições somente puderam ser interrogados, na qualidade de testemunhas de “ouvir dizer”, sobre a sua avaliação da credibilidade daquelas fontes ⁽³⁴⁾. A defesa viu o seu direito a confrontar as testemunhas violado, porque o Tribunal Superior de Frankfurt não apresentou fundamentos para o anonimato das testemunhas, nem ofereceu à defesa possibilidades de compensação por essa desvantagem ⁽³⁵⁾. Em vez disso, as fontes anónimas foram utilizadas com a finalidade de reforçar o resultado do testemunho prestado no Líbano, sem confrontação, o qual, por sua vez, já tinha sido alcançado com restrições dos direitos da defesa. Desse modo, o tribunal entrelaçou vários meios de prova que necessitavam de uma compensação. Nem o Supremo Tribunal de Justiça, nem o Tribunal Constitucional alemães deram razão à defesa ⁽³⁶⁾. O Tribunal Constitucional viu

⁽³⁴⁾ Em pormenor, Supremo Tribunal de Justiça alemão, Acórdão de 11.02.2000 — 3 STR 377/99 (OLG Frankfurt), *StV* 2000, p. 649; Tribunal Constitucional alemão, Acórdão de 20.12.2000 — 2 BvR 591/00, *NJW* 2001, p. 2245; TEDH, Acórdão de 17.11.2005 — *Haas contra Alemanha*, *NStZ* 2007, p. 103 com anotação de ESSER.

⁽³⁵⁾ *Vd.* ESSER (nota 11), p. 681; pormenorizadamente sobre o direito de confrontar as testemunhas: BEULKE, “Konfrontation und Strafprozessreform”, in *FS Peter Riess*, 2002, p. 3 ss.

⁽³⁶⁾ O Tribunal Superior de Frankfurt teria utilizado as fontes anónimas de maneira cautelosa e “somente para arredondamento e confirmação” do conjunto probatório. Globalmente, a justiça do processo teria sido garantida; Supremo Tribunal

naquele procedimento uma “manipulação do direito processual (...) no limite de uma conformação do processo penal constitucionalmente admissível”, mas não aceitou o recurso (*Verfassungsbeschwerde*) ⁽³⁷⁾. Após quatro anos de espera, o TEDH também rejeitou o recurso, considerando-o manifestamente improcedente ⁽³⁸⁾. De acordo com os juizes de Estrasburgo, fora suficiente o Tribunal Superior de Frankfurt ter-se *esforçado* seriamente pela salvaguarda dos direitos da defesa, nomeadamente, procurando obter a transferência da testemunha presa no Líbano, ou a possibilidade de a defesa a confrontar no Líbano ⁽³⁹⁾. O TEDH concretizou assim o seu entendimento de que só haveria uma proibição de utilização de prova ⁽⁴⁰⁾ caso se tratasse de “uma confrontação fracassada em razão de conduta estatal culposa” ⁽⁴¹⁾.

A decisão de Estrasburgo no caso *Haas* levou até alguns defensores convictos da CEDH a questionar-se: vale a pena investir tempo e dinheiro no caminho para Estrasburgo? ⁽⁴²⁾ A defesa em processo penal, para ser útil e eficaz, necessita de previsibilidade e de fiabilidade.

4. Conclusão intermédia

Num balanço global, qual o grau do benefício que a CEDH traz de facto à defesa?

Sé a pergunta for feita a partir da perspectiva de um único processo penal — por assim dizer, da perspectiva da formiga —, os benefícios parecem questionáveis. O caminho para Estrasburgo é demorado.

de Justiça alemão, Acórdão de 11.02.2000 — 3 StR 377/99 (OLG Frankfurt), *BJW* 2000, p. 1661 (1662) = *StV* 2000, p. 649.

⁽³⁷⁾ Tribunal Constitucional alemão (nota 34), p. 2245 (2246).

⁽³⁸⁾ *Vd.* a este respeito ESSER (nota 11), p. 681; ESSER, “EGMR, 17. 11. 2005 — 73047/01: Verurteilung wegen Beteiligung an der Entführung der Lufthansa-Maschine Landshut auf Grund anonymer Zeugen”, *NStZ* 2007, p. 106 (108).

⁽³⁹⁾ TEDH, Acórdão de 17.11.2005 — *Haas contra Alemanha*, *NStZ* 2007, p. 103 (105).

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 103 (106).

⁽⁴¹⁾ ESSER (nota 36), p. 106 (107).

⁽⁴²⁾ *Vd.* ESSER (nota 36), p. 106 (108); GAEDE (nota 27), p. 292.

O acesso à jurisprudência do *TEDH* implica, para a defesa, um investimento prévio em paciência e outros recursos. De outra forma, a própria reclamação perante o tribunal nacional não é possível. Em princípio, o processo tem que passar por todas as instâncias — incluindo o Tribunal Constitucional ⁽⁴³⁾ — até chegar ao *TEDH*, e só depois poderá obter, se for caso disso, uma decisão conforme com a CEDH, proferida por um tribunal distrital (*Instanzgericht*) ⁽⁴⁴⁾ através de um procedimento de revisão de sentença, nos termos do § 359, n.º 6, do Código de Processo Penal alemão (*Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens*) ⁽⁴⁵⁾. As consequências deste tipo de tramitação revelam-se à evidência na disputa sobre a administração forçada de eméticos: até o *TEDH* decidir a favor de *Jalloh*, morreram dois homens (em Bremen e em Hamburgo), em virtude de a polícia continuar a proceder à administração coactiva do xarope mexicano com a finalidade de encontrar pacotinhos de droga que se suspeitava terem sido engolidos. E entre o reconhecimento do direito de acesso aos autos por parte da defesa de arguidos presos (no caso *Lamy contra Bélgica*) e a efectiva execução desse direito na Alemanha passou mais de uma década — os recorrentes alemães não só tinham já sido condenados, como também haviam já cumprido as suas penas.

Mas se a pergunta for feita num plano global, a partir de uma perspectiva panorâmica da defesa em processo penal, os benefícios de

⁽⁴³⁾ Relativamente à eficácia jurídica das decisões do *TEDH* nos termos do art. 46 par. 1 da CEDH e ao “dever de consideração” das mesmas pelo sistema jurídico germânico, o Tribunal Constitucional alemão, no caso *Görgülü* (2004), salientou o dever do Estado condenado de executar as decisões do *TEDH* por intermédio das suas instituições nacionais e, da mesma forma, de ter em atenção as decisões proferidas contra os outros Estados: Tribunal Constitucional alemão, Acórdão de 14.10.2004 — 2 BvR 1481/04. *NJW* 2004, p. 3407 (3408) = *StV* 2005, p. 307; EISELE, “Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts”, *JR* 2004, p. 14; ESSER (nota 8), nm. 276 ss.; PETERS, “Wie wichtig ist Strassburg?”, *Betrifft Justiz* 2007, p. 110 s.

⁽⁴⁴⁾ *Vd.* o § 140a da Lei da organização judiciária alemã, de 12 de setembro de 1950 (*Gerichtsverfassungsgesetz* — GVG).

⁽⁴⁵⁾ ESSER (nota 11), p. 871 fala, a este propósito, de uma “situação paradoxal”.

longo prazo trazidos pela Europa apresentam-se de outra forma. Nas últimas décadas, o *TEDH* foi desenvolvendo uma casuística diferenciada e, desse modo, foi densificando as garantias da defesa em processo penal estabelecidas na Convenção. Os tribunais nacionais começaram lentamente a compreender e a registar os esclarecimentos do Tribunal de Estrasburgo — em muitos aspectos intencionados para além da decisão do caso concreto —, bem como as condenações dos Estados em casos individuais ⁽⁴⁶⁾. Vista como um todo, a deslocação a Estrasburgo segue, assim, no campo de tensão entre a justiça do caso individual e o desenvolvimento de um procedimento padrão europeu, o caminho de uma altruística “guerra de guerrilha”: institucionalmente mais fracos do que o lado da perseguição penal, os defensores golpeiam o adversário num processo individual com uma “picada de agulha”, recorrendo aos padrões internacionais. Esperam ter sucesso a longo prazo, mas, para isso, precisam de quase instrumentalizar o processo em causa.

No entanto, tudo ponderado, os benefícios trazidos pela CEDH não podem ser subestimados. A jurisprudência de Estrasburgo corrige, com os seus padrões, os diversos sistemas jurídicos nacionais europeus e, tendo em atenção as diferenças existentes entre as várias regulamentações do processo penal, não se trata de uma tarefa fácil.

Os juízes do Tribunal foram obtendo um respeito generalizado, porque se exprimem com clareza em relação à interpretação de determinadas garantias da CEDH e, com isso, fornecem um sistema de referência europeu, que pode ser recebido e posteriormente desenvolvido nos Estados-Partes. Ao mesmo tempo, porém, actuam com contenção, que se legitima na “*margin of appreciation*” dos Estados ⁽⁴⁷⁾ e, especi-

⁽⁴⁶⁾ *Vd.* Supremo Tribunal Federal alemão, Acórdão de 25.07.2000 — 1 StR 169/00 (BGHSt 46, 93), *StV* 2000, p. 593; Supremo Tribunal Federal alemão, Acórdão de 29.11.2006 — 1 StR 493/06 (BGHSt 51, 150), *StV* 2007, p. 66; genericamente sobre estes desenvolvimentos: POLAKIEWICZ, “Durchsetzung von EMRK-Standards mit Hilfe des EU-Rechts? / Chancen und Risiken erläutert am Beispiel der Verfahrensgarantien in Strafverfahren”, *EuGRZ* 2010, p. 12.

⁽⁴⁷⁾ Em pormenor, PETERS (nota 27), p. 265 ss., com outras referências.

ficamente no âmbito do direito processual penal, na figura da “apreciação global da justiça do processo”, a qual permite, através de uma análise transversal, sanar a violação *prima facie* de um direito convencional individual ⁽⁴⁸⁾. Por outro lado, os juízes de Estrasburgo deixam a correcção de longo prazo do processo penal aos cuidados dos ordenamentos jurídicos nacionais e abrem assim diversos caminhos para uma recepção individual da CEDH em cada ordem jurídica. Simultaneamente, a jurisprudência do *TEDH* revela uma dimensão comum europeia, amiga da defesa em processo penal ⁽⁴⁹⁾. Isso é suficiente para justificar expectativas positivas das advogadas e advogados de defesa em relação a Estrasburgo ⁽⁵⁰⁾.

II. O direito da UE e a jurisprudência do *TJUE*

Bem diferentes são as expectativas em relação a Bruxelas e Luxemburgo: os advogados de defesa não esperam nada de bom do direito da UE. Apesar disso, este direito europeu também beneficia a defesa em processo penal, como o mostram três exemplos.

1. A não punibilidade resultante das liberdades fundamentais

O direito comunitário é evidentemente útil para a defesa em processo penal quando neutraliza normas incriminadoras nacionais ⁽⁵¹⁾. Quem exerce *legalmente* uma liberdade fundamental europeia permanece impune, mesmo se, ao fazê-lo, violar o direito penal nacional ⁽⁵²⁾,

⁽⁴⁸⁾ Favorável, POLAKIEWICZ (nota 46), p. 13; crítico, GAEDE (nota 12), p. 807 ss.; ID. (nota 27), p. 292.

⁽⁴⁹⁾ V. ESSER (nota 11), p. 873; SIEBER, “Die Zukunft des Europäischen Strafrechts — Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems”, *ZStW* 121 (2009), p. 8; WEIGEND (nota 3), p. 63.

⁽⁵⁰⁾ ESSER (nota 11), p. 874.

⁽⁵¹⁾ Fundamental sobre a prioridade aplicativa do direito comunitário: *TJUE*, Acórdão de 15.07.1964, Rs. 6/64 — *Costa contra E. N. E. L.*

⁽⁵²⁾ SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*. 2009, § 8 nm. 88; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2007, § 9 nm. 24 s., p. 33 ss., 36 ss.

porque o direito do Estado-Membro é subordinado ao direito comunitário. Esta é a base onde se funda a jurisprudência protectora do *TJUE* desde o início da comunidade económica e da união aduaneira ⁽⁵³⁾. Tão-pouco deve o direito penal criar fronteiras artificiais numa Europa integrada. Adoptando este ponto de partida, podem desenvolver-se vários conceitos de defesa, visto que por vezes se questiona, em contextos completamente diferentes, se a perseguição penal nacional não deveria ser sujeita a um padrão europeu ⁽⁵⁴⁾. Foi nesse sentido que, na decisão publicada no primeiro ano de edição da *Strafverteidiger* há 30 anos ⁽⁵⁵⁾, o *TJUE* proibiu às autoridades alemãs “lançar tributos sobre estupefacientes contrabandeados e destruídos após a sua descoberta” na união aduaneira ⁽⁵⁶⁾.

2. O art. 54 da CAAS

O segundo exemplo da utilidade do direito da UE para a defesa encontra-se nos arts. 54 e ss. da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS) ⁽⁵⁷⁾. Como é sabido, estas normas estabelecem uma proibição de dupla punição em todo o espaço Schengen: “Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção

⁽⁵³⁾ *TJUE*, Acórdão de 07.02.1979, 136/78 — *Auer* = Col. 1979, 437 (449 ss., nm. 19 ss.); *vd.* FOLZ, “Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht — ein Blick über den Zaun”, *ZIS* 2009, p. 427; HARATSCH, “Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und Gemeinschaftsgerichte aus mitgliedstaatlicher Sicht”, *EuR* 2008, p. 81; JUNG, “Strafverteidigung in Europa”, *StV* 1990, p. 511.

⁽⁵⁴⁾ Porém, poucos advogados de defesa têm aproveitado este “benefício colateral” da legislação europeia.

⁽⁵⁵⁾ *TJUE*, Acórdão de 05.02.1981 — 50/80, *StV* 1981, p. 274.

⁽⁵⁶⁾ No entanto, o *TJUE* não deixou de reconhecer, em *obiter dictum*, que os Estados-Membros são livres de “perseguir penalmente as infrações penais cometidas e impor todas as consequências jurídicas previstas pelo direito penal”.

⁽⁵⁷⁾ Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 19.06.1990, BGBl. II 1993, p. 1013, 1904, 1994, Parte II, p. 631.

judicial intentada por uma outra Parte Contratante (...)”⁽⁵⁸⁾. O art. 54 da CAAS permitiu um rápido desenvolvimento da extinção transfronteiriça da acção penal em razão da incidência do princípio *ne bis in idem*. Também aqui intervieram impulsos decisivos do TJUE, apesar de só excepcionalmente ter actuado como tribunal arbitral no âmbito do terceiro pilar da UE. O Tribunal do Luxemburgo decidiu num sentido coerentemente europeu⁽⁵⁹⁾, tendo divergido dos acórdãos dos Tribunais dos Estados-Membros que limitavam a proibição de dupla punição a uma *condenação judicial*. Na verdade, toda a decisão tomada pela autoridade competente de um Estado-membro e transitada em julgado desencadeará a extinção da acção penal em todo o espaço Schengen, desde que conheça do mérito da causa⁽⁶⁰⁾. Por isso, a acção

⁽⁵⁸⁾ Além disso, a extinção da acção penal ocorre sob a condição de que, “em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida”. Para os efeitos do art. 54 da CAAS, a sanção aplicada por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro contratante deve considerar-se “cumprida” quando o acusado tenha sido condenado numa pena de prisão suspensa em conformidade com o direito do referido Estado; TJUE, Acórdão de 18.07.2007, C-288/05 — *Kretzinger*; em pormenor: LAGODNY, “Teileuropäisches ‘ne bis in idem’ durch Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)”, *NSiZ* 1997, p. 265; SCHOMBURG, “Strafsachen in der europäische Union”, *NJW* 1999, p. 540; Supremo Tribunal Federal alemão, Acórdão de 11.02.1999 — 2 ARs 51/99, *StV* 1999, p. 240; BOHNERT/LAGODNY, “Art. 54 SDÜ im Lichte der nationalen Wiederaufnahmegründe — Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 10. 6. 1999 — 4 StR 87/98”, *NSiZ* 2000, p. 636; RADTKE/BUSCH, “Transnationaler Strafklageverbrauch in der Europäischen Union — EuGH, Urt. v. 11. 2. 2003”, *NSiZ* 2003, p. 281; STEIN, “Ein Meilenstein für das europäische ‘ne bis in idem’”, *NJW* 2003, p. 1162; VOGEL/NOROUZI, “Europäisches ‘ne bis in idem’ — EuGH NJW 2003, 1173”, *JuS* 2003, p. 1059; WOHLERS, (nota 6), p. 816 ss.

⁽⁵⁹⁾ STEIN (nota 58), p. 1162.

⁽⁶⁰⁾ V. TJUE, Acórdão de 11.02.2003, C-187-01, C-385/01 — *Mellone contra Comissão*; RADTKE/BUSCH, “Transnationaler Strafklageverbrauch in der Europäischen Union — EuGH, Urt. v. 11. 2. 2003”, *NSiZ* 2003, p. 284; STEIN (nota 58), p. 1162. Por isso, no caso *Turansky*, o TJUE decidiu que o Art. 54 da CAAS não se aplica a um simples arquivamento do processo, que não envolve qualquer juízo de mérito e que permite a sua reabertura a todo o momento: TJUE, Acórdão de 22.12.2008, C-491/07, *StV* 2009, p. 169.

penal extingue-se não só com absolvições num outro Estado do espaço Schengen (*van Straaten*)⁽⁶¹⁾, mas também com acordos que encerram processos-crime (*Miraglia*)⁽⁶²⁾.

Os juízes do Luxemburgo estabeleceram também uma proibição transfronteiriça de perseguição nos casos em que, por outros motivos, os factos já não podem ser perseguidos em outro Estado do espaço Schengen — por exemplo, por o procedimento se encontrar prescrito⁽⁶³⁾.

Os defensores não tardaram em reconhecer a utilidade da extinção da acção penal em todo o espaço Schengen⁽⁶⁴⁾. Com isso, “Schengen”, que primeiro representava a expansão do poder da polícia, adquiriu um carácter “amigo” da defesa. Na verdade, um espaço de perseguição penal europeu sem um sistema institucionalizado de limitação de perseguições penais paralelas não se coadunava com as exigências do Estado de direito e com o princípio da culpa⁽⁶⁵⁾.

Além disso, o TJUE procurou dar resposta às necessidades específicas da defesa, inclusive no plano processual, e criou um procedimento de emergência para a tramitação da decisão prejudicial em matéria penal, atenuando por essa forma o problema da morosidade processual⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶¹⁾ V. TJUE, Acórdão de 28.09.2006, C-150/05 — *van Straaten contra Holanda e Itália*, nm. 54 ss., *StV* 2007, p. 57.

⁽⁶²⁾ TJUE, Acórdão de 10.03.2005, C-469/03 — *Processo-crime contra Miraglia*.

⁽⁶³⁾ TJUE, Acórdão de 28.09.2006, C-467/04 — *Processo-crime contra Gasparini*, *StV* 2007, p. 113; TJUE, Acórdão de 11.12.2008, C-297/07 — *Processo-crime contra Bourquain*.

⁽⁶⁴⁾ SOMMER, “Auswirkungen des Schengener Übereinkommens für die Strafverteidigung”, *StraFo* 1999, p. 38.

⁽⁶⁵⁾ *Vd.* a tomada de posição da Associação dos Advogados Alemães (*Deutschen Anwaltvereins — DAV*) relativamente ao Livro Verde da Comissão sobre o princípio do “ne bis in idem”: DAV, “DAV nimmt zum Grundbuch der Kommission zum Grundsatz” *ne bis in idem* “Stellung”, *EuZW* 2006, p. 325.

⁽⁶⁶⁾ Alterações ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, *JO* 24, de 29.01.2008, p. 39. Nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais — Complemento na sequência da entrada em vigor da tramitação urgente aplicável aos pedidos de decisão

3. Os direitos da defesa como expressão dos princípios gerais de direito

Em terceiro lugar, a jurisprudência do *TJUE* sobre os princípios gerais de direito beneficia a defesa penal.

Com a ajuda destes princípios de justiça não escritos, os juízes do Luxemburgo garantem o devido processo legal, a protecção jurídica e um mínimo de direitos de defesa ⁽⁶⁷⁾. Na falta de uma regra de direito europeu aplicável, os magistrados extraem os princípios (de direito europeu) dos princípios jurídicos comuns aos Estados-membros. Aquelles princípios conformam o processo das infracções ao direito da concorrência, os processos disciplinares no âmbito da UE, bem como as inspecções *in loco* efectuadas pelo Organismo Europeu de Luta Anti-fraude (OLAF) ⁽⁶⁸⁾.

Normalmente, os princípios gerais de direito garantem apenas um padrão mínimo. No entanto, os seus efeitos não devem ser subestimados, pois têm um “*status*” europeu. O acórdão *Kadi* do *TJUE* mostrou recentemente, e de maneira espectacular, o significado da sua jurisprudência para a defesa em processo penal: o Tribunal do Luxemburgo ⁽⁶⁹⁾

prejudicial relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça, *JO C 64* de 08.03.2008, p. 1.

⁽⁶⁷⁾ *Conclusões* do Advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer, de 12.10.2009, C-476/93 P = Col. 1995, I-4125 (4131, nm. 17); sobre o direito à defesa: *TJUE*, Acórdão de 16.09.2009, T-305 até 307/94, T-313 até 316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94 = Col. 1999, II-931 (II-931, nm. 246): “A garantia dos direitos de defesa representa em todos os processos que podem conduzir à aplicação de sanções — nomeadamente multas, coimas ou sanções pecuniárias compulsórias — um princípio fundamental de direito comunitário, que também deve ser observado num procedimento administrativo (...)”. Sobre os direitos processuais garantidos, em geral, JOKISCH, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren — Die Überlegungen des deutschen Strafprozessrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, dargestellt anhand ausgewählter Problemfälle*, 2000, p. 71 ss.

⁽⁶⁸⁾ GLESS/ZEITLER, “Fair Trial Rights and the European Community’s Fight against Fraud”, *ELJ* 2001, p. 219.

⁽⁶⁹⁾ Para a decisão da primeira instância, cf. *TJUE*, Acórdão de 21.09.2005, T-315/01; Acórdão de 21.09.2005, T-366/01.

declarou nulo o congelamento de fundos de supostos terroristas realizado sem controlo jurisdicional efectivo e sem direitos de defesa e, dessa forma, derrubou a prática das “smart sanctions” da UE e da ONU. Um tribunal nacional não seria capaz de fazer isto sozinho ⁽⁷⁰⁾.

4. Conclusão intermédia

Poderá afirmar-se que a legislação europeia traz benefícios à defesa em processo penal — apesar da atitude negativa generalizada relativamente a Bruxelas?

Traz — mas apenas raramente e mais em virtude do acaso. Na realidade, faltava, até agora, um código adequado de direitos da defesa no âmbito da UE ⁽⁷¹⁾. A UE sentia-se vinculada aos direitos consagrados na CEDH ⁽⁷²⁾, mas, até ao Tratado de Lisboa, faltava um ponto de partida que, de forma semelhante ao art. 6, n.º 3, als. *b*) e *c*), da CEDH, pudesse servir de quadro inicial para o desenvolvimento de um padrão de defesa europeu.

⁽⁷⁰⁾ GLESS/SCHAFFNER, “Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European Courts”, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l’espace pénal européen. The judicial control in EU cooperation in criminal matters*, 2009, p. 163-193; RACKOW, “Strafrechtsergänzende Europäische Terrorismusbekämpfung. Überlegungen aus Anlass der Entscheidung des EuGH v. 3. September 2008 in Sachen Kadi u. Al-Barakaat (C-402/05 P u. C-415/05 P)”, *StV* 2009, p. 712.

⁽⁷¹⁾ A este respeito, *vd.* BRAUM, “Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung — Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung”, *GA* 2005, p. 681; KAIAFA-GBANDI, “Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite”, in: Schünemann (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, p. 67; KLIP, “Strafrecht in der Europäischen Union”, *ZStW* 117 (2005), p. 889; LÜDERSSEN, “Wer will das bessere Europa?”, in: Schünemann (Hrsg.), *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung*, 2004, p. 49; SCHÜNEMANN, “Fortschritte und Fehlritte in der Europäisierung der Strafrechtspflege”, *GA* 2004, p. 193; VOGEL/MATT, “Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union”, *StV* 2007, p. 363.

⁽⁷²⁾ Sobre os aspectos fundamentais da vinculação da CE à CEDH (antes do Tratado de Lisboa), *vd.* GAEDE, “Nullum iudicium sine lege — Die völkerrechtliche Bindung eines gemeinschaftsrechtlichen Sonderstrafverfahrens an das Potential der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten”, *ZStW* 115 (2003), p. 845.

Em última análise, eram os advogados e advogadas de defesa que, conjuntamente com o Tribunal do Luxemburgo, mostravam, em casos mais ou menos incomuns, o potencial dos poucos “direitos europeus”, criados aliás de forma pouco sistemática pela UE. Paralelamente, especialistas da Comissão Europeia, apoiados pelo Parlamento Europeu ⁽⁷³⁾, apresentaram diferentes propostas para a adopção de um instrumento europeu, juridicamente vinculativo, com vista à regulamentação dos direitos em processo penal e, em particular, dos direitos da defesa ⁽⁷⁴⁾. Se, por um lado, as propostas ficaram bem longe daquilo que os advogados reivindicavam para o fortalecimento da defesa, em face do desenvolvimento da cooperação na perseguição penal transfronteiriça ⁽⁷⁵⁾, por outro lado mostram que existe, em princípio, disponibilidade da UE para a instituição de direitos processuais. Contudo, antes do Tratado de Lisboa ⁽⁷⁶⁾, os governos dos Estados-Membros não estavam prontos para se vincular quanto ao seu conteúdo, nem para abrir totalmente o recurso ao TJUE na área da cooperação policial e judiciária.

C. Os défices da legislação e da jurisprudência europeias

Sem direitos fundamentais europeus na área da justiça e sem uma abertura das vias de recurso, o défice de defesa na Europa integrada não pode ser compensado. Três exemplos ilustram estas dificuldades.

⁽⁷³⁾ V. SCHÜNEMANN, “Verteidigung in Europa”, *StV* 2006, p. 363.

⁽⁷⁴⁾ V. LÖÖF, “Shooting from the Hip: Proposed Minimum Rights in Criminal Proceedings throughout the EU”, *ELJ* 2006, p. 421.

⁽⁷⁵⁾ BRAUM, “Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?”, *StV* 2003, p. 576.

⁽⁷⁶⁾ Cf. a proposta de uma Decisão-quadro sobre o fortalecimento dos direitos processuais de suspeitos ou acusados em processos penais; e o *Livro Verde sobre a presunção de inocência* COM(2006) 174 e, sobre o assunto, MEYER, “Aussagefreiheit und gegenseitige Anerkennung”, *GA* 2007, p. 15; VOGEL/MATT, “Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union”, *StV* 2007, p. 206. Em sentido diferente, vd. a *Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais*, JO C 295 de 04.12.2009, p. 1.

I. Os instrumentos jurídicos da UE relativos ao direito penal e processual penal

Em primeiro lugar, muitos instrumentos da UE mostram — juntamente com uma tendência punitiva — uma latente hostilidade em relação aos advogados de defesa, ou mesmo falta de sensibilidade em relação às suas necessidades.

Exemplos disso são as directivas da UE sobre branqueamento de capitais, as quais, em certas circunstâncias, impõem também aos advogados o dever de comunicação de operações suspeitas. Estes queixaram-se, com razão, de que as exigências da UE não prestam a atenção devida à especial posição de confiança que assumem perante os seus clientes ⁽⁷⁷⁾.

II. Os serviços centrais de perseguição penal

Em segundo lugar, verifica-se que do fortalecimento unilateral da perseguição criminal resulta um enfraquecimento estrutural da defesa penal. O estabelecimento de serviços centrais que têm à sua disposição informações transfronteiriças ou coordenam medidas, como sucede hoje com a Europol e a Eurojust, e poderá ocorrer, no futuro, com um Procurador Europeu, significa um aumento do poder da perseguição penal ⁽⁷⁸⁾. Isto parece compreensível, na medida em que a

⁽⁷⁷⁾ Cf., p. ex., BRAUM (nota 75), p. 576; DONATH/MEHLE, “Anwaltliche Pflichten nach dem Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz”, *NJW* 2009, p. 650; SALDITT, “Doppelte Verteidigung im einheitlichen Raum”, *StV* 2003, p. 136; SOMMER, “Geldwäschemeldungen und Strafprozess”, *StraFo* 2005, p. 329; sobre a redução teleológica da incriminação do branqueamento de capitais em virtude do privilégio da defesa penal, GENTZIK, *Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafsrechts: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 2002, p. 181 ss. Porém, o TJUE entendeu, no Acórdão de 26.06.2007, C-305-05 — *Franz.-dt. Rechtsanwaltskammer Belgien contra Ministerrat Belgien*, que um advogado é exonerado do dever geral de comunicação assim que assuma tarefas de advogado de defesa em processo penal.

⁽⁷⁸⁾ Art. 86 do TFUE; cf. GLESS, “Police and Judicial Cooperation between the European Union Member States. Results and Prospects”, in: Fijnaut/Ouwerkerk, *The*

liberdade de circulação na Europa exige uma compensação europeia para as supostas perdas de controlo a nível nacional. No entanto, tal entendimento não leva em consideração a alteração das necessidades da defesa em processo penal numa Europa integrada. Com efeito, as actividades destes serviços não são abertas à defesa e as iniciativas para criar serviços de defesa institucionalizados, como o *Eurodefensor* ⁽⁷⁹⁾ ou o *European Criminal Law Ombudsman* ⁽⁸⁰⁾, não tiveram êxito até ao momento. Por isso, os advogados de defesa não dispõem de uma organização institucionalizada para troca de informações relevantes ⁽⁸¹⁾ nem para a coordenação da defesa em casos transfronteiriços.

No âmbito europeu, a única instituição realmente activa é a *European Criminal Bar Association*, porém mais na veste de associação europeia de advogados de defesa, executando trabalho de lóbi, do que propriamente com funções de serviço central.

III. Os instrumentos de reconhecimento mútuo

Em terceiro lugar, os novos instrumentos da UE sobre reconhecimento mútuo enfraquecem a efectividade da defesa ⁽⁸²⁾. O mandado de

Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union, 2009, p. 30 ss; KEMPF, "Der Europäische Staatsanwalt: Freier Fuchs im freien Hühnerstall?", *StV* 2003, p. 128; NÜRNBERGER, "Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft — Eine Einführung", *ZIS* 2009, p. 494; SOMMER, "Die Europäische Staatsanwaltschaft", *StV* 2003, p. 126.

⁽⁷⁹⁾ Sobre este aspecto, em pormenor, NESTLER, "Europäische Strafverteidigung bei transnationalen Strafverfahren", in: Schönemann (Hrsg.) (nota 71), p. 172 ss.; SCHÜNEMANN, "Verteidigung in Europa" *StV* 2006, p. 367 f.

⁽⁸⁰⁾ Em pormenor: MITCHELL, "Eine Entgegnung auf das Konzept des 'Eurodefensors' als Mittel zur Stärkung der Strafverteidigung in transnationalen Strafverfahren (Korreferat)", in: Schönemann (Hrsg.) (nota 71), p. 193 ss.

⁽⁸¹⁾ Por exemplo, sobre a existência de outros processos criminais contra os seus clientes na UE, sobre estratégias de defesa pan-europeias que se mostrem promissoras ou até sobre as modalidades do pedido de assistência judiciária nos Estados-Membros.

⁽⁸²⁾ *Vd.*, p. ex., SCHÜNEMANN, "Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!", *StV* 2003, p. 119; VOGEL/MATT, (nota 71), p. 206.

detenção europeu, a decisão de congelamento de bens ou de provas e o mandado europeu de obtenção de provas podem ser executados quase automaticamente em toda a UE e, assim, abrem às autoridades penais um espaço de execução europeu. No entanto, procurar-se-á em vão, tanto nas decisões-quadro adoptadas até ao momento, como nas disposições relevantes do Tratado de Lisboa, um espaço de defesa europeu correspondente.

Isso pode significar que, a longo prazo, o reconhecimento mútuo leva a um "aumento unilateral da punibilidade" ⁽⁸³⁾, pois a dupla incriminação não desempenha ali qualquer papel, ou, em última análise, importa "somente" para um aumento da eficiência à custa dos indivíduos afectados e da sua defesa ⁽⁸⁴⁾.

É inequívoco que, após a eliminação dos mecanismos de protecção tradicionais, os direitos e as necessidades da defesa não foram suficientemente tidos em consideração, através da criação de medidas de flanco ou de novas instituições, para impedir que o aumento de poder se desse apenas a favor da perseguição penal ⁽⁸⁵⁾.

A situação de desequilíbrio está patente nas práticas relativas ao mandado de detenção europeu, pois um advogado de defesa tem um poder de acção muito limitado contra o mandado de detenção no Estado de execução ⁽⁸⁶⁾: as objecções de mérito contra o mandado de detenção têm que ser alegadas no Estado de emissão e não existe um sistema de

⁽⁸³⁾ Nesse sentido, p. ex., KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, 2009, p. 305 ss.; SCHÜNEMANN, "Verteidigung in Europa", *StV* 2006, p. 361.

⁽⁸⁴⁾ V. GLESS, "Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung", *ZStW* 116 (2004), p. 353; KAJAFA-GBANDI, "Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite", in: Schönemann *StV* 2006, p. 361.

⁽⁸⁵⁾ GLESS, "Brauchen neue Vollzugsräume neue Kontrollformen? Zur Ent-Rechtlichung europäischer Strafverfolgung", *ZStW* 114 (2002), p. 638; KAJAFA-GBANDI (nota 71), p. 76.

⁽⁸⁶⁾ Em particular, os motivos da prisão (por ex., o perigo de fuga) não podem ser verificados no Estado de execução: *vd.* ASP, "Der Europäische Haftbefehl", in Schönemann (Hrsg.) (nota 71), p. 135 s., e FRÂNDE, "Zu den Haftgründen eines Europäischen Haftbefehls", in Schönemann (Hrsg.) (nota 71), p. 141 ss.

caução transfronteiriço ⁽⁸⁷⁾. E o *TJUE* também já perdeu a oportunidade de introduzir alterações neste estado de coisas ⁽⁸⁸⁾.

IV. Conclusão parcial

Em jeito de balanço, pode dizer-se que o direito da UE veio enfraquecer a defesa em processo penal, especialmente por três motivos:

1. *A defesa é confrontada com uma crescente estrutura europeia de perseguição penal, sem dispor de uma estrutura análoga adequada;*

2. *Falta uma defesa dimensionada para o âmbito europeu, que parifique o princípio do reconhecimento mútuo das decisões de execução;*

3. *A atenção dada pela UE às necessidades da defesa em processo penal é demasiado reduzida; é necessária uma integração orientada dos direitos da defesa em todos os instrumentos de perseguição penal transfronteiriça (“mainstreaming of defense rights”).*

De uma maneira geral, a Europa integrada abriu um novo espaço de execução à perseguição penal e criou um processo penal de um novo género, onde se procede a uma divisão de trabalho entre os vários países ⁽⁸⁹⁾ — mas sem incluir a defesa.

D. A estratégia após o Tratado de Lisboa

Aqueles défices devem ser corrigidos, para que a defesa possa acompanhar o ritmo da perseguição penal transfronteiriça.

⁽⁸⁷⁾ Um modelo desenvolvido com esse fim pode ver-se, p. ex., em ASP (nota 86), p. 134 s.

⁽⁸⁸⁾ *Vd. TJUE*, Acórdão de 03.05.2007, C-303-05 — *Advocaten van de Wereld = StV* 2007, p. 362.

⁽⁸⁹⁾ SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Straf-sachen*, 2006, Introdução nm. 105 ss.

O Tratado de Lisboa entrou em vigor em Dezembro de 2009, iniciando uma nova era e abrindo novas possibilidades: a Carta dos Direitos Fundamentais da UE é agora direito vigente; a estrutura de pilares da União foi abolida; o legislador europeu e o *TJUE* têm novas competências; os órgãos legislativos podem, em princípio, editar normas processuais penais por intermédio de directivas ⁽⁹⁰⁾. E, após um período de transição ⁽⁹¹⁾, o *TJUE* passará a decidir sobre a interpretação e aplicação dos Tratados na área da cooperação em matéria penal (art. 82 ss. do TFUE) ⁽⁹²⁾.

I. Reivindicação de direitos no Luxemburgo?

O que significam estas inovações para advogadas e advogados de defesa em processo penal?

1. Remedy: a execução dos direitos de defesa

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta dos Direitos Fundamentais ⁽⁹³⁾ e, por essa via, “o respeito pelos direitos da

⁽⁹⁰⁾ O Tratado de Lisboa prevê expressamente essa competência em relação aos direitos do arguido, mas já não em relação à defesa globalmente considerada: *vd.* em particular os arts. 82 e 83 do TFUE.

⁽⁹¹⁾ A disposição transitória vale por cinco anos (*vd.* art. 10 do Protocolo Nr. 36). Além disso, de acordo com os Protocolos 19 a 22, a Dinamarca, o Reino Unido e a Irlanda não participam das decisões tomadas ao abrigo do Título V do Tratado, relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça.

⁽⁹²⁾ O anterior art. 46 do TUE foi eliminado sem substituição, pelo que a competência do Tribunal de Justiça se estende basicamente a todas as disposições de ambos os Tratados (TUE/TFUE). As antigas limitações relativas à jurisdição na área da cooperação policial e judiciária em matéria penal (*vd.* a versão anterior dos arts. 35 e 46, al. b), ambos do TUE) tornaram-se, assim, obsoletas. ESSER, “EU-Strafrecht ohne EU-richterliche Kontrolle — Individualrechtsschutz durch den EuGH?”, *StRR* 2010, p. 133 ss.

⁽⁹³⁾ Art. 6, par. 1, do TUE. Sobre isto, HEGER, “Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009”, *ZIS* 2009, p. 408.

defesa”⁽⁹⁴⁾ tornaram-se vinculativos⁽⁹⁵⁾, quando: (a) *instituições, órgãos ou agências da UE actuarem na área da perseguição penal; e quando (b) os Estados-Membros implementarem e aplicarem legislação europeia nesta área*⁽⁹⁶⁾.

Tecnicamente, após o decurso do período de transição de cinco anos, estará disponível o recurso de anulação⁽⁹⁷⁾ *contra actos de instituições e agências da UE*. Assim, caso a *Europol* venha a adoptar uma medida que prejudique os direitos de defesa de um arguido⁽⁹⁸⁾, este pode impugnar a sua validade perante o *TJUE*, nos termos do art. 263 do TFUE.

Por outro lado, a defesa pode reagir contra a implementação e aplicação da legislação europeia *por autoridades nacionais* através do mecanismo do reenvio prejudicial. Assim, se determinada disposição relativa ao mandado de detenção europeu ofender o “respeito dos direitos da defesa”, permite-se — sob as condições do artigo art. 267 do TFUE — o recurso ao *TJUE*⁽⁹⁹⁾. Se a pessoa se encontrar detida, aplica-se o procedimento acelerado (art. 267, par. 4, do TFUE).

Consequentemente, o *Tribunal do Luxemburgo* controlará, futuramente, o cumprimento dos padrões de defesa no âmbito da UE e — de

⁽⁹⁴⁾ Sobre a extinção da acção penal nos termos do art. 50 da Carta (“Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei” — onde não se prevê, portanto, a exigência da execução, ainda presente no art. 54 da CAAS), *vd.* HEGER (nota 93), p. 408.

⁽⁹⁵⁾ Art. 48, par. 2, da Carta.

⁽⁹⁶⁾ Atente-se na reserva material que proíbe o *TJUE* de fiscalizar “a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro” (art. 276 do TFUE).

⁽⁹⁷⁾ Art. 263, par. 4, do TFUE.

⁽⁹⁸⁾ No futuro, a UE poderá atribuir tarefas operacionais à *Europol* (art. 88, par. 2, al. b), do TFUE). A *Europol* encontra-se obrigada ao respeito pela Carta dos Direitos Fundamentais desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, enquanto instituição da União Europeia, ficará vinculada à CEDH após a adesão.

⁽⁹⁹⁾ O direito de pedir o reenvio decorre do art. 234, par. 2, TFUE e a obrigação de proceder ao mesmo encontra-se no n.º 3 deste dispositivo.

forma mais limitada — também nos Estados-Membros. No entanto, até ao momento, o conteúdo de tais padrões não foi ainda determinado⁽¹⁰⁰⁾.

2. *Right*: qual o conteúdo *in concreto* dos direitos de defesa?

Permitirão estas vias sair da situação de desvantagem enfrentada pela defesa no âmbito europeu?

Para os advogados de defesa, abre-se de facto uma porta para um caminho cujo percurso não é todavia previsível. Em primeiro lugar, porque o conteúdo dos direitos da defesa não está expressamente determinado na Carta. Por um lado, admite-se que o *TJUE* continuará a desenvolver a sua jurisprudência sobre os princípios gerais de direito e, especialmente, sobre os direitos da defesa. Por outro lado, o Tratado de Lisboa prevê que a UE pode aderir à CEDH⁽¹⁰¹⁾. Todavia, as modalidades de tal adesão parecem pouco claras até ao momento, nomeadamente no que toca o mecanismo de funcionamento conjunto dos dois sistemas — CEDH e padrão de direitos fundamentais europeu⁽¹⁰²⁾. Por isso, é possível imaginar diferentes caminhos por intermédio dos quais se pode receber os direitos da defesa desenvolvidos no art. 6, n.º 3, als. b) e c), da CEDH, através da aplicação do art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Em segundo lugar, nem os princípios jurídicos desenvolvidos no âmbito da UE, nem as garantias da CEDH constituem base suficiente

⁽¹⁰⁰⁾ *Vd.*, p. ex., AMBOS/RACKOW, “Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht”, *ZIS* 2009, p. 400.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 6, par. 2, do TUE.

⁽¹⁰²⁾ As dúvidas dizem respeito não só ao procedimento, como também à questão material de saber se o *TEDH* vai renunciar à sua doutrina da “equivalent protection”, segundo a qual se presume que a CEDH não será ofendida enquanto a UE garantir direitos fundamentais pelo menos equivalentes. Essa presunção pode e deve ser refutada em casos individuais, nomeadamente quando a protecção dos direitos assegurados pela CEDH for “claramente insuficiente”: *TEDH*, Acórdão de 30.06.2005, Az.: 45 036/98 — *Bósforo contra Irlanda*, *NJW* 2006, p. 197.

para um código europeu global sobre a defesa em processo penal. Com efeito, a CEDH não foi concebida como um abrangente conjunto de regras de processo penal ou de defesa penal, mas sim para proteger uns poucos, embora essenciais, direitos humanos e fundamentais. O Tribunal de Estrasburgo elaborou um pacote considerável de direitos da defesa, mas sempre como correcção de casos individuais em ordenamentos processuais muito diversos. Diferentemente do que tem ocorrido em Estrasburgo, no Luxemburgo deve-se lutar futuramente, não por uma correcção pontual dos sistemas nacionais através de um padrão europeu, mas sim por um genuíno direito de defesa europeu. A tática de guerrilha talvez se mostre apropriada para derrubar um sistema, mas não para criar outro em sua substituição. Não compete aos advogados e advogadas de defesa reivindicar primeiramente o “respeito dos direitos da defesa” em casos individuais, para depois poder trabalhar sobre essa base. Além disso, o TJUE dificilmente seria capaz de eliminar o actual desequilíbrio entre perseguição e defesa recorrendo apenas à cláusula constante do art. 48 da Carta dos Direitos Fundamentais.

II. A responsabilidade do legislador europeu

Na verdade, é da responsabilidade natural do legislador europeu ponderar liberdade e segurança sob formas jurídicas de protecção. Uma defesa penal efectiva deveria não apenas ser garantida em casos individuais, mas sim constituir a precursora da política criminal europeia⁽¹⁰³⁾.

Teoricamente, o legislador sempre teve consciência dessa responsabilidade⁽¹⁰⁴⁾. Falta somente — até agora — a implementação vinculativa na prática jurídica. O “Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais”, de Novembro

⁽¹⁰³⁾ *Vd. supra*, nota 90; em pormenor, KLIP (nota 83), p. 214 ss.; e VOGEL/MATT (nota 71), p. 207.

⁽¹⁰⁴⁾ *Cf.*, p. ex., as Conclusões de Tampere, nm. 37; Conclusões da Presidência — Bruxelas, 4/5 de Novembro de 2004. Anexo I: Programa da Haia: Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia, tópico 3.3.1; Resolução do Conselho (nota 76), nm. 8 ss.

de 2009⁽¹⁰⁵⁾, levantou de novo a questão e identifica pontos específicos que futuramente poderiam ser regulamentados por uma directiva da UE. Os direitos mínimos que se encontram por lá arbitrariamente agrupados (por exemplo, o direito à interpretação⁽¹⁰⁶⁾ ou à informação sobre “direitos elementares”) deixam pouca esperança relativamente a uma regulamentação adequada da defesa penal no âmbito da UE⁽¹⁰⁷⁾ — e reforçam a desconfiança da Alemanha perante o estilo “caldeirada de Bruxelas”⁽¹⁰⁸⁾.

Além disso, não é clara a legitimação de que as normas processuais penais europeias deveriam revestir-se — independentemente de se mostrarem mais ou menos amigas da defesa do que as normas homólogas existentes nos ordenamentos nacionais⁽¹⁰⁹⁾. Uma alusão a este problema encontra-se no acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre o Tratado de Lisboa⁽¹¹⁰⁾: as condições processuais penais sob as quais se

⁽¹⁰⁵⁾ Resolução do Conselho (nota 76), p. 1.

⁽¹⁰⁶⁾ A este respeito, *vd.* p. ex.: Iniciativa do Reino da Bélgica, da República Federal da Alemanha, da República da Estónia, do Reino da Espanha, da República Francesa, da República Italiana, do Grão-Ducado do Luxemburgo, da República da Hungria, da República da Áustria, da República Portuguesa, da Roménia, da República da Finlândia e do Reino da Suécia, tendo em vista a adopção da Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos à interpretação e à tradução no âmbito do processo penal, JO C 69 de 18.03.2010, p. 1.

⁽¹⁰⁷⁾ BRAUM (nota 73), p. 580; SCHÜNEMANN, “Fortschritte und Fehlritte in der Europäisierung der Strafrechtspflege”, GA 2004, p. 193.

⁽¹⁰⁸⁾ *Vd.* a avaliação de entrevistas com profissionais por WAHL, “The perception of the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in Germany”, in: Vernimmen-Van Tiggelen/Surano/Weyembergh (Eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, 2009, p. 115 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ BRAUM (nota 73), p. 578.

⁽¹¹⁰⁾ Tribunal Constitucional alemão, Acórdão de 30.06.2009 (BVerfGE 123; 267), nm. 358: “Porque as normas de direito penal e de processo penal tocam de forma particularmente sensível a autodeterminação democrática, as bases da competência para legislar nessa matéria previstas pelos Tratados devem ser objecto de uma interpretação estrita — nunca extensiva — e a sua utilização requer uma justificação especial (...)”; *vd.* a este respeito BÖSE, “Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts”, ZIS 2010, p. 85.

alcança uma decisão condenatória têm que se legitimar através de um procedimento deliberativo social ⁽¹¹¹⁾ e as disposições europeias também necessitam de um debate político-jurídico e de uma legitimação democrática ⁽¹¹²⁾. Se se for da opinião de que uma tal legitimação não existe actualmente, de modo suficiente, no âmbito da UE, o caminho parece estar fechado ao legislador europeu. Quem acreditar, porém, que após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, por força do art. 82, par. 2, do TFUE, existe uma competência legislativa suficientemente legítima, não deveria aqui bastar-se — diferentemente do Tribunal Constitucional alemão — com a reivindicação de uma utilização restritiva da competência legislativa. A Alemanha não tem que apenas perder com a Europa. Perante o desenvolvimento da perseguição penal transfronteiriça ⁽¹¹³⁾, parece urgente uma regulamentação visionária para desenvolver uma defesa penal de dimensão europeia, que tem que ser mais do que a soma de pequenos contributos das componentes nacionais. Tal regulamentação não pode ser uma “caldeirada” nivelada por baixo, antes deve constituir a base jurídico-processual de uma defesa que se encontre em igualdade de condições com a perseguição penal transfronteiriça ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹¹⁾ Tribunal Constitucional alemão, *ibidem*, nm. 358, 353: “A administração da justiça penal — tanto no que diz respeito aos pressupostos da punição, como às representações de um processo penal justo e adequado — depende de pré-compreensões culturais, historicamente segregadas e linguisticamente determinadas, bem como das alternativas que se formam no procedimento deliberativo (...)”, com referência a WEIGEND, “Strafrecht durch internationale Vereinbarungen — Verlust an nationaler Strafrechtskultur?”, *ZStW* 1993, p. 785.

⁽¹¹²⁾ Tribunal Constitucional alemão, Acórdão de 19.06.1979 (BVerfGE 51, 324, p. 343).

⁽¹¹³⁾ No entanto, se o Tribunal Constitucional alemão reconhece, no essencial, a luta comum contra a criminalidade transnacional por intermédio da cooperação internacional e da aproximação do direito processual penal, tem que reconhecer também a necessidade de uma defesa europeia: *vd.* Tribunal Constitucional alemão, Acórdão de 30.06.2009, 2 BvR 1010/2008, nm. 358 f.; no mesmo sentido, BÖSE (n. 110), p. 85; em sentido contrário, KUBICIEL, “Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht”, *GA* 2010, p. 36 (42).

⁽¹¹⁴⁾ *Vd.* também a resolução final da Associação Alemã de Advogados: Abschlussresolution des DAV zum Forum “Grundrechte in Strafverfahren in Europa“

Esse novo conceito de uma defesa em processo penal de dimensão europeia deve abranger necessariamente três elementos:

1. *Uma cooperação transfronteiriça de advogados e advogadas de defesa que, independentemente de um processo individual, permita a troca de informações relevantes de forma institucional, através de um serviço central, bem como a coordenação internacional de processos;*

2. *Direitos processuais e de defesa europeus, que possibilitem em cada fase uma defesa penal eficiente no espaço jurídico europeu. Para tanto, é necessário levar em consideração não só a natureza transnacional dos instrumentos europeus, mas também as suas peculiaridades. Por exemplo: em processos onde se aplica um instrumento de reconhecimento mútuo, é necessária uma dupla nomeação de defensor, no Estado de emissão e no Estado de execução, desde o início do processo preliminar (Vorverfahren) ⁽¹¹⁵⁾. Nesses casos, os direitos do acusado e os fundamentos do recurso contra a decisão de privação da liberdade têm que ser uniformes, e o direito de consultar os autos tem que ser dotado de eficácia transfronteiriça.*

3. *Para além de melhorias formais, são também necessárias medidas compensatórias, para que as pessoas afectadas pela execução de decisões no espaço europeu possam confiar na sua defesa. Confrontadas com um ordenamento jurídico estrangeiro, com um outro idioma, com um código de conduta desconhecido, etc., as pessoas precisam de encontrar a segurança emocional que lhes possibilite uma defesa eficaz.*

de 16.09.2006, em Frankfurt/Oder; MEHLE, *Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren*, 2005, p. 376 ss.; MADIGNIER, “Verteidigungsrechte im Grünbuch aus französischer Sicht”, *StV* 2003, p. 131; BENDLER, “Verteidigungsrechte im Konzept des vergemeinschafteten Ermittlungsverfahrens unter Führung der Europäischen Staatsanwaltschaft am Beispiel des Beweisrechts”, *StV* 2003, p. 133; POLAKIEWICZ (nota 46), p. 13.

⁽¹¹⁵⁾ SALDITT (nota 77), p. 137.

E. Conclusão

A Europa tornou-se numa realidade jurídica — e, no entanto, permaneceu um desafio ao qual a defesa penal não pode nem deve esquivar-se.

As advogadas e os advogados de defesa têm muito que agradecer à CEDH: a correcção de deficiências nos respectivos sistemas nacionais e, sobretudo, a ideia e a experiência de que um padrão europeu comum é possível e nem sempre é pior do que o sistema alemão.

Contudo, na Europa integrada da UE, as advogadas e os advogados necessitam de outra coisa: não de regras nacionais sobre defesa em processo penal pontualmente corrigidas pelo direito da UE, mas sim de uma defesa estabelecida a nível nacional sujeita à orientação da UE. Só desse modo ela poderá contrabalançar eficazmente, a longo prazo, a perseguição penal transnacional.

O maior desafio é desenvolver tal visão e implementá-la, porque a Europa se confronta com uma defesa em processo penal sujeita a regimes jurídicos diferentes e sobrepostos, onde se exprimem plúrimas iniciativas de diversos grupos de interesses. A Europa não só fala a duas vozes, o *TEDH* e a UE ⁽¹¹⁶⁾, como também fala em todo o lado, com diversos tons, através de canais diferentes, de forma confusa e em demasia. Mas a defesa já compreendeu o desafio e não deixará de lembrar, mais cedo ou mais tarde, aquilo que é bem conhecido e comprovado: um processo penal justo com uma defesa eficaz precisa de mecanismos de protecção, precisa de uma previsibilidade com um alcance europeu e de fiabilidade das regras, para assim garantir a igualdade de armas com a perseguição penal ⁽¹¹⁷⁾. A Europa permanece um desafio. É isso que a faz tão fascinante.

Na mitologia grega, a história que começa com a confusão de Zeus termina com um ordenamento legal. Diz a lenda que um filho de Europa (e de Zeus), Radamanto, elaborou um excelente código de leis, que deu segurança jurídica aos cretenses e, depois, a outros povos.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. WEIGEND (nota 3), p. 63 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. HEGER (nota 93), p. 408.