

**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 ¹**

JORGE COSTA

O artigo constitui um contributo para o debate sobre a *Decisão Europeia de Controlo Judicial* (Decisão Quadro 2009/829/JAI, do Conselho, de 23 de Outubro de 2009), tendo presente que este regime terá de ser transposto para o ordenamento jurídico português, oferecendo aos profissionais uma nova ferramenta no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, no contexto da União Europeia, e, simultaneamente, beneficiando os cidadãos com as novas soluções.

O autor começa por descrever a presidência portuguesa do Grupo de Trabalho de Cooperação Judiciária em Matéria Penal (2.º semestre de 2007), nas suas linhas gerais de orientação e prioridades. Na segunda parte do artigo, é ensaiada uma análise do articulado da *DECJ*, oferecendo subsídios para uma melhor interpretação do quadro jurídico “europeu” e, assim, também contribuir para uma futura elaboração da norma interna que Portugal terá de adoptar.

SUMÁRIO: 1. Introdução. A Presidência Portuguesa do Grupo de Trabalho de Cooperação Judiciária em Matéria Penal. 1.1. Linhas gerais de orientação. 1.2. Prioridades. a) A Decisão Quadro sobre o reconhecimento e vigilância de penas suspensas, liberdade condicional e condenações condicionais. b) A Decisão Quadro sobre a Decisão Europeia de Controlo Judicial. c) Princípios de suporte à acção da Presidência. 2. 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: análise do conteúdo. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO: A PRESIDÊNCIA PORTUGUESA DO GRUPO DE TRABALHO DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ²

1.1. Linhas gerais de orientação

No 2.º semestre de 2007, durante a presidência portuguesa do Conselho da União Europeia (*doravante PPUE*), presidi ao Grupo de Trabalho intitulado

¹ Decisão Quadro publicada no JO, L, 294, de 11.11.09.

² Em todo o ponto n.º 1 segue-se de perto a descrição feita no nosso “União Europeia — grupo de trabalho de cooperação judiciária em matéria pena: breve excuro sobre a agenda da presidência portuguesa (Julho-Dezembro de 2007)”, in *Revista do CEJ*, 2.º semestre 2007/Numero 7.

“Cooperação Judiciária em Matéria Penal”, (*COPEN*), orientando os trabalhos em função de uma agenda definida segundo uma estratégia articulada entre as instâncias do Conselho, por um lado, e o Ministério da Justiça português, por outro. Com o intuito de contribuir para a história da elaboração do instrumento jurídico da UE de que nos vamos ocupar julgo útil abordar o seu percurso no contexto da PPUE (embora essa história não tenha começado nem terminado com a PPUE).

A primeira linha de orientação da agenda do COPEN resultava da utilidade em dar continuidade ao Programa do *Trio de Presidências* (Alemanha, Portugal e Eslovénia), entre Janeiro de 2007 e Junho de 2008. Assim, a proposta de *Decisão Quadro relativa ao reconhecimento mútuo e vigilância de penas suspensas, sanções alternativas e condenações condicionais*³ (doravante **Probation**) teria uma atenção especial, por constar daquele Programa, por ser objecto de discussão na Presidência alemã e, por fim, atentos os seus objectivos. Com essa DQ visava-se criar um regime jurídico comum que permitisse potenciar uma melhor reinserção de pessoas que, tendo sido condenadas num Estado Membro em pena de prisão, com execução suspensa, ou libertadas condicionalmente, regressam ao EM de nacionalidade ou de residência, onde encontrarão um ambiente social, familiar e económico indutor de uma melhor reinserção social. Pretendia-se, também, contribuir para a protecção das vítimas e proporcionar aos Tribunais mecanismos que permitam o cumprimento, num outro EM, de medidas não privativas da liberdade associadas à pena suspensa ou à liberdade condicional, factor que poderá facilitar a opção por sanções não privativas de liberdade quanto a “condenados estrangeiros”⁴. Deste modo contribui-se, também, para uma melhor administração da justiça penal no âmbito do espaço judiciário europeu.

A par deste, um outro projecto mereceu relevância: a iniciativa apresentada pela Comissão sobre a **Decisão Europeia de Controlo Judicial** (adiante referida por **DECJ**). Com efeito, a necessidade de diminuição da prisão preventiva no âmbito de todo o Espaço da União Europeia (seja porque importa salvaguardar o princípio da presunção de inocência seja porque a população prisional é cada vez mais um oneroso factor na área da administração da justiça) levou a considerar a possibilidade de realizar uma reflexão política sobre a matéria nas e pelas instâncias da União⁵. Em função dos resultados desse debate político se tomariam as decisões pertinentes.

³ Esta Decisão Quadro foi entretanto aprovada sob o título “*Decisão Quadro 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*”, in *JO*, L, 337, de 16.12.08.

⁴ Em artigo de imprensa publicado no DN de 8.2.11 se refere esta problemática.

⁵ A estratégia desdobrava-se nas seguintes etapas: *primeiro*, obter um mandato político do Conselho para reformular a iniciativa da Comissão; *segundo*, proceder à reformulação levando em conta quer os resultados do debate de orientação geral do JAI quer as respostas ao questionário sobre a matéria; *terceiro*, realizar, ainda, reuniões técnicas de análise da iniciativa reformulada. Assim, previu-se que esse debate político pudesse ocorrer no Conselho Justiça e Assuntos Internos (doravante JAI) de Setembro de 2007 (antecedido por um debate no Comité do Artigo Trinta e Seis (doravante designado por CATS) prévio ao JAI).

A Presidência alemã, apesar de ter um portefólio de diferentes matérias em cima da mesa ⁶ optara, fundamentalmente, por discutir dois projectos: a *Decisão Quadro relativa ao intercâmbio de extractos de registo criminal e a Decisão Quadro Probation*. Quanto à *DECJ*, muito embora tivesse realizado uma reunião do COPEN para discutir essa matéria, perante a posição de algum cepticismo manifestado, decidiu elaborar e circular um questionário para avaliar da vontade política em dar continuidade a tal projecto.

Estando a **DQ Probation** vocacionada para uma aplicação na fase pós julgamento e tendo a **DECJ** fundamentalmente aplicação na fase prévia ao julgamento (sobretudo na fase de investigação criminal), fazia todo o sentido traçar como objectivo a adopção simultânea destes dois instrumentos legislativos. Esse objectivo era suportado em diversas variáveis: (i) *variável institucional* relativa ao cumprimento do Programa de Medidas ⁷ e do Programa de Haia ⁸, nomeadamente quanto à adopção de medidas em ambas as fases do processo criminal; (ii) *variável funcional*, como resposta à necessidade de tornar mais eficiente a administração da justiça penal, quando esta tem interfaces transnacionais; (iii) e *variável estatutário-processual*, relativa aos direitos das pessoas no âmbito de um processo penal: se era pertinente adoptar medidas na fase pós julgamento ⁹ justificava-se, de igual modo, a adopção de medidas “favoráveis” ao cidadão e aplicáveis na fase da investigação, dada a efectiva consideração que o princípio da presunção de inocência deve merecer, reclamando, designadamente, medidas não privativas da liberdade.

1.2. Prioridades

a) A iniciativa sobre a DQ relativa ao reconhecimento e vigilância de penas suspensas, sanções alternativas e condenações condicionais

A proposta de *DQ sobre reconhecimento e vigilância de penas suspensas, sanções alternativas e condenações condicionais (Probation)* corresponde a uma iniciativa conjunta da Alemanha e da França visando facilitar a cooperação entre os Estados Membros, na fase pós sentencial, ultrapassando dificuldades que a Convenção do Conselho da Europa, de 21 de Março de 1983, e o seu Protocolo colocam a essa cooperação, tendo como *objectivos: promover* a reabilitação social das pessoas condenadas, nos casos em que estas pretendam regressar ou tenham regressado ao seu Estado de residência legal

⁶ DECJ, Decisão Quadro sobre reconhecimento e vigilância de penas suspensas, Decisão Quadro relativa ao registo criminal, Abordagem horizontal para certas categorias de infracções, etc.

⁷ Publicado no JO, C, de 12.1.01.

⁸ Publicado no JO, C, 53, de 3.3.05.

⁹ Recordo a Decisão Quadro sobre o reconhecimento mútuo de sentenças impondo penas privativas de liberdade e a discussão sobre a Decisão Quadro Probation.

e habitual e onde este EM vigiará as medidas não privativas da liberdade impostas pelo EM de condenação; *contribuir* para a protecção das vítimas de crimes; *reforçar* a protecção da sociedade em geral e *contribuir* para a criação de condições que permitam a aplicação de medidas alternativas à prisão. A iniciativa tinha na base algumas *linhas estruturais* que importa referir:

- O novo regime terá aplicação não apenas a nacionais do EM de execução (como acontece na Convenção do Conselho da Europa), quando condenados no EM de emissão, mas também a pessoas que tenham residência legal e habitual no EM de execução;
- A iniciativa contém um conjunto de medidas não privativas da liberdade, comuns, e que o EM de execução deve obrigatoriamente vigiar;
- O mecanismo é baseado no princípio do reconhecimento mútuo (não aplicável no contexto dos instrumentos do Conselho da Europa) o que impõe que o EM de execução reconheça a decisão imposta no EM de emissão e vigie as medidas contempladas em tal decisão, salvo invocação de motivos de recusa;
- É abolido o princípio da dupla incriminação em relação a um conjunto de 32 infracções, desde que verificadas certas condições e ressalvando-se determinadas excepções;
- Os motivos de recusa seguem um padrão clássico estabelecido no contexto dos instrumentos baseados no reconhecimento mútuo (*ne bis in idem, imunidades, inimputabilidade em razão da idade, etc.*);
- Estabelece-se um mecanismo de “adaptação” da medida aplicada, quando necessário, em consonância com medidas previstas no ordenamento jurídico do EM de execução e em razão da natureza ou duração das medidas;
- Estabelecimento de regras sobre a divisão de competências entre o EM de emissão e o EM de execução, para a tomada de decisões subsequentes nos casos em que a pessoa viola as obrigações impostas (a Convenção do Conselho da Europa confere sempre essa competência ao EM de emissão...).

b) A iniciativa sobre a Decisão Europeia de Controlo Judicial

A Comissão apresentou esta iniciativa em Setembro de 2006 e a Presidência alemã dedicou uma reunião (Janeiro de 2007) do COPEN à sua discussão. Nesta, as Delegações, numa primeira abordagem, manifestaram sinais favoráveis, reconhecendo, todavia, um conjunto de aspectos práticos e de soluções técnicas que importava ultrapassar. Parte dessas críticas assentavam no seguinte:

- Necessidade de avaliação quanto à mais valia da medida;
- Tipos de crime a incluir e fase de aplicação;

- Relevância do consentimento da pessoa, designadamente para a aplicação do mecanismo de “transferência” da pessoa para o Estado do processo;
- Articulação entre este mecanismo de transferência e o Mandado de Detenção Europeu;
- A iniciativa deveria apenas dar resposta às situações em que fosse exclusivamente uma alternativa à prisão preventiva ou deveria ser também aplicável a outras medidas coercivas?

Por seu turno, as respostas ao questionário ¹⁰ já mencionado vieram reforçar a ideia de que as Delegações continuavam a comungar do objectivo fundamental da proposta: *permitir que um cidadão, sujeito a um processo criminal num Estado Membro, diferente do da sua residência habitual, possa cumprir medidas de coacção no Estado da sua residência, em função do reconhecimento e supervisão por este das medidas aplicadas pelo EM onde corre o processo criminal*. O fundamento assenta essencialmente na consideração de que se deve proporcionar ao suspeito/arguido a possibilidade de aguardar o desenrolar do processo cumprindo as medidas de coacção inserido no seu meio social, familiar, laboral e cultural habitual, e não em meio que, em princípio, lhe será adverso, como o será o do EM onde não reside habitualmente mas onde cometeu o crime. Pretendia-se, também, por esta via, alcançar outros desideratos, sufragados de igual modo pelas Delegações, tais como: *promover* a redução da aplicação de medidas de coacção detentivas (*v. g.*, a prisão preventiva) quando são suspeitos/arguidos cidadãos residentes num outro EM que não o do processo, fomentando, complementarmente, o recurso a medidas alternativas; *evitar* a discriminação dos suspeitos/arguidos no processo criminal em função da sua nacionalidade/residência e *salvaguardar* efectivamente o princípio da presunção de inocência.

Perante o cenário descrito, tendo presentes a iniciativa apresentada, o início das negociações e as dúvidas suscitadas, urgia ponderar se se justificava dar continuidade ao projecto, baseado no reconhecimento mútuo ou abandoná-lo! No âmbito do plano de preparação da PPUE, foram então aprofundados contactos com responsáveis da Comissão, do Secretariado-geral do Conselho e mesmo da Presidência alemã. Ressaltou de tais contactos a preocupação com o dossiê, tendo a Comissão manifestado significativo interesse quanto à evolução da iniciativa, apoiando uma (eventual) priorização da matéria pela Presidência Portuguesa. Por outro lado, a orientação política

¹⁰ As Delegações, nas respostas ao questionário, vieram manifestar oposição a tentativas de harmonização, nomeadamente quanto às medidas coercivas a aplicar, favorecendo antes a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo e insistindo no respeito pelas particularidades dos sistemas jurídicos. Ficava claro que se privilegiava um mecanismo que permite que uma decisão tomada pelo EM onde corre o processo seja executada no EM onde a pessoa reside habitualmente, para aí ser efectivada (cumprida e vigiada) uma certa medida coactiva como se o fora naquele primeiro EM (princípio do reconhecimento mútuo).

interna quanto à revisão do Código de Processo Penal — então em curso (2007) — apontava, para além do mais, para a criação de quadros legais tendentes à diminuição das situações legitimadoras de recurso à prisão preventiva, à potenciação de medidas alternativas às medidas privativas de liberdade e à diminuição de prazos dos inquéritos com arguidos detidos. Finalmente não poderia olvidar-se a *Recomendação do Conselho da Europa Rec (2006) 13*, apelando à restrição na aplicação da detenção provisória (prisão preventiva) a um mínimo compatível com os interesses da justiça e por razões sociais e humanitárias. Externa e internamente convergiam, portanto, linhas ideológicas e projectos políticos quanto à necessária alteração do “*status quo*” no campo das medidas de coacção no âmbito da investigação criminal. Ancorado em tal quadro, delineou-se então um “*iter*” dos trabalhos com calendário e metas a atingir no exercício da Presidência Portuguesa.

c) Princípios de suporte à acção da presidência

A mobilidade é uma das realidades mais significativas dos novos tempos e disso usufruímos no dia-a-dia da vida pessoal e profissional. Os cidadãos da UE, no exercício do direito de livre circulação, movem-se por todo o espaço comum, sem fronteiras, em função do emprego, da formação profissional, do estudo, do reagrupamento familiar ou ainda por mero lazer ou turismo.

No quadro da criação de um *Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça*¹¹, a UE tem vindo activamente a preocupar-se, por um lado, com o combate à criminalidade grave e transnacional e, por outro lado, com a necessidade de promover a (re)inserção social das pessoas condenadas e de garantir mais e melhores direitos (comuns) de defesa. O *Conselho Europeu de Tampere*¹² veio consagrar o princípio do reconhecimento mútuo como a âncora da cooperação judiciária, com isto se pretendendo afirmar a necessidade de confiança mútua entre os sistemas jurídicos e judiciários dos diferentes Estados Membros. O Programa de Medidas visando a implementação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais contém uma área relativa às medidas de controlo não privativas da liberdade, com o objectivo de “*assegurar a cooperação nos casos em que uma pessoa é submetida a obrigação ou medidas de vigilância (...) antes do julgamento*”, apelando à “*aprovação de um instrumento jurídico que permita o reconhecimento e a execução imediata das medidas de controlo, de vigilância ou de segurança*”

¹¹ O denominado Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça constituiu o novo objectivo traçado para a União Europeia, pelo Tratado de Amesterdão.

¹² O Conselho Europeu de Tampere teve lugar na Finlândia, em Outubro de 1999, reunindo os mais altos responsáveis (Chefes de Estado e do Governo) da União Europeia e teve como agenda, em exclusivo, matérias de Justiça e de Assuntos Internos (JAI). As suas cerca de cinquenta conclusões foram e continuam a ser um marco na história da cooperação judiciária no âmbito da UE mas também um marco em outras áreas como a repressão penal, os direitos fundamentais e o acesso à justiça (em casos transfronteiriços).

ordenados antes do julgamento (...)". Por sua vez, o Programa de Haia propugna que se complete "o programa global de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais, que engloba as decisões judiciais que tenham sido proferidas em todas as fases do processo penal ou que sejam, de algum modo, pertinentes para esse processo...".

É assinalável o trabalho que a UE tem vindo a fazer no âmbito da adopção de instrumentos legislativos baseados no princípio do reconhecimento mútuo, dando expressão real à importância que confere a este princípio como o vector axial para a cooperação judiciária entre os Estados Membros¹³. Instrumentos e medidas ao dispor das autoridades competentes para a realização concreta da cooperação, num mundo cada vez mais caracterizado pela mobilidade das pessoas, dos bens e dos procedimentos e também caracterizado pela mobilidade dos criminosos, que não conhecem fronteiras e se socorrem das diferenças legais para mais facilmente praticarem o crime ou se furtarem à justiça.

Porém, quando falamos de criminalidade dizemo-lo de forma ampla, abrangendo pequena, média e grande criminalidade. Criminalidade cometida voluntaria negligentemente. Na verdade, na mobilidade dos cidadãos podem ocorrer vicissitudes de âmbito criminal, sem que se possam qualificar tais vicissitudes de natureza "criminosa", *tout court*.

Em todos os Estados Membros da União Europeia a prisão preventiva é, porventura com diferentes pressupostos, uma das medidas de coacção aplicadas aos suspeitos/arguidos de forma a evitar que, fundamentalmente, fujam à acção da justiça ou que cometam novos crimes, sem prejuízo de, tendo em conta princípios como o da necessidade, adequação e proporcionalidade, poder ser aplicável outra medida, não preventiva da liberdade, desde que não se verifique, nomeadamente, o risco de fuga ou de perturbação da investigação.

Em face dos elementos constantes no processo, como, *v. g.*, o do (simples) facto de o suspeito/arguido residir num outro EM, as autoridades judiciárias competentes para a aplicação das medidas de coacção ponderarão se há um risco de este se furtar à acção de justiça, nomeadamente não comparecendo a actos investigatórios ou mesmo ao julgamento. Muito embora a residência em outro Estado não seja um critério jurídico que possa fundamentar a existência de risco de fuga, a verdade é que funciona, de facto, como um elemento que pode(rá) contribuir para a aplicação da medida de coacção mais grave (prisão preventiva ou outra medida detentiva), quando, caso o suspeito/arguido fosse um nacional, poderia eventualmente ser aplicada uma medida menos gravosa para aquele e menos onerosa para a administração da justiça. Ou seja, poderá verificar-se uma discriminação em razão da nacionalidade.

¹³ Apenas para referir alguns dos instrumentos legislativos adoptados pela União Europeia e baseados no princípio do reconhecimento mútuo, veja-se o Mandado de Detenção Europeu e a DQ sobre sanções pecuniárias.

São significativos os números de nacionais de outro EM em prisão preventiva no EM onde corre a investigação ou a fase prévia ao julgamento. Dados da Comissão apontam para alguns milhares de reclusos em situação preventiva, em toda a União (cerca de 10.000 anualmente).

Está(va) na ordem do dia a política de combate à prisão preventiva. Variadíssimas razões para aí convergem, devendo levar-se em conta que:

- O princípio da “presunção de inocência”, proclamado solenemente em todos os sistemas jurídico-penais e em Instrumentos Internacionais, deve impor o recurso a medidas privativas de liberdade apenas em situações excepcionais e graves;
- Nos casos de pequena ou média criminalidade deve potenciar-se a vivência da pessoa suspeita no seu meio natural, ainda que sujeita a medidas de controlo e vigilância;
- O(s) Estado(s) deve(m) criar as condições que evitem o recurso à prisão preventiva já que esta é — segundo doutrinas criminológicas — factor indutor de “*aprendizagem do crime*”, apelidando-se, por vezes, as prisões como “*escolas de crime*”.
- O(s) Estado(s), num quadro moderno de gestão eficiente e racional da Administração da Justiça, devem criar mecanismos substitutivos da prisão preventiva por forma a atenuar o peso dos orçamentos penitenciários.
- Medidas de coacção não detentivas podem, em princípio, ser favoráveis à promoção dos interesses da vítima, já que permitem que o suspeito/arguido possa adquirir rendimentos para reparar os danos causados.

A livre circulação de pessoas por toda a União Europeia, a mobilidade dos criminosos, as políticas de promoção de aplicação de medidas alternativas a suspeitos não residentes no EM do processo e a confiança mútua entre os Estados exigem uma acção coordenada, coerente e com uma base comum, ao nível europeu, para combater as taxas elevadas de prisão preventiva de suspeitos não residentes no EM onde está pendente o processo.

O primeiro e mais importante objectivo da iniciativa sobre a Decisão Europeia de Controlo Judicial é, como vimos, o de permitir que o suspeito/arguido possa beneficiar de uma medida de coacção não detentiva a cumprir no seu Estado de residência habitual. Pretende-se, deste modo, contribuir para a reinserção social da pessoa, reforçar o exercício, em liberdade, das obrigações processuais, considerar, numa dimensão real, a presunção de inocência, e, finalmente, garantir o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (igualdade de tratamento). Liberdades e direitos que, garantidos assim à pessoa, contribuem concomitantemente para uma mais eficiente e equitativa administração da justiça!

Neste contexto, a Presidência portuguesa definiu como prioridades a DQ Probation e a DECJ. Mas dado que neste trabalho a centralidade da análise

vai para a DECJ, omitiremos os passos relativos aos trabalhos quanto à DQ Probation.

Assim, e sobre a DECJ ¹⁴ a Presidência preparou um documento de suporte para um debate político no Conselho JAI ¹⁵, tendo preliminarmente sido objecto de uma reflexão comum em CATS ¹⁶, no dia 7 de Setembro de 2007, onde acolheu um sentimento favorável à continuidade dos trabalhos, recebendo também contributos valiosos. Nesse documento a Presidência apelava ao Conselho para dar orientações precisas aos seus grupos de trabalho, segundo dois parâmetros enquadradores dessa acção de reformulação da iniciativa:

- *O estabelecimento da Decisão Europeia de Controlo Judicial na base do princípio do reconhecimento mútuo, com respeito das especificidades dos sistemas legais penais dos Estados Membros relativamente aos critérios e condições para a emissão da DECJ, e,*
- *Garantia da coerência com outros instrumentos baseados em tal princípio estabelecendo regras flexíveis quanto ao reconhecimento e execução da DECJ.*

Tendo os Ministros, no dia 18/9/07, acordado em tais orientações, importava levar por diante a tarefa de, primeiro, reformular a proposta e seguidamente dar início às negociações no Grupo de Trabalho. A reflexão incidiu não apenas quanto às linhas mestras mas também quanto às soluções técnicas que urgia encontrar para ultrapassar as dificuldades representadas pelos EM em face da iniciativa da Comissão tentando, assim, ir ao encontro de um desejável e necessário espaço de consenso. Havia que ponderar algumas áreas problemáticas:

- a) Qual o âmbito de aplicação material: a toda a criminalidade ou apenas à criminalidade grave? Qual o significado e consequências de uma e outra opção? Poderiam funcionar os critérios do MDE? Que lugar, *v. g.*, para a aplicação do princípio da proporcionalidade? Os Ministros no Conselho foram amplamente abrangentes quanto às opções: (i) para uns deveria limitar-se à criminalidade mais grave; (ii) para outros deveria limitar-se à criminalidade média e, finalmente (iii) para outros, deveria ser aplicável a toda a criminalidade.
- b) Uma outra questão era a de definição de uma lista comum de medidas. Tendo embora presente a intenção de afastar tentativas de harmonização, ainda assim seria equacionável uma lista comum de medidas, que poderiam ser aplicadas pelo EM de emissão e obri-

¹⁴ Também, à data, conhecida por *ESO, European Supervision Order*.

¹⁵ JAI: designação do Conselho de Justiça e Assuntos Internos.

¹⁶ CATS: designação para o Comité do Artigo Trinta e Seis.

- gatoriamente reconhecidas e vigiadas pelo EM de execução? Ou deveria deixar-se à inteira liberdade do EM emissão a imposição de uma qualquer medida, reservando ao EM de execução a possibilidade de recusar essa medida? Qual a possibilidade de aplicar aqui soluções em discussão na *DQ Probation* tais como, a definição de uma lista comum, a possibilidade de aceitar outras medidas (facultativas) e usar do mecanismo de adaptação?
- c) Quanto aos motivos de recusa: tendo em conta que estes são, como alguns dizem, “sinais de desconfiança”, qual a opção, diversificar ou restringir? Atendendo à fase de aplicação da medida, seria desejável ter um elenco alargado de motivos de recusa, habituais nestes instrumentos tributários do princípio do reconhecimento mútuo, ou deveria reduzir-se esse elenco? E que motivos?
- d) Ciente da forte preocupação quanto à necessidade de regular a questão do “incumprimento” das medidas de coacção havia que ponderar como se deveria decidir e quem deveria decidir perante um eventual incumprimento da medida em fiscalização: o EM de execução, onde se verificou o incumprimento, ou o EM de emissão, enquanto titular do processo? Repartir competências? Mais uma vez era necessário ter presentes as soluções adoptadas no âmbito da *DQ Probation*.
- e) Indo ao encontro de uma das maiores preocupações, como garantir um mecanismo de transferência rápido, eficiente e sem prejudicar os direitos fundamentais, para entrega do suspeito ao Estado de emissão? Na verdade, a área mais relevante nas críticas prendia-se com a necessidade de criar um mecanismo ágil que assegurasse que, em caso de revogação da medida imposta e em caso de pedido nesse sentido pelo EM de emissão, o EM de execução garanta a entrega sem demora do suspeito. Como? Através do mecanismo do MDE, ainda que com ligeiras alterações? Ou poderia “presumir-se” um consentimento da pessoa nessa entrega, em face da sua aceitação ou pedido de transferência para o EM da sua nacionalidade ou residência?
- f) Uma outra questão a ponderar era a da dupla incriminação. Na fase prévia ao julgamento, onde não há ainda uma condenação, fará sentido que um EM (de execução) possa invocar a dupla incriminação para recusar o reconhecimento e a vigilância das medidas de coacção?

A PPUE, em consultas com a Comissão e as futuras presidências da Eslovénia (1.º semestre de 2008) e da França (2.º semestre de 2008), procedeu à reformulação da iniciativa, apresentando um texto que, muito embora se não possa afirmar como tendo um consenso total entre os intervenientes referidos, constituiu o resultado das linhas comuns sobre grande parte das áreas problemáticas já atrás enunciadas. Convirá referir ainda que esse texto

seria a base para a futura continuação dos debates, agora já sob outras Presidências. Também aqui e desde logo se tornou pertinente encontrar espaços de compromissos com as referidas futuras Presidências...E, tal como programado, foi ainda possível realizar uma reunião do Grupo de Trabalho, em Dezembro de 2007, durante a Presidência Portuguesa. Nesta, as Delegações manifestaram um acolhimento muito favorável às novas linhas de rumo plasmadas no texto reformulado.

Após a Presidência Portuguesa os trabalhos em torno deste projecto continuaram o seu rumo e a DQ foi aprovada, tendo sido publicada no *JO, L, 294, de 11.11.2009*.

Agora, cabe aos Estados Membros o dever de transpor para o seu direito interno este instrumento legislativo da EU.

2. 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 (DECISÃO EUROPEIA DE CONTROLO JUDICIAL): ANÁLISE DO CONTEÚDO

Vamos agora ensaiar a análise do articulado da DQ, com o propósito de oferecer contributos para uma melhor interpretação do quadro jurídico “europeu” e, assim, também contribuir para uma futura elaboração da normativa interna que Portugal terá de adoptar. Convirá, todavia, notar que só dentro de alguns anos, e só após a transposição legislativa, a aplicação nos tribunais e a discussão jurisprudencial, se obterá uma visão adequada deste instrumento normativo. O que se segue é, portanto, um ensaio teórico, baseado na leitura interpretativa da DQ e na experiência recolhida no início das negociações do projecto da DQ.

1. O artigo 1.º dispõe sobre o objecto desta Decisão Quadro, apontando-lhe três distintas finalidades:

- proporcionar o reconhecimento da decisão que impõe as medidas de coacção pela autoridade competente do Estado Membro de execução;
- fiscalizar as medidas impostas no e pelo Estado de execução;
- entregar a pessoa ao EM de emissão pelo EM de execução, quando aquela pessoa não cumpra as medidas impostas e o EM de emissão tenha solicitado a sua entrega.

O que se visa com esta DQ é o estabelecimento de uma regulamentação jurídica comum aos EMs que permita cooperar sem demoras e sem formalismos excessivos e com base no reconhecimento de uma decisão de um outro EM que aplique uma medida de coacção no âmbito de um processo penal, de modo a ser fiscalizada esta medida de coacção e, sendo caso disso,

a pessoa faltosa ser entregue ao EM de Emissão (isto é, onde está pendente o processo penal) sem necessidade de formalismos inúteis, muito embora devidamente enquadrada (essa entrega) no regime do Mandado de Detenção Europeu. Como veremos mais adiante, o procedimento da entrega foi discutido no âmbito de outros parâmetros, mas parâmetros esses que acabaram por não ficar consignados na DQ.

2. Com o regime instituído por esta DQ pretende-se, tal como se afirma no seu artigo 2.º, no domínio da administração da justiça penal, garantir:

- em primeiro lugar, a presença da pessoa (arguido) em actos de investigação ou de julgamento (a este propósito, veja-se a normatividade do CPP sobre a presença dos arguidos em julgamento);
- em segundo lugar visa-se a promoção de medidas não privativas de liberdade, indo-se ao encontro das actuais políticas criminais no sentido de evitar a aplicação de medidas ou penas restritivas da liberdade e da aplicação de medidas alternativas;
- em terceiro lugar, pretende-se ir de encontro, igualmente, a políticas europeias (União Europeia e Conselho da Europa) e nacionais relativamente à protecção da vítima ¹⁷.

3. No artigo 3.º salvaguardam-se as competências e responsabilidades internas quanto às matérias de protecção das vítimas, do público em geral e da garantia de segurança, com o sentido — entendemos nós — de que tais matérias poderão, eventualmente, ter de ser levadas em conta aquando dos pedidos de reconhecimento das decisões e bem assim da fiscalização das medidas.

4. O artigo 4.º contém três definições, em forma de guião para os aplicadores e intérpretes.

Assim, na definição do que se entende por “*Decisão sobre medida de controlo*” (alínea a) são elencados 5 elementos essenciais:

- (i) a decisão tem de ter natureza executória (exequível), ainda que possa eventualmente ser sujeita a recurso, como mais adiante se verá, não configurando, a nosso ver, esta expressão “*executória*” o sentido de decisão transitada em julgado;
- (ii) a decisão tem de estar inserida num processo penal, estando, assim, afastados outros processos, nomeadamente de natureza cível ou administrativa ainda que com possibilidade de aplicação de sanções (infracções de mera ordenação social);

¹⁷ A este propósito recordo que a EU discute um novo instrumento sobre a protecção das vítimas, a Ordem Europeia de Protecção, e entre nós foi recentemente publicada legislação sobre a matéria.

- (iii) a decisão tem de ser proferida por uma autoridade competente, sendo esta definida pelo direito nacional (cf. artigo 6.º) e devendo ter-se em conta os limites para a intervenção de autoridades não judiciárias para certas decisões; naturalmente, e em princípio, as autoridades competentes são judiciárias;
- (iv) a decisão tem de respeitar a pessoa singular, isto é, não pode dizer respeito a pessoas colectivas, ainda que, porventura, o âmbito do processo penal concreto as possa envolver, dado que o que está na base desta DQ é permitir a uma pessoa (singular) o seu retorno a um meio natural de inserção social, o que, naturalmente, não se passa com as pessoas colectivas;
- (v) a decisão tem de respeitar a “medida alternativa à prisão preventiva”. O que a nosso ver esta delimitação poderia significar, ao menos numa interpretação literal, é o de que só se poderia pedir cooperação nesta modalidade se a medida aplicada for em substituição da prisão preventiva. Penso que essa limitação não terá razão de ser, devendo poder aplicar-se sejam quais forem as circunstâncias em que forem tomadas as medidas. Isto é, ainda que o não sejam como “alternativa” à prisão preventiva, nomeadamente porque esta nunca poderia ser aplicada, segundo o ordenamento nacional. Logo, e salvo sempre um melhor entendimento, desde que uma das medidas elencadas na DQ seja tomada, independentemente de estar em causa o ser em “substituição” de prisão preventiva, poderá dar-se início aos procedimentos de cooperação. Torna-se assim uma cooperação mais abrangente (cf. considerando n.º 13).

Quanto à definição das medidas de controlo (alínea *b*)), estas apesar de levarem as expressões de obrigações e regras de conduta, entendem-se como subsumíveis ao âmbito genérico das medidas de coação.

5. O artigo 5.º dispõe sobre os direitos fundamentais, reconhecendo-se que a DQ não altera a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos consagrados no artigo 6.º do TUE. Significa que nas relações entre os EMs, no âmbito da cooperação baseada no regime introduzido por esta DQ, devem ser observados os direitos fundamentais tal como consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que integra o património jurídico fundamental da União e com a mesma força do Tratado, bem como os que decorrem da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de que são signatários os EM e ainda os que decorrem da acção jurisprudencial quer do TJUE quer do TEDH ¹⁸.

¹⁸ Refira-se, ainda que, sem prejuízo de estarem em curso trabalhos na UE quanto à matéria à aprovação de um catálogo de garantias processuais em processo penal, de âmbito europeu,

6. A designação das autoridades competentes no âmbito deste regime jurídico é da competência de cada um dos EM. Com isso se respeita, naturalmente, a organização interna em função de atribuições constitucionais e legais quanto às diversas autoridades judiciárias e ou administrativas. Tendo em conta o âmbito e natureza da matéria, estabelece-se um princípio geral, no n.º 1 do artigo 6.º de que estas autoridades serão judiciárias. Abre-se todavia uma excepção no n.º 2, admitindo-se a intervenção de outras autoridades, desde que internamente estas tenham competência para tomar decisões de natureza análoga às que podem ser tomadas nos termos da DQ. Foi, porém, imposta uma regra inultrapassável pelo direito interno: a decisão referida na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º (modificação das medidas de controlo) é sempre tomada por uma autoridade judiciária.

7. Como vem sendo norma nos instrumentos jurídicos da UE baseados no princípio do reconhecimento mútuo e funcionando, em regra, com base nos contactos directos entre as autoridades competentes, reserva-se à Autoridade Central um papel de (mera) assistência a tais autoridades¹⁹. Não já um papel primordial como Autoridade de recepção e de transmissão dos pedidos de cooperação — como, aliás, ainda acontece para a maioria dos pedidos no âmbito da cooperação clássica, (segundo o artigo 21.º da Lei 144/99, de 31 de Agosto). Admitem-se excepções a esta regra, em função, evidentemente, de razões internas existentes em alguns sistemas (Reino Unido, Irlanda, etc.).

8. O artigo 8.º regula os tipos de medidas às quais se aplica a DQ. Isto é, os tipos de medidas que permitem a cooperação nos termos regulamentados na DQ. Em primeiro lugar são elencadas as medidas que, obrigatoriamente, o EM de execução não pode deixar de fiscalizar, mesmo que eventualmente não tenha no seu ordenamento uma medida nos exactos termos em que esta foi aplicada no EM de emissão. Caso isso aconteça pode socorrer-se do mecanismo de adaptação, previsto no artigo 13.º As seis medidas que compõem este primeiro conjunto, obrigatório, correspondem, comumente, às medidas que acompanham as restrições de movimentos de arguidos, sujeitos a medidas cautelares ou de coação mas que estão em liberdade. Este conjunto faz parte de um patamar reconhecido por todos os EM. Porém, e para lá destas medidas, faculta-se aos EMs a indicação de outras medidas

importa também ter presente o que foi já aprovado nesse contexto relativamente a alguns desses direitos fundamentais processuais, a saber: direito à informação e direito à tradução e interpretação.

¹⁹ Atentas as limitações que um texto deste género deve conter em termos editoriais não é possível elaborar aqui sobre o enorme significado que a regra dos contactos directos tem no contexto do reforço e aprofundamento da cooperação como tem também, para além disso, em termos de significado relativamente à construção de um verdadeiro espaço judicial comum, no quadro mais vasto do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça.

que estão dispostos a reconhecer e a fiscalizar (n.º 2). Ou seja, a fim de se alargar o âmbito de aplicação da DQ permite-se que, numa base voluntária, os EM se disponibilizem a estender a cooperação a outras medidas. Claro que nestes casos uma autoridade de emissão, caso aplique uma medida fora do elenco obrigatório previsto no n.º 1, terá de, antes de enviar o pedido ao EM de execução, apurar se este informou que aceitaria estas outras medidas. Naturalmente que quanto maior a diversidade de medidas voluntária e suplementarmente indicadas pelos EM como base para aceitarem quer o reconhecimento quer a fiscalização, maior será a cooperação, o mesmo é dizer, maior o campo de oportunidades para que um cidadão possa beneficiar da possibilidade de voltar ao seu EM de residência.

9. Mas para onde podem ser enviadas as decisões tomadas no EM de emissão? Quais os critérios estabelecidos para que um EM possa enviar e outro EM deva executar uma tal decisão? Formalmente são estabelecidos dois critérios, essencialmente baseados na ligação que o cidadão em causa tenha com o EM de execução: *primeiro*, o factor de residência legal e habitual (n.º 1 do artigo 9.º); *segundo*, nos casos previstos no artigo 9.º, n.º 2. Segundo este, um EM pode ainda enviar a outro EM aquela decisão, quando preenchidos os seguintes requisitos: *(i)* desde que o interessado o requeira (o que parece afastar uma aplicação “oficiosa”); *(ii)*, se a autoridade competente do EM de execução consentir no envio dessa decisão, ainda antes de reconhecimento, naturalmente; *(iii)* e desde que existam razões para se efectuar a cooperação baseada em outros factores que não o da residência legal e habitual. Pois bem, que outros factores poderão permitir esta cooperação de base voluntária? Desde logo, as situações de frequência de estudos ou de cursos de formação profissional de média ou longa duração no EM de execução. Ou ainda o exercício de uma profissão por período que não seja suficiente para configurar uma residência legal e habitual, segundo a legislação nacional em causa. Serão os EM a estabelecer os factores que permitirão esta cooperação de base voluntária, indicando as condições que as suas autoridades competentes terão de respeitar para que aceitem essa cooperação (nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 9). Assim, no momento em que adequar internamente o seu ordenamento jurídico a esta DQ, em sede legislativa, Portugal deverá ponderar e fixar tais critérios. Tais condições, que deverão ser transmitidas ao Secretariado-Geral do Conselho, para que este as divulgue para conhecimento de todos os outros EM, poderão ser modificadas a todo o tempo, podendo assim ser eliminadas, acrescentadas ou alteradas.

10. O artigo 10.º da DQ regulamenta os procedimentos da transmissão da decisão do EM de emissão ao EM de execução. A transmissão deverá ser feita directamente entre as autoridades competentes do EM de emissão e do EM de execução, salvo, como já se referiu supra, nos casos em que algum EM tenha declarado, nos termos do artigo 7.º, que tal transmissão deva

ser feita através da Autoridade Central. Por isso, a autoridade do EM de emissão deverá, previamente, assegurar-se de que não foi feita uma tal declaração. Evidentemente, todos os demais contactos deverão ser feitos segundo a regra dos contactos directos (cf. parte final do n.º 2 do artigo 10.º). Ao enviar a decisão em causa, o expediente deverá ser acompanhado da certidão, cujo modelo se encontra em *Anexo à DQ*. Este é, aliás, o procedimento habitual nos instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo já em aplicação, como o MDE, a DQ sobre sanções pecuniárias, etc.

Importa fazer uma referência de ordem prática no que toca ao preenchimento da certidão, na medida em que a experiência entretanto já recolhida na aplicação efectiva daqueles instrumentos, sobretudo do MDE, demonstra a necessidade de um maior cuidado e rigor no correcto e completo preenchimento de tais “formulários” por parte das autoridades judiciais. A reacção de alguns EM é o de, muitas vezes, recusarem os pedidos de cooperação nos casos mais graves de erros ou omissões no preenchimento dos formulários. Ora, uma vez mais, a DQ “apela” a este rigor, ao dispor no n.º 3 deste preceito que a certidão é assinada pela autoridade que certifica a exactidão do seu conteúdo. Ora, esta certificação não pode tornar-se uma chancela rotineira, pela simples aposição de uma mera declaração de conformidade.

A transmissão do expediente deverá ser efectuada por qualquer forma escrita, seja por correio normal ou correio electrónico, que permita que os seus elementos possam ser testados de autenticidade. Alerta-se ainda para o que dispõe o artigo 24.º sobre a tradução. Ou seja, as certidões devem ser enviadas com tradução na língua do EM de execução ou para uma outra língua definida por esse EM de acordo com declaração nesse sentido oportunamente efectuada.

A certidão a enviar só poderá conter como pedido de reconhecimento e fiscalização as medidas de natureza obrigatória para todos os EM (n.º 1 do artigo 8.º), ou, sendo caso disso, alguma outra que o EM de execução se tenha vinculado a aceitar, voluntariamente, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º

A autoridade competente do EM de emissão deverá, sendo possível, informar sobre elementos relativos ao período de tempo sobre a medida aplicada.

Dado que o cidadão beneficiário desta cooperação apenas se pode deslocar para um EM de cada vez, a certidão a enviar só o poderá ser para o EM de execução onde o cidadão se encontre, não podendo enviar-se genérica e abstractamente este pedido de cooperação para todos os EM numa espécie de difusão geral!

Se uma autoridade competente tiver dificuldade para apurar qual é a autoridade competente do EM de execução pode socorrer-se de mecanismos existentes na UE de auxílio à cooperação, nomeadamente através dos pontos de contacto da Rede Judiciária Europeia, não estando excluído, embora não deva a ser a regra, o pedido de auxílio da Eurojust, sendo caso disso.

11. Entre o envio de uma certidão e o seu reconhecimento no EM de execução mediará algum lapso de tempo. A fim de não haver dúvidas sobre quem tem competência, neste íterim, quanto à fiscalização das medidas, a DQ dispõe que essa competência é da autoridade de emissão. O que pressupõe, evidentemente, que a pessoa ainda se encontre no EM de emissão. E assim acontecerá, visto que a pessoa estará, em princípio, sujeita a uma medida restritiva de liberdade na jurisdição do EM de emissão (cf. nesse sentido a parte final do n.º 1, do artigo 9.º). Por outro lado, o EM de emissão recuperará essa competência, mesmo depois de ter ocorrido o reconhecimento no EM de execução, nas condições previstas nas alíneas a) a e), do n.º 2, do artigo 11.º

12. A norma do artigo 12.º regula o procedimento de reconhecimento a ter lugar no EM de execução, estabelecendo algumas regras. Em primeiro lugar este procedimento caracteriza-se pela celeridade, devendo ter lugar o mais rápido possível e sempre no prazo de 20 dias úteis (o que significa sensivelmente um mês), a contar da recepção, pela autoridade competente. Se não recusar o reconhecimento, como mais adiante veremos, a autoridade competente do EM de execução deverá tomar de imediato todas as medidas necessárias à fiscalização das medidas de controlo, pelo que, e no caso de Portugal, a participação quer do MP quer das Polícias ou de organismos da Administração Pública (*v. g.*, a Direcção Geral de Inserção Social) é fulcral, quer porque é ao MP que cabe, internamente, a supervisão no âmbito do cumprimento de penas e medidas, ainda que medidas cautelares ou de coacção, quer porque cabe aos demais organismos um papel de assistência e de acompanhamento no terreno da fiscalização de tais medidas.

O n.º 2 contempla uma prorrogação automática do prazo, por mais 20 dias úteis, no caso de ter sido interposto recurso contra a decisão a que se refere o n.º 1. Colocam-se dúvidas quanto a saber qual é esta “decisão”, se a decisão que impõe as medidas (no Estado de emissão) se a decisão de reconhecimento (no Estado de execução). Inclino-nos para entender que esta “decisão” é a do reconhecimento. Com efeito, e ainda que no n.º 1 se refira várias vezes o termo “decisão”, com sentidos diversos, o certo é que a “decisão” referida no n.º 2 parece ser a decisão tomada no EM de execução, na medida em que a decisão tomada no EM de emissão tende a ser definitiva e executória, segundo o disposto no artigo 2.º (definições), muito embora seja a própria DQ a reconhecer que de ambas as decisões ora em apreço possa haver recurso (cf. o artigo 20.º, n.º 2, alínea b), que prevê a factualidade de recurso sobre a decisão de reconhecimento e cf. o *Anexo* o qual no seu *ponto f)*, *terceira frase*, se refere a recurso contra a decisão sobre as medidas de controlo). Por outro lado, quando no n.º 2 remete para “a decisão referida no n.º 1” não se pode olvidar que a epígrafe da norma se refere à “decisão no Estado de execução”, ou seja a decisão de reconhecimento.

Assim, também os procedimentos relativos ao recurso têm de ser tramitados segundo a regra da urgência, quer quanto aos prazos de interposição

de recurso, quer de resposta quer de conhecimento do recurso, como se de arguido detido se tratasse. De todo o modo, e antevendo naturais dificuldades com a observância dos prazos, quer quanto aos previstos no n.º 1 quer na prorrogação do n.º 2, a DQ salvaguarda que, em função de circunstâncias excepcionais, a autoridade possa não cumprir tais prazos, devendo todavia disso dar de imediato conta à autoridade de emissão, indicando as razões do incumprimento e do prazo provável em que poderá tomar uma decisão definitiva. A norma deixa em aberto o preenchimento do conceito “circunstâncias excepcionais” relegando isso para as vicissitudes processuais de cada caso e entendimento de cada autoridade competente. Não se me afigura, assim, que deva o legislador português, oportunamente, preencher legislativamente esse conceito, antes deixando essa actividade para a jurisprudência e a doutrina.

Se a certidão não estiver completa ou sofrer de qualquer irregularidade formal ainda reparável a autoridade de execução não deve recusar o seu reconhecimento, mas sim adiar esse reconhecimento, solicitar os elementos que entender e aguardar que estes sejam juntos e só depois deverá tomar a sua definitiva decisão.

13. Já nos referimos ao elenco das medidas obrigatórias e facultativas que é possível fiscalizar. Todavia, em muitos casos as medidas adoptadas pela autoridade de emissão poderão não ser exequíveis, nos seus precisos termos, pelas autoridades de execução, quer em função da natureza quer, eventualmente, de outros elementos, como por exemplo a sua duração, face a eventual incompatibilidade com a legislação nacional do EM de execução. O artigo 13.º vem prevenir tais situações e permite que se possam então adaptar tais medidas, estabelecendo todavia alguns parâmetros de adaptação:

- a adaptação deve fazer-se em termos de medidas aplicáveis no direito interno para infracções equivalentes. A DQ, uma vez mais, deixa em aberto este conceito do que sejam “infracções equivalentes” (n.º 1, primeira parte, do artigo 13.º);
- as medidas adaptadas devem corresponder às que são impostas no EM de emissão, convocando, para este efeito, um diálogo directo entre as autoridades dos dois EM envolvidos (n.º 1, segunda parte, do artigo 13.º);
- as medidas adaptadas não devem ser, por sua vez, mais severas do que as medidas iniciais (n.º 2 do artigo 13.º). Claro que a “severidade” de uma medida pode ser avaliada por diversos critérios: natureza da medida, duração da medida, etc. O que se pretende é que, na sua globalidade, a “nova” medida não imponha encargos, sacrifícios ou ónus significativamente mais onerosos para a pessoa.

Neste contexto a DQ prevê a possibilidade de a autoridade de emissão retirar a certidão, o que equivale, para todos os efeitos, a um não envio, isto é,

como se nada tivesse ocorrido em termos de cooperação. Este procedimento não deixa de ter alguma complexidade e, por isso, impõe-se alguma clarificação. No acto de avaliação da medida a fiscalizar, a autoridade de execução pode lançar mão do mecanismo de adaptação, como já vimos. Nesse caso tem uma obrigação de informação para com a autoridade de emissão, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea *f*), para lá de outras obrigações de informação constantes desse preceito. Nessa informação dará conta da “nova” medida. Se na avaliação que fizer de todos os elementos do caso, a autoridade de emissão entender que essa nova medida não vai ao encontro das necessidades do processo em sede cautelar, e caso não chegue a acordo com a autoridade de execução, tem a faculdade de retirar a certidão, de modo a obstar a que se transfira a competência para a autoridade de execução, retomando assim a sua competência, nos termos consagrados no artigo 11.º, n.º 2, alínea *b*). Todavia, se a fiscalização da medida já se iniciou então já não pode retirar a certidão, fixando-se, desse modo, a competência na autoridade de execução. De modo a que não se verifiquem zonas cinzentas, a DQ impõe que a autoridade de emissão deve tomar e comunicar a sua decisão de retirada da certidão no prazo máximo de dez dias (dias úteis, para acompanhar a lógica de contagem de prazos na DQ) a contar do momento em que recebeu a informação da autoridade de execução.

14. Uma vez mais, e como acontece nos demais instrumentos já em aplicação com base no princípio do reconhecimento mútuo, a DQ prevê a dispensa da dupla incriminação. Assim, para um conjunto de infracções, o reconhecimento pela autoridade de execução quanto à decisão tomada pela autoridade de emissão não pode deixar de ser feito ainda que, eventualmente, o ordenamento jurídico-penal do EM de execução não contemple a infracção que esteve na base da decisão. Diferentemente do que ocorre na generalidade da cooperação clássica, onde por regra se exige a dupla incriminação para que possa efectivar-se a cooperação solicitada, nesta “nova” cooperação elimina-se parcialmente esta regra, ainda que sujeita a certas condições e de forma não absoluta, mantendo-se para certas categorias de infracções não elencadas. Deste modo o artigo 14.º dispõe que se as infracções que são elencadas no seu n.º 1 forem, no EM de emissão, puníveis com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de máximo não inferior a três anos, é dispensada a dupla incriminação do facto, devendo, se outras razões não houver para recusa, ser reconhecida a decisão. A lista de infracções corresponde a um elenco clássico de 32 categorias de infracções ou áreas infraccionais, porque há casos em que não são as infracções *tout court* que estão previstas, mas áreas abrangentes ou mesmo Tratados (cf. o travessão que refere “*crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional*”). Esta é a regra. Adicionalmente, e nos termos do n.º 2, permite-se que este elenco possa sofrer modificações, quer em termos de aditamento ou alteração, por decisão do Conselho, tomada por unanimidade, após exame do relatório a que se refere o artigo 27.º Sendo esta a regra, significa que quanto às

demais infracções cada Estado pode, em sede e âmbito legislativo, determinar os critérios para o reconhecimento, quando for, naturalmente, Estado de execução, podendo impor que se verifique a regra da dupla incriminação como pressuposto para o reconhecimento (cf. n.º 3). O que lhe está vedado é que aumente, arbitraria e unilateralmente, o elenco das infracções que dispensam a dupla incriminação contrariando quer a letra quer o espírito desta DQ.

Porém, e contrariamente a alguns dos instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo, como o MDE, esta DQ contém uma norma travão, facultativa para os EM e que lhes permitirá declarar, aquando da transposição, que, por razões constitucionais, não aplicarão a regra do n.º 1 (dispensa de dupla incriminação) a alguma ou algumas das infracções do elenco desse mesmo n.º 1. Esta norma consta igualmente da *DQ sobre a Probation* e, sendo certo que nesta há uma certa razoabilidade para uma tal norma na medida em que, a certa altura, a competência para as decisões subsequentes pertencerá ao EM de execução, podendo colocar-se dificuldades nos casos em que no seu ordenamento jurídico não existe a infracção que deu cobertura à decisão tomada no EM de emissão²⁰, tal razoabilidade já se não encontra, de manifesto, nesta DQ visto que a competência para tomar decisões subsequentes pertence, sempre, à autoridade de emissão, nos termos definidos no artigo 18.º, pelo que, a autoridade de execução se não confrontará com a necessidade de ter de tomar decisões subsequentes relativamente a infracções que não conhece no seu direito interno. Dir-se-á que será melindroso para uma autoridade judiciária reconhecer uma decisão e fiscalizar uma medida relativamente a infracções que o seu sistema jurídico-penal desconhece. Mas é essa a base do princípio do reconhecimento mútuo, que, por sua vez, assenta na confiança mútua e com base nos quais temos já em plena aplicação, para além do mais, o MDE! Não se antevêm, assim, razões quer de ordem constitucional, legal ou mesmo de política criminal para que a futura legislação venha a conter a limitação referida, que não se justificará, a nosso ver. Se assim se legislasse, ter-se-ia de rever o quadro legislativo referente ao MDE e de ponderar se com isso se estaria a contribuir para o reforço e melhoria da cooperação, não só na perspectiva estadual de combate ao crime, mas também na perspectiva da protecção do cidadão beneficiário.

15. Os instrumentos que têm como pressuposto o princípio do reconhecimento mútuo estão estabelecidos sobre mecanismos de um quase reconhecimento automático, ou pelo menos, facilitado e pouco formalista. Para isso contribuem a dispensa da dupla incriminação, a regra dos contactos directos entre as autoridades (preferentemente judiciárias), a total ausência de qualquer

²⁰ A este propósito cf. o nosso “*União Europeia — grupo de trabalho de cooperação judiciária em matéria pena: breve excursão sobre a agenda da presidência portuguesa (Julho-Dezembro de 2007)*”, in *Revista do CEJ*, 2.º semestre 2007/Numero 7, pág. 294 e 295.

intervenção governamental, a dispensa do “exequatur” e, como vamos ver agora, com a definição de um conjunto restrito de motivos de recusa que uma autoridade pode invocar para não reconhecer uma decisão vinda de um outro EM. Geralmente são estabelecidos quer motivos obrigatórios quer facultativos, como, *v. g.*, no MDE. Porém, nesta DQ são apenas estabelecidos motivos facultativos, o que se conclui da literalidade do termo “*pode*” recusar, previsto no n.º 1 do artigo 15.º, e bem assim do facto de se estar ainda, geralmente, numa fase inicial do processo (investigação) que deverá alargar a possibilidade de cooperação²¹. Mas a aplicação dos motivos de recusa deve fazer-se à luz de que em princípio se deve cooperar, salvo se o reconhecimento e fiscalização forem contrários a regras ou princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Veja-se que, por exemplo, a inimputabilidade em razão da idade está consagrada nesta DQ como motivo facultativo e na DQ do MDE como motivo obrigatório. Isto significa que se um MDE for emitido e enviado para Portugal o executar e disser respeito a pessoa com menos de 16 anos a autoridade judiciária tem de obrigatoriamente recusar o reconhecimento e consequentemente não permite a entrega desse menor. Todavia, já no âmbito desta DQ a autoridade judiciária não se confronta, *ab initio*, com a obrigação de recusar, embora possa fazê-lo, em função de todos os elementos que o processo contenha, em função de um princípio de cooperação e em função ainda do que entenda ser mais benéfico para essa pessoa, dada possibilidade de as medidas serem fiscalizadas em Portugal, caso o menor aqui resida habitualmente.

Os motivos de recusa dizem respeito (n.º 2):

- à incorrecção da certidão, (alínea *a*));
- ao facto de o EM de execução não ser o da residência legal e habitual da pessoa ou não ter consentido no envio se não for esse Estado, ou se não tiver indicado que fiscalizaria uma medida idêntica à que consta na certidão (alínea *b*), por remissão para o artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 10.º, n.º 4);
- ao princípio do *ne bis in idem* (alínea *c*));
- se o EM de execução tiver declarado que sujeita à dupla incriminação as infracções não constantes do n.º 1 do artigo 14.º ou se tiver feito a declaração prevista no n.º 4 deste mesmo artigo 14.º (alínea *d*));
- à prescrição dos factos, segundo a lei do EM de execução (alínea *e*));
- à existência de uma imunidade (alínea *f*));
- à inimputabilidade em razão da idade (alínea *g*));
- à obrigatoriedade de o EM de execução ter de recusar a entrega de uma pessoa, no caso de esta incumprir as medidas de controlo, nos termos do MDE (alínea *h*)). Isto é, se a pessoa incumprir as medi-

²¹ Cf. o nosso “*União Europeia — grupo de trabalho de cooperação judiciária em matéria penal...*”, pág. 303/304.

das e o EM de emissão pretender que essa pessoa seja entregue pelo EM de execução na base de um MDE emitido para o efeito (cf. artigo 21.º) o EM de execução pode estar confrontado com uma recusa obrigatória, porque, *v. g.*, a pessoa em causa goza de imunidade ou é menor de idade (cf. *supra*). Neste caso, a autoridade de execução pode desde logo recusar o reconhecimento, fazendo um juízo prévio (veja-se o exemplo *supra* quanto à questão de inimputabilidade em razão da idade).

A DQ pretende salvar a todo o custo a grande finalidade, que é a fiscalização das medidas, ao permitir que, neste caso da alínea *h*), a autoridade de execução reconheça a decisão e fiscalize a medida, mesmo pressupondo-se que não terá de entregar a pessoa se esta vier a ser solicitada pela autoridade de emissão (*vide* n.º 3, primeira e última partes).

Impõe-se uma regra de consultas entre as autoridades, prévias à tomada de decisão de não reconhecimento, nos casos das alíneas *a*), *b*) e *c*). Todavia, tais consultas não estão excluídas nos demais casos, impondo-se que se efectuem sempre que se vislumbre que as mesmas poderão clarificar os problemas e contribuir para tomada final da decisão.

16. Tendo sido reconhecida a decisão e asseguradas as diligências necessárias para fiscalização das medidas de controlo (artigo 12.º) e cabendo ao EM de execução essa supervisão naturalmente que a lei a aplicar a essa fiscalização é do Estado de execução (artigo 16.º). Note-se, porém, que isso só se verifica quanto à fiscalização, porquanto se se verificar a necessidade de renovar, rever ou retirar a decisão ou modificar a medida então tais decisões não só são da competência da autoridade de emissão como a lei aplicável é a do EM de emissão (cf. artigo 18.º).

17. A autoridade emitente pode, nas circunstâncias definidas no artigo 17.º solicitar à autoridade de execução que prolongue a fiscalização quando se avizinha o fim do prazo máximo de duração da medida que está em fiscalização, nos termos do artigo 20.º, n.º 2, alínea *b*). A autoridade de execução analisa esse pedido de prolongamento de acordo com o direito nacional, isto é, prolongará a fiscalização se e nos termos em que uma situação estritamente “nacional” o pudesse admitir.

18. O artigo 18.º da DQ regula as matérias sobre a competência para tomar todas as decisões subsequentes e sobre a lei aplicável. Isto é, define as regras sobre qual é autoridade competente, se a emitente se a de execução, quanto à necessidade de virem a ser tomadas quaisquer decisões posteriores à decisão de reconhecimento e fiscalização tomada e executada no EM de execução.

Diversamente do que ficou a constar na *DQ Probation* a regra é de que tal competência cabe à autoridade de emissão. E tal competência incide

nos casos em que se torne necessário renovar, rever ou retirar a decisão sobre as medidas de controlo (aliena *a*), do n.º 1), ou nos casos em que se torne necessário modificar as medidas de controlo (alínea *b*) ou ainda nos casos em que se torne necessário emitir um mandado de detenção ou qualquer outra decisão judicial executória com os mesmos efeitos (isto é, quando se torne necessária a entrega da pessoa) (aliena *c*). Compreende-se que assim seja, contrariamente ao regime da *Probation*. No caso ora em análise ainda não há decisões definitivas quanto à condenação da pessoa em causa. Na *Probation* o sistema teve já oportunidade de proceder à aplicação de uma sanção definitiva. O regresso da pessoa ao seu território de residência e a aceitação pelo EM de execução do papel de fiscalizador das medidas situam-se no plano de supervisão de sanções definitivas, podendo “ficcionalizar-se” que o EM de emissão se “desligou” do caso e o transferiu para o EM de execução. Este EM de execução de certa forma substitui-se na íntegra ao EM de emissão. Já no caso *sub judice* essa substituição de certo modo é provisória, no sentido de que o processo está ainda em curso no EM de emissão e será este que deve avaliar das soluções a tomar perante as diversas circunstâncias do caso: *renovar, rever, retirar, modificar as medidas ou mesmo, nos casos mais extremos, emitir MDE para entrega da pessoa*. Todavia, e dado que se trata de uma nova decisão da autoridade de emissão, a autoridade de execução poderá, em função do seu ordenamento jurídico, ter de reconhecer essa nova decisão (cfr n.º 3), muito embora não possa proceder a uma nova análise dos motivos de recusa do reconhecimento. Esta nova decisão a tomar pela autoridade de execução tem em vista dar exequibilidade à nova decisão tomada pela autoridade de emissão.

O n.º 4 deste preceito regula ainda os poderes da autoridade de execução na sequência da nova decisão tomada pela autoridade de execução, facultando-se-lhe a possibilidade de proceder à adaptação da nova medida modificadas sendo esse o caso, ou mesmo recusar a fiscalização se essa nova medida não estiver incluída na lista a que se refere o artigo 8.º, n.ºs 1 ou 2.

Finalmente o n.º 5 mantém intacta a soberania quanto ao *jus puniendi* do EM de execução relativamente a infracções que a pessoa cometa quando está a ser vigiada, isto é, tem competência para tomar as decisões que o seu ordenamento jurídico interno prevê se a pessoa em vigilância cometer algum delito, desde que tais infracções não sejam as que estão na base da decisão relativamente às medidas de controlo, porque, naturalmente, para estas é competente o EM de emissão, como já vimos.

19. O artigo 19.º fixa algumas regras quanto a obrigações entre as autoridades envolvidas, nomeadamente nas situações de necessidade de fiscalização, em face das circunstâncias do caso (n.º 1 do artigo 19.º), quanto a eventual período suplementar para fiscalização das medidas (n.º 2) ou em caso de incumprimento da medida (n.º 3).

20. Por sua vez o artigo 20.º prevê obrigações de informação por parte da autoridade do Estado Membro de execução, nomeadamente nos casos em que não é ela a autoridade competente para o reconhecimento, nos casos de situações práticas ou legais que impeçam a fiscalização das medidas, da interposição de recurso ou da decisão de não reconhecer a decisão enviada pela autoridade de emissão.

21. Naturalmente que a medida em fiscalização pode vir a ser substituída pela autoridade de emissão, em função da análise de todas as circunstâncias e para a qual apenas essa autoridade é competente (cf. artigo 18.º, n.º 1), podendo, nos casos extremos, decidir mandar deter a pessoa em causa para ser entregue a essa autoridade de emissão (artigo 21.º). A DQ não consagrou um mecanismo (ágil e simples) que chegou a ser equacionado, em contactos entre delegações, no início das negociações, tendo na base o consentimento prévio da pessoa, que seria prestado no momento de regresso ao seu Estado (de residência legal e habitual) perante a autoridade judiciária de emissão, e de forma consciente e esclarecida quanto às suas consequências, nomeadamente acompanhada de defensor. Isto é, a pessoa declararia, previamente, que daria o seu consentimento à entrega no caso de vir a violar a medida imposta e se a autoridade de emissão solicitasse a sua entrega. Já na altura se estava ciente de que era um passo arriscado se tivermos em vista o melindre do consentimento prévio para uma “detenção”! Mas não era uma solução peregrina, na medida em que o próprio MDE prevê essa possibilidade de consentimento para entrega. Acabou por ficar legislado neste artigo 21.º que este procedimento de entrega funcionaria na base do MDE, como se refere no seu n.º 1. Todavia introduz-se uma norma de exclusão quanto aos casos que podem estar na base de pedidos formulados no contexto desta DQ e que não são permitidos no MDE. Com efeito o n.º 2 deste artigo 21.º refere que o n.º 1 do artigo 2.º da DQ relativa ao MDE não pode ser invocado como fundamento de recusa de entrega da pessoa. Ou seja, para que um MDE possa ser emitido, em termos gerais, a infracção em causa tem de ser punida com uma pena ou medida de segurança privativa da liberdade de duração máxima não inferior a um 12 meses. Porém esta moldura penal mínima já não é necessária se o MDE for emitido no âmbito e no contexto da DQ ora em análise, podendo a infracção em causa ser punível com sanção de duração máxima inferior a 12 meses (abrangendo, assim, um maior universo de casos, conforme sublinhado no considerando n.º 13). Ora, para que os procedimentos a prosseguir no EM de execução não venham a complicar-se desnecessariamente, convirá que o MDE emitido nos termos deste artigo 21.º seja claro e se mencione expressamente esse fundamento.

De todo o modo faculta-se aos Estados a possibilidade de manter a normatividade plena do artigo 2.º, n.º 1, do regime MDE, mesmo para estes efeitos, notificando o Secretariado do Conselho, aquando da transposição da

DQ (n.º 3). Caberá a Portugal, oportunamente, fazer uma ponderação e fazer essa opção ou não!

22. À semelhança de outras Decisões Quadro também esta prevê um dever mútuo de consulta entre as autoridades competentes dos dois Estados Membros envolvidos. Na verdade o artigo 22.º impõe uma regra de consulta e de troca de informações úteis à prossecução das finalidades da DQ, nomeadamente no que tem a ver com a emissão da decisão, com a correcta fiscalização das medidas ou nos casos de grave incumprimento das medidas.

23. A norma do artigo 23.º define as consequências que a autoridade de execução pode extrair como resultado de alguma inércia ou omissão de resposta ao solicitado, ou mesmo por incumprimento de prazos, por parte da autoridade de emissão, quando esta não responda, reiteradamente, a solicitações (notificações na linguagem da DQ) daquela autoridade. Pretende-se, com esta norma, bem com a norma antecedente, promover um ambiente propiciador de cooperação entre as autoridades, através da consulta mútua para ultrapassar dificuldades e resolver problemas, bem como fazendo uma espécie de advertência às partes, através deste artigo 23.º, de que caso não se colabore a cooperação fica em risco e pode mesmo cessar.

24. Também como ocorre nas demais DQ está prevista a necessidade de tradução da certidão ou demais elementos a enviar ao EM de execução (artigo 24.º).

25. Os custos com a cooperação são repartidos: os derivados exclusivamente da actividade desenvolvida no território do EM de emissão são por conta deste e os resultantes da actividade no EM de execução são por conta deste último.

26. Tendo esta DQ em vista contribuir para o reforço e aprofundamento da cooperação entre os EM da UE, nomeadamente em face do quadro preexistente do Conselho da Europa, poderia concluir-se que este quadro anterior ficaria prejudicado com a entrada em aplicação plena desta DQ. Desde que esses acordos ou convénios, anteriores ou posteriores, bilaterais ou multilaterais sejam uma mais valia e contenham soluções mais simples ou mais fáceis de aplicar (*v. g.*, quanto à dispensa de tradução, ou à eliminação de motivos de recusa, ou à fixação de prazos mais curtos, etc.) então os EMs estão autorizados a mantê-los ou a celebrá-los.

27. O artigo 27.º impõe a data de 1.12.12 como limite para a transposição da DQ para o direito interno, devendo os EMs enviar até essa data ao Conselho e à Comissão Europeia o texto das disposições de transposição.

28. Por sua vez, e atento o prazo definido para a transposição, regula-se uma obrigação para a Comissão incumbindo-a de elaborar um relatório com base nas informações enviadas pelos EMs quanto à transposição. Mais do que uma avaliação da experiência, a norma visa permitir fazer uma avaliação legislativa quanto às soluções previstas pelos diversos EMs. Com demasiada frequência os EMs, no acto de transposição de uma DQ, esquecem ou fazem por esquecer o quadro legal definido por essa DQ, que eles próprios negociaram nos grupos técnicos, e adoptam soluções que estão longe das previstas na DQ, sendo de destacar as que têm que ver com os motivos de recusa (alarga-se o campo destes; de facultativos passam a motivos obrigatórios) ou impõem-se condições específicas quanto a certo tipo de pessoas. Tem agora a Comissão a possibilidade de algum controlo sobre tais soluções por meio desta avaliação legislativa e com base nela propor o que entender por adequado.

29. A DQ entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação, tendo esta publicação sido feita no JO, L, 294, de 11.11.09. Ou seja, estando em vigor não significa que esteja a ser aplicada! Significa que começou a contar o prazo para a transposição e só após essa transposição por parte de cada Estado se obterá um regime comum de cooperação no âmbito das matérias aqui em causa.

30. Em *Anexo à DQ* encontra-se o formulário respeitante à certidão que é necessário preencher quando se envia uma decisão para outro EM a fim de ser reconhecida e dar-se execução à fiscalização das medidas. Tal certidão tem de ser traduzida na língua oficial do EM de execução e deve ser total e correctamente preenchida a fim de permitir à autoridade de execução analisar todos os elementos necessários à sua tomada de decisão de reconhecimento. Naturalmente, e como já referimos supra, impõe-se um preenchimento rigoroso, completo e claro da certidão. Só assim a autoridade de execução, ao receber a mesma para proceder ao reconhecimento, poderá tomar rapidamente uma decisão, evitando-se demoras com pedidos complementares de informação ou de esclarecimento, ou evitando mesmo recusas, caso tais informações não afastem em definitivo as incorrecções ou faltas constatadas (cf. artigo 15.º, n.º 1, alínea a)).

3. CONCLUSÃO

As considerações feitas têm apenas a finalidade de dar início à discussão, que vai faltando, sobre a legislação elaborada e aprovada na União Europeia a qual se torna, cada vez mais frequentemente, legislação nacional.

No caso em concreto, o objectivo é o de contribuir para o debate sobre a (assim denominada durante as negociações) *Decisão Europeia de Controlo Judicial*, na medida em que este regime terá agora de ser transposto para o ordenamento jurídico português, oferecendo aos profissionais uma nova ferramenta no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, no contexto da União Europeia, e, simultaneamente, beneficiando de igual modo os cidadãos com as novas soluções.

Esperemos que estas considerações sejam úteis.