

Bruxelas, 26.9.2019
COM(2019) 560 final

RELATÓRIO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO

sobre a aplicação da Diretiva 2013/48/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares

1. INTRODUÇÃO

1.1. Contexto

A Diretiva 2013/48/UE relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares¹ («a diretiva») é o terceiro instrumento adotado ao abrigo do roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou dos acusados em processo penal («o roteiro»²). Em 11 de dezembro de 2009, o Conselho Europeu acolheu o roteiro e integrou-o no Programa de Estocolmo, que visa garantir uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos³.

A UE adotou seis diretivas nesta matéria: a presente diretiva, bem como as diretivas relativas ao direito à interpretação e tradução⁴; ao direito à informação⁵; ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento⁶; a garantias processuais para os menores⁷ e ao apoio judiciário⁸. A Comissão Europeia elaborou já os relatórios de execução sobre as diretivas relativas ao direito à interpretação e tradução e ao direito à informação⁹.

As seis diretivas visam contribuir para o objetivo geral de reforço da confiança mútua entre os Estados-Membros ao permitir uma melhor aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, a pedra angular do espaço de liberdade, de segurança e de justiça da UE. Para tal, as diretivas preveem regras mínimas comuns para os direitos processuais em todos os processos penais e permitem uma aplicação mais coerente do direito a um julgamento equitativo, conforme estabelecido no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (TFUE¹⁰) e no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

1.2. Objetivo e principais elementos da diretiva

A diretiva aborda os direitos de acesso a um advogado dos suspeitos e acusados, independentemente da sua privação de liberdade. Além disso, aborda o direito de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com familiares, parentes, outros terceiros e as autoridades consulares. A diretiva consolida duas medidas, inicialmente apresentadas como duas propostas separadas no roteiro: i) o

¹ JO L 294 de 6.11.2013, p. 1.

² Resolução do Conselho, de 30 de novembro de 2009, relativa a um roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou dos acusados em processo penal, JO C 295 de 4.12.2009, p. 1.

³ JO C 115 de 4.5.2010, p. 1.

⁴ Diretiva 2010/64/UE relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, JO L 280 de 26.10.2010, p. 1.

⁵ Diretiva 2012/13/UE relativa ao direito à informação em processo penal, JO L 142 de 1.6.2012, p. 1.

⁶ Diretiva (UE) 2016/343 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, JO L 65 de 11.3.2016, p. 1.

⁷ Diretiva (UE) 2016/800 relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal, JO L 132 de 21.5.2016, p. 1.

⁸ Diretiva (UE) 2016/1919 relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus, JO L 297 de 4.11.2016, p. 1; retificação: JO L 91 de 5.4.2017, p. 40.

⁹ COM(2018) 857 final e COM(2018) 858 final.

¹⁰ JO C 326 de 26.10.2012, p. 392.

direito a aconselhamento jurídico (parte da medida C do roteiro); bem como ii) o direito de comunicar com familiares, empregadores e autoridades consulares (medida D do roteiro).

A diretiva estabelece os padrões mínimos para todos os suspeitos ou acusados no seio da UE, independentemente do estatuto jurídico, da cidadania ou da nacionalidade. Adicionalmente, visa ajudar a evitar erros judiciais e a reduzir o número de recursos. Os direitos conferidos pela diretiva aplicam-se em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus.

Outro motivo importante para a existência de regras mínimas comuns neste domínio é a possibilidade de tal reforçar a confiança dos Estados-Membros nos sistemas de justiça penal uns dos outros. Para o efeito, assenta e visa promover os direitos estabelecidos, por exemplo, nos artigos 47.º e 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A diretiva estabelece os seguintes direitos:

- direito de acesso a um advogado (artigos 3.º, 4.º, 8.º, 9.º e 10.º);
- direito de informar um terceiro da privação de liberdade (artigos 5.º, 8.º e 10.º, n.º 3);
- direito de comunicar com terceiros aquando da privação de liberdade (artigos 6.º e 10.º, n.º 3);
- direito de comunicar com as autoridades consulares (artigos 7.º e 10.º, n.º 3).

No que se refere ao direito de acesso a um advogado, na sequência do acórdão proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no processo *Salduz*¹¹, vários Estados-Membros iniciaram já a adaptação da respetiva legislação antes da entrada em vigor da diretiva. A diretiva toma em conta essa jurisprudência em várias disposições. Nalguns Estados-Membros foram necessárias adaptações complementares da legislação devido ao âmbito de aplicação da diretiva, que abrange explicitamente os suspeitos e acusados não privados de liberdade (artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva); tal aplica-se, em especial, às disposições relacionadas com o direito de acesso a um advogado.

1.3. Âmbito de aplicação do presente relatório de execução

A aplicação da diretiva foi avaliada de acordo com o respetivo artigo 16.º, que exige que a Comissão Europeia apresente ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até 28 de novembro de 2019, um relatório que reaprecie até que ponto os Estados-Membros tomaram as medidas necessárias para dar cumprimento à diretiva.

A descrição e a análise constantes no presente relatório baseiam-se, principalmente, nas informações prestadas pelos Estados-Membros, completadas por estudos divulgados publicamente e realizados por: i) Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹²; ou ii) partes interessadas externas que reapreciam a aplicação das diretivas relativas aos direitos processuais através de subvenções de programas no domínio da justiça¹³. As informações recolhidas a partir das observações enviadas pelos cidadãos da UE à Comissão confirmaram, frequentemente, tais dados.

¹¹ *Salduz contra Turquia* do TEDH, pedido n.º 36391/02.

¹² Estudo da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), «*Rights in practice – Access to a lawyer and procedural rights in criminal and European Arrest Warrant proceedings*».

¹³ Em especial: TRAINAC – *Assessment, good practices and recommendations on the right to interpretation and translation, the right to information and the right of access to a lawyer in criminal proceedings*, 2016, estudo do Conselho das Ordens de Advogados da União Europeia (CCBE) e da Fundação dos

O relatório centra-se nas medidas tomadas até ao momento pelos Estados-Membros para a aplicação da diretiva. Além disso, reaprecia se os Estados-Membros aplicaram a diretiva no prazo estabelecido, bem como se a legislação nacional alcança os objetivos e cumpre os requisitos da diretiva.

2. REAPRECIAÇÃO GERAL

De acordo com o artigo 15.º da diretiva, os Estados-Membros tiveram de transpor a diretiva para a legislação nacional até 27 de novembro de 2016. No termo do período de transposição, nove Estados-Membros não tinham comunicado à Comissão as medidas necessárias: Alemanha, Bulgária, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovénia, França, Grécia e Luxemburgo. Por conseguinte, a Comissão decidiu, em janeiro de 2017, instaurar processos por infração nos termos do artigo 258.º do TFUE contra esses nove Estados-Membros por não terem comunicado as respetivas medidas de transposição. Entretanto, todos os Estados-Membros notificaram a plena transposição. Os processos por infração estão ainda em curso, uma vez que não foram transpostas todas as disposições da diretiva.

A Comissão tem como principal objetivo assegurar que todos os Estados-Membros transpõem os requisitos previstos na diretiva para a respetiva legislação nacional, para que os direitos aí consagrados sejam protegidos em todo o território da União Europeia. A transposição da diretiva é um pré-requisito para reapreciar corretamente até que ponto os Estados-Membros tomaram as medidas necessárias para dar cumprimento à diretiva.

O impacto da diretiva limita-se ao estabelecimento de regras mínimas, pelo que permite a existência de diferenças entre os direitos processuais penais nacionais. No entanto, impõe obrigações claras aos Estados-Membros.

A reapreciação das medidas nacionais de aplicação suscitou algumas questões de conformidade em vários Estados-Membros. As questões mais proeminentes são:

- o âmbito de aplicação dos direitos previstos na diretiva – nalgumas jurisdições, os direitos previstos na diretiva exigem um ato formal para que sejam desencadeados ou podem não ser aplicáveis a pessoas não privadas de liberdade;
- o alcance das possíveis derrogações, em especial, ao direito de acesso a um advogado;
- a renúncia ao direito de acesso a um advogado; bem como
- o direito de acesso a um advogado no Estado-Membro de emissão de um mandado de detenção europeu.

Salvo em caso de correção, tais divergências podem limitar a eficácia dos direitos previstos na diretiva. A Comissão adotará todas as medidas apropriadas para garantir a conformidade com a

Advogados Europeus (ELF); relatório disponível em: <http://europeanlawyersfoundation.eu/wp-content/uploads/2015/04/TRAINAC-study.pdf>

Inside Police Custody, 2014, projeto liderado pela Universidade de Maastricht; relatório disponível em: https://intersentia.be/nl/pdf/viewer/download/id/9781780681863_0/

Inside Police Custody 2, 2018, projeto concebido e executado pelo Irish Council for Civil Liberties (ICCL) em cooperação com a Open Society Justice Initiative (OSJI); relatório disponível em: https://www.fairtrials.org/sites/default/files/publication_pdf/Inside-Police-Custody-2-JUSTICIA-Comparative-Report.pdf

Right to a lawyer and to legal aid in criminal proceedings in five jurisdictions, 2018, projeto liderado pelo Bulgarian Helsinki Committee (BHC); relatório disponível em: https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Right_to_lawyer_and_legal_aid_COMPARATIVE_REPORT_2018.pdf

diretiva em todo o território da UE, incluindo, se necessário, a instauração de processos por infração nos termos do artigo 258.º do TFUE.

Nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo (n.º 22) relativo à posição da Dinamarca, esta não participa na adoção da diretiva, não ficando por ela vinculada nem sujeita à respetiva aplicação. Nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo (n.º 21) relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda no que se refere ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Reino Unido e a Irlanda notificaram que não participam na adoção e na aplicação da diretiva. Por conseguinte, a Dinamarca, o Reino Unido e a Irlanda não são considerados na reapreciação.

3. ASPETOS ESPECÍFICOS DE REAPRECIAÇÃO

3.1. Objeto (artigo 1.º)

O artigo 1.º da diretiva refere que a diretiva estabelece as regras relativas aos direitos dos suspeitos e dos acusados em processo penal e das pessoas sujeitas a processos de execução de mandados de detenção europeus de acesso a um advogado, de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares.

Os Estados-Membros tinham já legislação relativa a tais direitos. Por conseguinte, o processo de transposição implicou, por parte dos Estados-Membros, em especial, a alteração da legislação já existente ou a adoção de legislação mais específica. Uma nova componente consistiu nas disposições relativas ao direito de constituir advogado no Estado-Membro de emissão de um mandado de detenção europeu (artigo 10.º, n.os 4 e 5, da diretiva).

3.2. Âmbito de aplicação (artigo 2.º)

O artigo 2.º da diretiva define o âmbito de aplicação da diretiva.

3.2.1. Âmbito de aplicação – artigo 2.º, n.ºs 1 e 2

O artigo 2.º, n.º 1, da diretiva refere que a diretiva aplica-se aos suspeitos ou acusados em processo penal a partir do momento em que sejam informados pelas autoridades competentes de um Estado-Membro, por notificação oficial ou outro meio, de que são suspeitos ou acusados de ter cometido uma infração penal, independentemente da sua privação de liberdade. A diretiva aplica-se até ao termo do processo, ou seja, até que seja proferida uma decisão definitiva sobre a questão de saber se o suspeito ou acusado cometeu a infração, incluindo, se for caso disso, até que a sanção seja aplicada ou um eventual recurso seja apreciado. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, a diretiva também aplica-se às pessoas sujeitas a processos de execução de mandados de detenção europeus («pessoas procuradas») a partir do momento em que sejam detidas no Estado-Membro de execução.

No que se refere ao artigo 2.º, n.º 1, da diretiva, a maioria dos Estados-Membros não aborda especificamente o momento em que um suspeito ou acusado «é informado» da suspeita ou acusação nem refere que os direitos previstos na diretiva são aplicáveis durante todo o processo penal. Todavia, uma análise sistemática das diferentes fases do processo penal nos respetivos contextos jurídicos nacionais mostra que é possível inferir a conformidade para vários Estados-Membros. Em quatro Estados-Membros, porém, os direitos previstos na diretiva dependem de um ato formal. Tal ato formal também é, frequentemente, a condição para a aquisição do estatuto de suspeito ou acusado. Num

número reduzido de Estados-Membros, a legislação carece de clarificação relativamente às pessoas não privadas de liberdade.

No que se refere ao artigo 2.º, n.º 2, da diretiva, a grande maioria dos Estados-Membros aplicou os direitos previstos na diretiva através da aplicação das regras gerais de processo penal aos processos de execução de mandados de detenção europeus com as necessárias adaptações (ou seja, uma aplicação com as modificações necessárias). No entanto, a legislação nacional de seis Estados-Membros não garante que todos os direitos previstos na diretiva sejam igualmente aplicáveis nos processos de execução de mandados de detenção europeus. Tal é indicativo de problemas na transposição.

3.2.2. Testemunhas que passam a ser suspeitas – artigo 2.º, n.º 3

O artigo 2.º, n.º 3, da diretiva esclarece que esta também se aplica, nas mesmas condições que as previstas no artigo 2.º, n.º 1, da diretiva, às pessoas que não sejam suspeitas ou acusadas, mas que, no decurso de um interrogatório pela polícia ou por outra autoridade de aplicação da lei, passem a ser suspeitas ou acusadas.

Quase todos os Estados-Membros deram cumprimento a esta disposição. Alguns Estados-Membros transpuseram a diretiva quase literalmente e vários Estados-Membros referem de modo explícito a alteração do estatuto processual durante o interrogatório. Noutros Estados-Membros, a transposição é menos óbvia, contudo, ainda pode ser inferida a partir das disposições com um âmbito de aplicação alargado, conferindo o direito de acesso a um advogado a todas as partes no processo e garantindo que as testemunhas têm direito a um advogado durante o interrogatório. Não é possível identificar regras específicas a este respeito na legislação de quatro Estados-Membros.

3.2.3. Infrações de menor gravidade – artigo 2.º, n.º 4

O artigo 2.º, n.º 4, estabelece que, no caso de infrações de menor gravidade, a diretiva aplica-se apenas a processos instaurados num tribunal competente em matéria penal:

- a. em relação às quais a legislação de um Estado-Membro preveja a imposição de sanções por uma autoridade que não seja um tribunal competente em matéria penal e essa imposição seja passível de recurso ou remissão para um tribunal com essas características; ou
- b. em relação às quais a privação de liberdade não possa ser imposta como sanção.

Esta disposição não prejudica o direito a um julgamento equitativo. A disposição estabelece ainda que a diretiva é plenamente aplicável quando o suspeito ou acusado seja privado de liberdade, independentemente da fase do processo penal. Por conseguinte, esta disposição tem especial pertinência no que se refere ao direito de acesso a um advogado.

A disposição é pertinente para os Estados-Membros cujas autoridades administrativas, polícia ou tribunais competentes noutras matérias sejam responsáveis por apreciar infrações de menor gravidade. Apenas em cinco Estados-Membros a legislação prevê uma exceção ao direito de acesso a um advogado no que se refere a infrações de menor gravidade. Em vários Estados-Membros, a legislação não prevê um sistema específico para infrações de menor gravidade. Noutros Estados-Membros, em que tal legislação específica exista, prevê-se uma aplicação com as necessárias adaptações das regras gerais de processo penal ou os direitos previstos na diretiva encontram-se refletidos na própria legislação relativa a infrações de menor gravidade. Todavia, em dois Estados-Membros que utilizam a última técnica, nem todas as garantias previstas na diretiva são asseguradas em casos de infrações de menor gravidade.

3.3. Direito de acesso a um advogado em processo penal (artigo 3.º)

O artigo 3.º, n.º 1, da diretiva refere que os suspeitos e acusados têm o direito de acesso a um advogado em tempo útil e de forma a permitir-lhes exercer de modo prático e efetivo os seus direitos de defesa.

3.3.1. Prazo – artigo 3.º, n.º 2

Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, e tomando em conta o considerando 20 da diretiva, o direito de acesso a um advogado tem de ser conferido sem demora injustificada aos suspeitos e acusados. A diretiva refere vários momentos a partir dos quais o direito de acesso a um advogado tem de ser conferido, consoante o que ocorrer primeiro.

Embora dois Estados-Membros transpuseram a disposição literalmente, o requisito de conferir o direito «sem demora injustificada» pode ser inferido a partir de três fontes: i) disposições que referem a natureza imediata do direito ou da informação sobre este; ii) o facto de o direito ser conferido a partir do momento em que é adquirido o estatuto de suspeito ou acusado; ou iii) disposições com um âmbito de aplicação alargado, que garantem o direito de acesso a um advogado em qualquer fase do processo.

3.3.1.1. Direito de acesso a um advogado antes do interrogatório pela polícia ou por qualquer outra autoridade judicial ou de aplicação da lei – artigo 3.º, n.º 2, alínea a)

O artigo 3.º, n.º 2, alínea a), da diretiva foi corretamente transposto por vários Estados-Membros. No entanto, nove Estados-Membros transpuseram a disposição apenas parcialmente. Os motivos da transposição parcial, por parte desses Estados-Membros, do artigo 2.º, n.º 1, da diretiva também afetaram a transposição do artigo 3.º, n.º 2, alínea a) (ver ponto 3.2.1.). Além disso, em dois desses Estados-Membros, o direito de acesso a um advogado é apenas claramente referido durante o interrogatório e não antes deste. Nalguns outros Estados-Membros, existem dúvidas em relação ao direito de acesso a um advogado antes do interrogatório, pelo menos para determinadas categorias de pessoas. Num Estado-Membro, caso a pessoa tenha recebido uma notificação por escrito para o interrogatório, presume-se que tenha consultado um advogado antes do interrogatório.

3.3.1.2. Direito de acesso a um advogado durante uma diligência de investigação ou de recolha de provas nos termos do artigo 3.º, n.º 3, alínea c) – artigo 3.º, n.º 2, alínea b)

Uma maioria significativa de Estados-Membros deu cumprimento a esta disposição e dois Estados-Membros realizaram a respetiva transposição literal. Noutros Estados-Membros, a correta transposição pode ser concluída, uma vez que a legislação: i) refere especificamente as diligências de recolha de provas previstas no artigo 3.º, n.º 3, alínea c), da diretiva; ou ii) garante o direito através de disposições com um âmbito de aplicação alargado que garantem o direito de acesso a um advogado desde o início ou em qualquer fase do processo ou que referem qualquer diligência de investigação. Para um número reduzido de Estados-Membros, porém, os motivos da transposição parcial do artigo 2.º, n.º 1, da diretiva também afetaram a transposição do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da diretiva (ver ponto 3.2.1.).

3.3.1.3. Direito de acesso a um advogado, sem demora injustificada, após a privação de liberdade – artigo 3.º, n.º 2, alínea c)

Quase todos os Estados-Membros transpuseram esta disposição através de legislação relativa à privação de liberdade ou de um princípio geral que garante o direito de acesso a um advogado durante todas as fases do processo penal. A transposição integral é apenas questionável no que se refere a um Estado-Membro em que o critério «sem demora injustificada» não está claramente estabelecido num instrumento legislativo pertinente.

3.3.1.4. Direito de acesso a um advogado caso as pessoas tenham sido citadas para comparecer perante um tribunal competente em matéria penal, em tempo útil antes de comparecerem perante esse tribunal – artigo 3.º, n.º 2, alínea d)

Embora a legislação em três Estados-Membros possa carecer de clarificação, em especial, no que se refere ao tempo útil necessário para preparar o caso, não surgiram questões específicas relacionadas com a transposição desta disposição.

3.3.2. Conteúdo do direito de acesso a um advogado – artigo 3.º, n.º 3

O artigo 3.º, n.º 3, da diretiva estabelece os elementos que o direito de acesso a um advogado implica, ou seja, descreve o conteúdo do direito.

3.3.2.1. Reunião em privado e comunicação com o advogado, inclusive antes do interrogatório – artigo 3.º, n.º 3, alínea a)

De acordo com esta disposição, os suspeitos ou acusados têm o direito de se encontrar em privado e de comunicar com o advogado que os representa, inclusive antes do interrogatório pela polícia ou por qualquer outra autoridade judicial ou de aplicação da lei.

Embora três Estados-Membros transpuseram esta disposição literalmente, a legislação noutros Estados-Membros refere conceitos como comunicação, reuniões, contacto ou discussão. No entanto, surgiram questões relacionadas com a transposição parcial em 11 Estados-Membros. Na maioria dos Estados-Membros, tais lacunas estavam relacionadas com as questões também identificadas no contexto da transposição dos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 2, alínea a), da diretiva (ver pontos 3.2.1. e 3.3.1.1.). Nalguns desses Estados-Membros, as questões relacionadas com a transposição do artigo 4.º da diretiva também tiveram um impacto negativo no contexto do artigo 3.º, n.º 3, alínea a) (ver ponto 3.4.).

Em sete Estados-Membros foram identificadas questões de conformidade. Um Estado-Membro, por exemplo, prevê que uma pessoa que tenha recebido uma notificação por escrito para o interrogatório tenha realizado uma consulta confidencial com um advogado antes do interrogatório (ver ponto 3.3.1.1.). Alguns Estados-Membros permitem a derrogação à confidencialidade da comunicação com o advogado (ver ponto 3.4.) e, nalguns Estados-Membros, a comunicação está limitada, em geral, a 30 minutos antes do (primeiro) interrogatório ou a um contacto por via telefónica com o advogado dos detidos uma vez por semana.

3.3.2.2. Presença e participação efetiva do advogado nos interrogatórios – artigo 3.º, n.º 3, alínea b)

O artigo 3.º, n.º 3, alínea b), da diretiva estabelece o direito dos suspeitos ou acusados de presença e participação efetiva do seu advogado nos interrogatórios. Embora tal participação tenha de estar em

conformidade com os procedimentos da legislação nacional, estes não devem prejudicar o efetivo exercício e a essência dos direitos em causa. O conceito de participação efetiva é explicado de modo mais pormenorizado no considerando 25 da diretiva como a possibilidade de o advogado fazer perguntas, pedir esclarecimentos e fazer declarações, o que deve ser registado em conformidade com a legislação nacional. Além disso, a participação do advogado deve ser registada.

Em todos os Estados-Membros, o advogado pode estar presente durante o interrogatório, sendo esta circunstância também registada. É possível identificar as regras relativas à participação do advogado para um número significativo de Estados-Membros. Todavia, em seis Estados-Membros, nem todos os suspeitos e acusados têm esse direito. Estas lacunas estão amplamente relacionadas com as questões também identificadas no contexto da transposição do artigo 2.º, n.º 1 (ver ponto 3.2.1).

No entanto, em 16 Estados-Membros, a eficácia da participação é questionável. Muitos Estados-Membros permitem que um advogado participe apenas no final do interrogatório. Tal pode suscitar problemas, em especial, em casos mais complexos em que o interrogatório possa ser extenso. Os advogados podem não estar numa posição que lhes permita colocar diretamente as perguntas à pessoa interrogada, estando limitados à colocação das perguntas apenas através da autoridade responsável pelo interrogatório. Além disso, podem estar limitados à apresentação de pedidos, observações e reservas ao magistrado do Ministério Público. Nalguns Estados-Membros, a legislação combina tais restrições. Num Estado-Membro, a legislação é omissa acerca da participação do advogado, exceto em relação às sessões no tribunal, em que o advogado tem permissão para colocar perguntas após o magistrado do Ministério Público e o perito.

3.3.2.3. Presença do advogado durante as diligências de investigação ou de recolha de provas – artigo 3.º, n.º 3, alínea c)

Esta disposição regulamenta o direito de acesso a um advogado durante as diligências de recolha de provas. Define três diligências de recolha de provas, no mínimo, durante as quais os suspeitos e acusados têm direito à presença do seu advogado. Tais diligências são: sessões de identificação, acareações e reconstituições da cena do crime. Tal aplica-se apenas caso tais diligências estejam previstas na legislação nacional e caso, ao abrigo da legislação nacional, o suspeito ou acusado seja obrigado ou autorizado a estar presente na diligência em causa. Por conseguinte, quando tal diligência de recolha de provas não exista na legislação nacional, a diretiva não exige a respetiva criação por parte do Estado-Membro em causa. Ao mesmo tempo, as três diligências são estabelecidas como uma lista mínima e os Estados-Membros podem prever diligências de recolha de provas adicionais durante as quais o advogado pode estar presente.

Surgiram questões relacionadas com a transposição em nove Estados-Membros. A não transposição integral por um número reduzido de Estados-Membros do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), resultou na respetiva transposição incompleta do artigo 3.º, n.º 3, alínea c) (ver ponto 3.3.1.2). Nalguns outros Estados-Membros, não é conferido qualquer direito de acesso a um advogado no que se refere às diligências de investigação pertinentes, embora estas existam, de facto, na legislação nacional ou na prática nos países em causa. Na legislação de alguns outros Estados-Membros, não estão previstas algumas diligências de recolha de provas, o que significa que a não transposição a este respeito não tem qualquer efeito na integralidade.

3.3.3. Informações e medidas para facilitar o acesso a um advogado – artigo 3.º, n.º 4

Esta disposição inclui as regras relativas ao nível de obrigação dos Estados-Membros de facilitar o acesso aos suspeitos e acusados a um advogado. Embora a diretiva seja aplicável independentemente

da privação de liberdade (artigo 2.º, n.º 1, frase introdutória, da diretiva), o artigo 3.º, n.º 4, distingue entre a situação das pessoas que estejam e que não estejam privadas de liberdade. No caso das pessoas que estejam em liberdade, os Estados-Membros devem envidar esforços para lhes disponibilizar informações gerais que facilitem a constituição de um advogado; no caso das pessoas que estejam privadas de liberdade, o nível de obrigação dos Estados-Membros é mais elevado. Neste último caso, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os suspeitos ou acusados privados de liberdade podem exercer efetivamente o seu direito de acesso a um advogado.

Os Estados-Membros apoiaram a transposição desta disposição através de medidas nacionais como, por exemplo:

- prestação de informações;
- esclarecimentos sobre os direitos e como beneficiar dos mesmos;
- disponibilização de meios para o contacto direto com o advogado, tais como linha de apoio, sistemas de advogados em serviço permanente, sítios Internet dedicados, motores de pesquisa, folhetos e, no caso de um Estado-Membro, um serviço de conversa.

Em especial no caso das pessoas privadas de liberdade, alguns Estados-Membros criaram serviços de emergência para facilitar a constituição de um advogado. Em vários Estados-Membros, a privação de liberdade é um motivo de defesa obrigatória e um advogado pode ser constituído oficiosamente.

Todavia, num número reduzido de Estados-Membros, as medidas para facilitar o acesso a um advogado podem não estar disponíveis para as pessoas nas fases iniciais do processo, por exemplo, antes de serem formalmente acusadas ao abrigo da legislação nacional, ou para as pessoas abrangidas por atos específicos da legislação setorial. Num desses Estados-Membros, por exemplo, o contacto com um advogado depende igualmente dos «meios disponíveis», o que parece ser uma formulação muito vaga.

3.3.4. Derrogações – artigo 3.º, n.os 5 e 6

3.3.4.1. Derrogações temporárias com base no afastamento geográfico – artigo 3.º, n.º 5

Esta disposição prevê derrogações temporárias devido ao afastamento geográfico de um suspeito ou acusado. Além disso, prevê que os Estados-Membros derroguem ao artigo 3.º, n.º 2, alínea c), da diretiva apenas caso seja impossível garantir, sem demora injustificada, o direito de acesso a um advogado após a privação de liberdade. Nessas circunstâncias, não pode ocorrer qualquer interrogatório do suspeito ou acusado ou qualquer recolha de provas na aceção do artigo 3.º, n.º 3, alínea c), da diretiva durante a aplicação da derrogação temporária (ver também considerando 30).

Apenas cinco Estados-Membros utilizaram esta opção. Dois Estados-Membros transpuseram o texto da diretiva literalmente para a respetiva legislação. Em três outros Estados-Membros, a legislação prevê o interrogatório da pessoa, o que não está em conformidade com a diretiva. Alguns outros elementos também suscitam preocupações. Em primeiro lugar, a possibilidade de derrogação pode não estar limitada à fase prévia ao julgamento, conforme previsto na diretiva. Em segundo, a natureza excecional e temporária das derrogações pode ser duvidosa e, em terceiro, algumas das legislações pertinentes preveem que pessoas que não sejam advogados, ao abrigo da legislação nacional, auxiliem o suspeito ou acusado.

3.3.4.2. Derrogações temporárias com base nos riscos para as pessoas ou nas necessidades de investigação – artigo 3.º, n.º 6

O artigo 3.º, n.º 6, da diretiva prevê derrogações temporárias ao direito de acesso a um advogado. Tal permite que o interrogatório do suspeito ou acusado ou a recolha de provas na aceção do artigo 3.º, n.º 3, alínea c), da diretiva sejam realizados em circunstâncias excecionais e apenas na fase prévia ao julgamento. Nesta base, os Estados-Membros podem prever derrogações temporárias na medida em que, à luz das circunstâncias concretas do caso, tal se justifique por um dos seguintes motivos imperiosos:

- a. haver necessidade urgente de evitar consequências negativas graves para a vida, a liberdade ou a integridade física de uma pessoa;
- b. haver necessidade imperiosa de uma ação imediata das autoridades de investigação para impedir que um processo penal fique gravemente comprometido.

Apenas cinco Estados-Membros optaram por não utilizar qualquer uma destas possibilidades de derrogação. As derrogações foram identificadas em 20 outros Estados-Membros, justificadas pelos riscos para as pessoas ou pelas necessidades de investigação. Todavia, a exatidão da transposição da diretiva assenta, sem dúvida, apenas num número reduzido desses Estados-Membros, o que significa que foram identificadas potenciais questões de conformidade em vários Estados-Membros. Na análise dos Estados-Membros com questões de conformidade, é possível constatar que algumas das derrogações que estabelecem são coerentes com a diretiva, enquanto outras suscitam preocupações. Por exemplo, a legislação nacional que reflete as situações descritas no artigo 3.º, n.º 6, pode não referir claramente que todas as derrogações devem ser aplicadas apenas em circunstâncias excecionais e na medida justificada à luz das circunstâncias concretas do caso.

Outra preocupação é que a possibilidade de derrogação possa ultrapassar a fase prévia ao julgamento do processo. Nas regras de vários Estados-Membros, os critérios de «emergência» e «consequências negativas graves» são duvidosos (artigo 3.º, n.º 6, alínea a), da diretiva). As derrogações previstas em vários Estados-Membros podem ser consideradas como destinadas a impedir que o processo penal possa ficar comprometido (artigo 3.º, n.º 6, alínea b)), porém, o respetivo âmbito de aplicação não se limita às condições referidas na diretiva nem cumpre, por conseguinte, os requisitos de ação imediata imperiosa ou necessária para impedir um comprometimento grave. Tais regras que permitem derrogações referem, por exemplo, riscos gerais que podem «prejudicar as provas», «tornar a investigação mais difícil» ou «dificultar o interesse e o êxito da investigação».

Em 15 Estados-Membros, as possibilidades de derrogação carecem de uma relação com os requisitos estabelecidos no artigo 3.º, n.º 6, alíneas a) e b), da diretiva nem se integram nos cenários previstos na diretiva. Tal cria um risco de que os suspeitos e acusados possam permanecer no limbo, sem qualquer garantia de que o interrogatório ou a recolha de provas na aceção do artigo 3.º, n.º 3, alínea c), da diretiva ocorrerá na ausência de um advogado apenas caso a pessoa tenha renunciado a esse direito, de acordo com as condições estabelecidas no artigo 9.º da diretiva (ver ponto 3.9). É possível encontrar referências na legislação nacional, por exemplo, a uma «prorrogação irrazoável do período de detenção», a casos de «força maior», à «insegurança» da demora das diligências de investigação, à presença de um advogado durante um interrogatório «que já tenha começado» e a condições muito vagas tais como «motivos justificados». A legislação dos diferentes Estados-Membros refere que a ausência do advogado durante a investigação não impede a execução dos atos processuais caso existam provas de que o advogado foi informado da data e hora do ato em causa. Outros exemplos

incluem disposições de que um advogado pode não estar presente durante as diligências de investigação em que o «ato não possa ser adiado» e a «notificação não possa ser apresentada».

Por último, alguns Estados-Membros definiram prazos para a comparência do advogado, permitindo a legislação desses países que o interrogatório ou a recolha de provas na aceção do artigo 3.º, n.º 3, alínea c), da diretiva ocorra sem a presença do advogado ou sem uma renúncia clara. Nalgumas legislações, tais prazos são tão curtos como duas horas, ou inclusive uma hora no caso de um Estado-Membro. Tal deixa uma margem considerável para prosseguir com o interrogatório ou a recolha de provas na ausência de um advogado ou de uma renúncia clara, resultando, por conseguinte, numa ampla derrogação não prevista na diretiva, o que afeta a conformidade.

3.4. Confidencialidade (artigo 4.º)

O artigo 4.º da diretiva inclui uma afirmação veemente do princípio relativo ao respeito da confidencialidade da comunicação entre os suspeitos ou acusados e o seu advogado no exercício do direito de acesso. Tal inclui as reuniões, a correspondência, as conversas telefónicas e outras formas de comunicação permitidas ao abrigo da legislação nacional. A disposição não estabelece as circunstâncias em que os Estados-Membros podem derrogar a esse direito à confidencialidade. Tal é corroborado no considerando 33, que explica que a confidencialidade da comunicação entre os suspeitos ou acusados e o seu advogado é fundamental para garantir o efetivo exercício dos direitos da defesa e constitui uma parte essencial do direito a um julgamento equitativo.

Mais de metade dos Estados-Membros transpuseram esta disposição corretamente. Todavia, foram identificadas questões relacionadas com a transposição parcial para alguns Estados-Membros. Tais lacunas estão relacionadas com a ausência de cobertura de determinados grupos de pessoas em fases específicas do processo ou com a legislação que não reflete determinados meios de comunicação tais como reuniões, comunicação por via telefónica, correspondência e outros envios. Em quatro Estados-Membros, a legislação prevê derrogações ao requisito de confidencialidade, afetando a conformidade com a diretiva.

3.5. Direito de informar um terceiro da privação de liberdade (artigo 5.º)

3.5.1. Princípio geral – artigo 5.º, n.º 1

O artigo 5.º, n.º 1, da diretiva prevê o direito dos suspeitos ou acusados privados de liberdade de que pelo menos uma pessoa, como um familiar ou um empregador, seja informada da privação de liberdade sem demora injustificada, se assim o desejarem.

Foram identificadas questões relacionadas com a transposição parcial para 11 Estados-Membros. Em muitos desses Estados-Membros, não é claro se o terceiro é informado sem demora injustificada. Em vários Estados-Membros, o direito de informar um terceiro está limitado a determinadas situações de privação de liberdade ou a determinadas categorias de suspeitos ou acusados. Nalguns Estados-Membros, as limitações de âmbito pessoal identificadas no contexto do artigo 2.º, n.º 1, da diretiva também afetaram a transposição do artigo 5.º, n.º 1. Outra preocupação consistia no facto de os requisitos da diretiva estarem apenas refletidos nas disposições relativas às informações a serem prestadas ao suspeito ou acusado.

A exatidão da transposição é duvidosa em vários outros Estados-Membros. Tal deve-se ao facto de existirem limitações sobre quem pode ser informado da privação de liberdade ou devido ao facto de terceiros serem informados independentemente da vontade da pessoa privada de liberdade.

3.5.2. Derrogações temporárias – artigo 5.º, n.º 3

O artigo 5.º, n.º 3, da diretiva prevê derrogações temporárias ao direito de informar um terceiro (incluindo nos casos que envolvem menores, ver ponto 3.5.3. a seguir), caso tal se justifique à luz das circunstâncias concretas do caso, por um dos seguintes motivos imperiosos:

- a. necessidade urgente de evitar consequências negativas graves para a vida, a liberdade ou a integridade física de uma pessoa;
- b. necessidade urgente de prevenir uma situação em que o processo penal possa ficar gravemente comprometido.

Tais possibilidades de derrogação existem na legislação de 18 Estados-Membros. A reapreciação das medidas nacionais de aplicação demonstra que o artigo 5.º, n.º 3, é uma das disposições com o nível mais elevado de disparidades entre os Estados-Membros.

Vários Estados-Membros preveem recusas correspondentes aos fundamentos estabelecidos na diretiva. Todavia, alguns outros Estados-Membros preveem derrogações sujeitas a condições semelhantes às estabelecidas na diretiva, mas menos restritivas. Outros Estados-Membros possuem condições ainda mais favoráveis ao abrigo das quais o direito de informar um terceiro pode ser suspenso, referindo, por exemplo, a necessidade de «apurar a verdade em processo penal», situações em que a notificação «prejudica o processo penal», um «impedimento significativo à investigação» ou o «esclarecimento e investigação do caso». A justificação de uma recusa também pode ter origem na necessidade de «garantir o cumprimento do objetivo de um ato importante», «impedir uma infração penal» ou evitar «prejudicar o objetivo da custódia». Outros fundamentos citados na legislação nacional incluem «dificuldades irrazoáveis», «circunstâncias insuperáveis» ou «motivos justificados» vagos ou «quaisquer outros motivos».

3.5.3. Especificidades no que se refere aos menores – artigo 5.º, n.os 2 e 4

O artigo 5.º, n.os 2 e 4, da diretiva estabelece as regras específicas relativas aos menores (definidos como pessoas de idade inferior a 18 anos). Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, da diretiva, o titular da responsabilidade parental do menor deve ser informado o mais rapidamente possível da privação de liberdade do menor e dos respetivos motivos, salvo se tal for contrário aos superiores interesses do menor, caso em que deve ser informado outro adulto competente. Nos casos em que sejam aplicadas derrogações temporárias, uma autoridade responsável pela proteção ou pelo bem-estar dos menores deve ser informada sem demora injustificada da privação de liberdade do menor (artigo 5.º, n.º 4, da diretiva). Esta disposição tem por objetivo evitar casos de detenção de menores em regime de incomunicabilidade.

Em todos os Estados-Membros existem regras específicas que incluem garantias específicas para os menores. A legislação de 10 Estados-Membros prevê que outro adulto competente seja informado caso informar o titular da responsabilidade parental seja contrário aos superiores interesses do menor. Exemplos de tais pessoas podem ser outro adulto competente possivelmente indicado pelo menor, uma autoridade de proteção de menores ou um tutor ad litem (ou seja, o tutor do menor nomeado por um órgão jurisdicional competente). Em vários outros Estados-Membros, a legislação não determina um mecanismo claro para tomar em conta os superiores interesses do menor. Em três Estados-Membros, a legislação não esclarece se a diligência de informar deve ocorrer o mais rapidamente possível. Além disso, no que se refere aos menores, num número reduzido de Estados-Membros, as limitações do âmbito de aplicação resultaram numa transposição incompleta ao tomar em conta

apenas os menores formalmente acusados ao abrigo da legislação nacional ou acusados ou interrogados. Num Estado-Membro, os menores com idade entre 16 e 18 anos estão inseridos no regime geral aplicável aos adultos e não beneficiam do tratamento especial previsto no artigo 5.º, n.º 2, da diretiva.

Em vários Estados-Membros, é possível uma exceção de informar o titular da responsabilidade parental caso o menor manifeste a vontade de que tal não ocorra. Tal exceção não está prevista na diretiva. A legislação de um Estado-Membro prevê uma exceção da obrigação de notificação, permitindo que o requisito de notificação seja suspenso não só caso seja contrário aos superiores interesses do menor, mas também «quando existam outros motivos para tal».

Metade dos Estados-Membros não prevê uma derrogação ao direito de informar o titular da responsabilidade parental ou outro adulto competente da privação de liberdade de um menor conforme estabelecido no artigo 5.º, n.º 2, da diretiva, enquanto a outra metade dos Estados-Membros prevê tal derrogação. A maioria das legislações neste último grupo de Estados-Membros prevê as garantias estabelecidas no artigo 5.º, n.º 4, enquanto dois Estados-Membros não transpuseram tais requisitos. Noutro Estado-Membro, a legislação não exige claramente que a autoridade responsável pela proteção ou pelo bem-estar dos menores seja informada sem demora injustificada.

Um Estado-Membro prevê uma derrogação à obrigação de notificar uma autoridade responsável pela proteção ou pelo bem-estar dos menores quando tal possa «colocar em risco o cumprimento do objetivo de um ato importante» ou quando tal notificação possa implicar «dificuldades irrazoáveis».

3.6. Direito de comunicar com terceiros aquando da privação de liberdade (artigo 6.º)

O artigo 6.º da diretiva estabelece a obrigação de garantir que os suspeitos ou acusados privados de liberdade tenham o direito de comunicar, sem demora injustificada, com pelo menos um terceiro, como um familiar, por eles indicado (artigo 6.º, n.º 1). Todavia, o exercício deste direito pode estar limitado ou ser diferido tendo em conta razões imperiosas de interesse geral ou requisitos operacionais proporcionados (artigo 6.º, n.º 2).

A legislação de todos os Estados-Membros prevê um direito de comunicar numa situação de privação de liberdade. Tais regras podem referir um princípio geral ou estabelecer regras pormenorizadas no que se refere à duração e à frequência da comunicação ou aos meios de comunicação específicos tais como a utilização de um telefone, visitas ou comunicação por escrito. A legislação pertinente não consta, frequentemente, no direito em matéria de processo penal nem nas regras relativas à administração dos estabelecimentos penitenciários.

No entanto, existem preocupações de que muitos Estados-Membros: i) não garantem que o direito de comunicar com terceiros possa ser exercido sem demora injustificada, incluindo durante a privação de liberdade pela polícia; bem como ii) têm em vigor restrições relativas ao âmbito de aplicação da disposição não previstas na diretiva. Embora as possibilidades de limitar ou diferir o direito prevejam uma ampla margem de discricionariedade dos Estados-Membros, a legislação em vários Estados-Membros pode suscitar preocupações, por exemplo, devido ao facto de as regras preverem uma limitação excessiva do número ou da duração dos contactos com terceiros ou até mesmo devido a uma proibição completa sem condições claras.

3.7. Direito de comunicar com as autoridades consulares (artigo 7.º)

O artigo 7.º da diretiva confere aos suspeitos ou acusados estrangeiros o direito de informar, sem demora injustificada, as autoridades consulares do país de nacionalidade da sua privação de liberdade e de comunicar com essas autoridades, se assim o desejarem. Além disso, o artigo 7.º garante que esses suspeitos e acusados têm o direito de ser visitados pelas suas autoridades consulares, o direito de conversar e trocar correspondência com elas e o direito de obter por meio destas representação legal.

A transposição do artigo 7.º da diretiva foi amplamente concluída em quase todos os Estados-Membros. Determinadas potenciais lacunas são maioritariamente cobertas pela aplicabilidade direta da Convenção de Viena de 1963 sobre as Relações Consulares¹⁴, incluindo o respetivo artigo 36.º. Tal compensará, por exemplo, a ausência de referências explícitas sobre a situação das pessoas com duas ou mais nacionalidades ou a possibilidade de obterem representação legal.

No entanto, existem dúvidas sobre a conformidade da legislação em cerca de metade dos Estados-Membros. Em vários Estados-Membros, tal deve-se a potenciais derrogações ao direito ou, no caso de um Estado-Membro, a uma referência muito vaga a comunicação através dos «meios disponíveis». Tais procedimentos ou legislação podem não permitir dar pleno efeito aos objetivos visados pelos direitos nos termos do artigo 7.º da diretiva (ver artigo 7.º, n.º 3). Nalguns outros Estados-Membros, as autoridades consulares são notificadas independentemente do consentimento da pessoa em causa. Tal não está em consonância com o artigo 7.º, n.º 1, uma vez que torna o ato de informar a autoridade consular pertinente dependente da vontade da pessoa.

3.8. Condições gerais de aplicação de derrogações temporárias (artigo 8.º)

O artigo 8.º da diretiva estabelece as condições adicionais para a aplicação das derrogações temporárias previstas nos artigos 3.º, n.ºs 5 e 6, e 5.º, n.º 3, da diretiva. O artigo 8.º, n.º 1, da diretiva exige que as derrogações: i) sejam proporcionadas em relação ao objetivo pretendido e não excedam o necessário para o atingir; ii) sejam estritamente limitadas no tempo; iii) não se baseiem exclusivamente no tipo ou na gravidade da infração alegada; bem como iv) não prejudiquem a equidade global do processo. As decisões de todas essas derrogações devem ser tomadas caso a caso, por uma autoridade judicial ou por outra autoridade competente, desde que a decisão possa ser submetida a controlo judicial. As derrogações estabelecidas no artigo 3.º, n.ºs 5 e 6, da diretiva devem ser autorizadas através de uma decisão devidamente fundamentada, que também deve ser registada.

O artigo 8.º, n.º 2, da diretiva diz respeito a possíveis derrogações ao direito de acesso a um advogado. Na maioria dos Estados-Membros que preveem tais derrogações e que transpuseram o artigo 8.º, n.º 2, da diretiva, a decisão relativa às derrogações pode ser tomada por uma autoridade que não seja uma autoridade judicial; apenas alguns desses Estados-Membros exigem a intervenção de uma autoridade judicial. Os requisitos de ter uma decisão fundamentada e de registar tal decisão, no caso de não transposição literal, podem, muitas vezes, ser inferidos a partir das regras processuais gerais. Surgiram questões de conformidade em vários Estados-Membros, em que, muitas vezes, apenas uma parte das disposições que preveem derrogações estabelece as garantias exigidas. Tal deve-se, em especial, à ausência de regras claras sobre o registo das decisões, bem como à ausência de regras que prevejam um controlo judicial caso as decisões sejam tomadas por organismos que não sejam autoridades judiciais e, em menor grau, a uma ausência de disposições sobre a natureza fundamentada da decisão.

¹⁴

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf

O artigo 8.º, n.º 3, da diretiva diz respeito a potenciais derrogações ao direito de informar um terceiro da privação de liberdade. Em muitos Estados-Membros que preveem tais derrogações e que transpuseram o artigo 8.º, n.º 3, da diretiva, a decisão relativa às derrogações pode ser tomada por uma autoridade que não seja uma autoridade judicial; apenas um número mais reduzido desses Estados-Membros exige a intervenção de uma autoridade judicial. Surgiram questões relacionadas com a transposição apenas nalguns Estados-Membros; tais questões estavam relacionadas com a ausência de regras que prevejam um controlo judicial caso as decisões sejam tomadas por organismos que não sejam autoridades judiciais ou até mesmo com a não transposição completa dos requisitos previstos no artigo 8.º, n.º 3, da diretiva.

3.9. Renúncia (artigo 9.º)

Esta disposição estabelece as garantias caso os suspeitos e acusados, independentemente da privação de liberdade, renunciem aos direitos previstos nos artigos 3.º e 10.º. A diretiva estipula que, nesses casos, o suspeito ou acusado deve receber informações claras e suficientes, numa linguagem simples e compreensível, sobre o conteúdo do direito em causa e sobre as possíveis consequências de a ele renunciar. Tais informações podem ser prestadas oralmente ou por escrito. Qualquer renúncia deve ser expressa de forma voluntária e inequívoca. Além disso, o artigo 9.º exige que a renúncia e as respetivas circunstâncias sejam registadas, bem como estipula que os suspeitos e acusados podem revogar a renúncia posteriormente, durante qualquer fase do processo penal. Os suspeitos e acusados devem ser informados sobre a possibilidade de revogar a renúncia. A referida revogação produz efeitos a partir do momento em que seja feita.

Um número significativo de Estados-Membros tem em vigor qualquer legislação que regulamenta a possibilidade de renúncia ao direito de acesso a um advogado. Todavia, cinco Estados-Membros não têm em vigor legislação a esse respeito. Um Estado-Membro não oferece qualquer possibilidade de renúncia ao direito de acesso a um advogado, sendo, portanto, a defesa sempre obrigatória.

Embora três Estados-Membros tenham transposto a diretiva quase literalmente, foram identificadas muitas lacunas na transposição do artigo 9.º. A transposição dos requisitos previstos no artigo 9.º, n.os 1 e 2, é adequada apenas nalguns Estados-Membros e, em muitos outros, existem questões graves relacionadas com a transposição. Tal deve-se, frequentemente, ao facto de as informações prestadas aos suspeitos ou acusados não excederem o exigido pelas disposições pertinentes da Diretiva 2012/13/UE relativa ao direito à informação, por exemplo, carece de informações sobre as consequências de uma renúncia. No que se refere ao artigo 9.º, n.º 3, a transposição pode ser reapreciada como satisfatória apenas nalguns Estados-Membros.

Em três Estados-Membros, apenas os adultos podem renunciar ao direito de acesso a um advogado. Um desses Estados-Membros também distingue entre uma renúncia ao direito de representação legal e ao direito de consulta com um advogado antes do interrogatório. Em dois Estados-Membros, a legislação relativa às renúncias está apenas prevista no âmbito das regras relativas ao que é considerado nesses Estados-Membros «defesa obrigatória», tornando a defesa, por conseguinte, não obrigatória.

3.10.Direito de acesso a um advogado nos processos de execução de mandados de detenção europeus (artigo 10.º)

3.10.1. Direito de acesso a um advogado no Estado-Membro de execução – artigo 10.º, n.os 1 e 2

O artigo 10.º, n.os 1 e 2, da diretiva refere que as pessoas sujeitas a um mandado de detenção europeu («pessoas procuradas») têm o direito de acesso a um advogado no Estado-Membro de execução após a detenção de acordo com o mandado. No Estado-Membro de execução, as pessoas procuradas têm o direito a um advogado, sem demora injustificada, a partir da privação de liberdade, o direito de se encontrar e de comunicar com o advogado que as representa e o direito de o seu advogado estar presente e participar efetivamente nos atos processuais. A participação do advogado na audição deve ser registada nos termos da legislação do Estado-Membro em causa.

Em muitos Estados-Membros, a legislação prevê a aplicação de algumas ou de todas as regras relativas ao processo penal com as necessárias adaptações. Tal significa que a essência dos direitos conferidos nos casos de mandados de detenção europeus corresponde ao direito que assiste aos suspeitos e acusados durante o processo penal nacional. Em cinco Estados-Membros, a transposição do direito de acesso a um advogado baseia-se exclusivamente nas regras específicas que regulamentam os processos de execução de mandados de detenção europeus e abordam os direitos previstos na diretiva nesse contexto.

Em 21 Estados-Membros, o direito de acesso a um advogado nos processos de execução de mandados de detenção europeus é claramente garantido após a detenção (artigo 10.º, n.º 1, da diretiva). Em quatro Estados-Membros, a garantia deste aspeto temporal é menos óbvia. Muitos dos Estados-Membros transpuseram corretamente o direito do advogado da pessoa procurada de participar na audição (artigo 10.º, n.º 2, alínea c), da diretiva).

Determinadas questões relacionadas com a correta transposição do artigo 10.º, n.º 2, da diretiva surgiram devido à aplicação, com as necessárias adaptações, das regras que regulamentam o processo penal. Tais questões incluem uma referência muito vaga à possibilidade de contactar um advogado «por quaisquer meios disponíveis» e à restrição da comunicação entre a pessoa procurada e o advogado a meia hora (ver pontos 3.3.2.1. e 3.3.3.). Uma vez que as regras de processo penal foram aplicadas com as necessárias adaptações, as derrogações ao direito de acesso a um advogado em processo penal também podem aplicar-se nos processos de execução de mandados de detenção europeus em vários Estados-Membros, algo que não está previsto no artigo 10.º, n.os 1 e 2, da diretiva.

3.10.2. Direito de acesso a um advogado no Estado-Membro de emissão – artigo 10.º, n.os 4 e 5

Nos termos do artigo 10.º, n.º 4, da diretiva, a pessoa procurada também tem o direito de constituir advogado no Estado-Membro de emissão. O advogado tem como função auxiliar o advogado do Estado-Membro de execução ao prestar-lhe informações e aconselhamento com vista a permitir que as pessoas procuradas exerçam efetivamente os direitos previstos nos processos de execução de mandados de detenção europeus. A autoridade competente do Estado-Membro de execução deve informar, sem demora injustificada, as pessoas procuradas sobre este direito após a privação de liberdade. O artigo 10.º, n.º 5, da diretiva refere que, caso a pessoa procurada pretenda exercer o direito de constituir advogado no Estado-Membro de emissão e ainda aí não tenha um advogado, a autoridade competente do Estado-Membro de execução deve informar imediatamente a autoridade

competente no Estado-Membro de emissão. A autoridade competente desse Estado-Membro deve prestar, sem demora injustificada, informações que ajudem a pessoa procurada a nele constituir advogado.

A legislação de quatro Estados-Membros não reflete o direito das pessoas procuradas de constituir advogado no Estado-Membro de emissão. Cinco Estados-Membros não garantem claramente que as pessoas procuradas recebam, sem demora injustificada, informações sobre este direito (artigo 10.º, n.º 4, da diretiva).

Além disso, o mecanismo de cooperação estabelecido no artigo 10.º, n.º 5, da diretiva não está, frequentemente, sujeito a regras específicas. Em sete Estados-Membros, a legislação carece do requisito de que a autoridade competente no Estado-Membro de execução informe imediatamente a autoridade competente no Estado-Membro de emissão nos casos em que as pessoas procuradas que ainda não tenham um advogado no Estado-Membro de emissão pretendam constituir um. A legislação de 10 Estados-Membros não transpõe igualmente o requisito de a autoridade competente do Estado-Membro de emissão prestar, sem demora injustificada, informações que ajudem a pessoa procurada a nele constituir advogado.

3.10.3. Aplicação, com as necessárias adaptações, de outros direitos previstos na diretiva – artigo 10.º, n.º 3

Nos termos do artigo 10.º, n.º 3, da diretiva, os direitos estabelecidos nos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º da diretiva aplicam-se, com as necessárias adaptações, aos processos de execução de mandados de detenção europeus. Caso seja aplicável uma derrogação ao artigo 5.º, n.º 3, o artigo 8.º da diretiva também é aplicável do mesmo modo aos processos de execução de mandados de detenção europeus.

A maioria dos Estados-Membros também remete na sua legislação relativa aos processos de execução de mandados de detenção europeus para as regras de processo penal que regulamentam os direitos dos suspeitos e acusados. Todavia, num número reduzido de Estados-Membros, tal aplicação com as necessárias adaptações não abrange claramente os requisitos integrais ou parciais estabelecidos nas disposições pertinentes da diretiva. Exemplos incluem os direitos de informar um terceiro e as autoridades consulares da privação de liberdade, o direito de comunicar com terceiros e com as autoridades consulares e as regras relativas à renúncia ao direito de acesso a um advogado.

Outra consequência da aplicação com as necessárias adaptações das regras que regulamentam o processo penal é que as questões relativas à transposição completa e correta dos artigos referidos no artigo 10.º, n.º 3, da diretiva possam, por sua vez, afetar os direitos previstos nos processos de execução de mandados de detenção europeus.

3.11. Assistência judiciária (artigo 11.º)

O artigo 11.º da diretiva refere que tal é sem prejuízo da legislação nacional em matéria de apoio judiciário, aplicável de acordo com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Este domínio encontra-se atualmente abrangido pela legislação da UE: Diretiva (UE) 2016/1919 relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus¹⁵. O artigo 12.º da diretiva estipula que os Estados-Membros devem colocar em vigor

¹⁵

JO L 297 de 4.11.2016, p. 1; retificação: JO L 91 de 5.4.2017, p. 40.

disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à diretiva até 5 de maio de 2019.

3.12. Vias de recurso (artigo 12.º)

O artigo 12.º, n.º 1, da diretiva estabelece a obrigação de garantir que os suspeitos ou acusados em processo penal dispõem de vias de recurso efetivas ao abrigo da legislação nacional em caso de violação dos direitos previstos na diretiva. Tal aplica-se igualmente às pessoas procuradas nos processos de execução de mandados de detenção europeus.

Os Estados-Membros transpuseram ampla e corretamente esta disposição. As vias de recurso remetem, frequentemente, para um direito de recurso ou remissão junto de um tribunal ou uma autoridade competente de uma instância superior ou preveem a invalidez ou a nulidade dos atos processuais que constituem uma violação substancial das regras processuais e uma violação dos direitos pertinentes. Além disso, os Estados-Membros podem estabelecer regras relativas a responsabilidade civil, disciplinar ou criminal, uma compensação ou a intervenção de um organismo público de supervisão, tal como um mediador.

Mais especificamente no que se refere ao direito de acesso a um advogado, o artigo 12.º, n.º 1, exige que os Estados-Membros assegurem que, em processo penal, na reapreciação das declarações feitas por um suspeito ou acusado ou das provas obtidas em violação do seu direito a um advogado, bem como nos casos em que tenha sido autorizada uma derrogação a esse direito nos termos do artigo 3.º, n.º 6, sejam respeitados os direitos da defesa e de equidade do processo. Tal não prejudica os sistemas e as regras nacionais relativamente à admissibilidade das provas. Esta disposição da diretiva toma em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conexa, que coloca a ênfase na garantia da equidade do processo ao comparar os direitos da defesa e as necessidades de investigação. Este exercício de avaliação comparativa é pormenorizado no considerando 50 da diretiva, utilizando a formulação do acórdão proferido no âmbito do processo *Salduz* pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁶.

Estão disponíveis em todos os Estados-Membros vias de recurso em situações de violação dos direitos de defesa. A legislação de vários Estados-Membros inclui regras explícitas relativas à exclusão das provas ou à nulidade dos atos. Em mais de metade dos Estados-Membros, as regras relativas às vias de recurso referem a ausência de intervenção de um advogado. Em vários Estados-Membros, os casos em que foi autorizada uma derrogação ao direito de acesso a um advogado são claramente abrangidos por tais regras.

3.13. Pessoas vulneráveis (artigo 13.º)

Nos termos do artigo 13.º da diretiva, as necessidades específicas dos suspeitos ou acusados vulneráveis devem ser tidas em conta na aplicação desta diretiva.

Os Estados-Membros possuem abordagens diferentes à transposição do artigo 13.º da diretiva. Todos os Estados-Membros possuem regras específicas relativas a pessoas com deficiência e menores. Algumas dessas disposições preveem a assistência obrigatória de um advogado em todos os casos ou em determinadas condições suplementares. Outras disposições nacionais referem a obrigação das autoridades de explicar os direitos aos suspeitos e acusados ou de verificar se estes compreenderam, de facto, esses direitos.

¹⁶ *Salduz contra Turquia* do TEDH, pedido n.º 36391/02.

4. CONCLUSÕES

A diretiva foi adotada para garantir que o direito dos suspeitos ou acusados de acesso a um advogado e de comunicar após uma detenção é aplicado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus. Através do estabelecimento de padrões mínimos comuns europeus, a diretiva tem um impacto significativo na proteção dos suspeitos ou acusados nos Estados-Membros. Tal é alcançado através de uma aplicação mais coerente dos direitos e das garantias estabelecidos nos artigos 47.º e 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais e do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Deste modo, a diretiva contribui para reforçar a confiança mútua entre os Estados-Membros, conforme estabelecido no roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou dos acusados em processo penal.

Em geral, a diretiva proporcionou um valor acrescentado para a UE ao reforçar a proteção dos cidadãos envolvidos em processos penais, em especial, nalguns Estados-Membros em que o direito de acesso a um advogado não era conferido a todos os suspeitos e acusados, sobretudo nas fases iniciais do processo. Além disso, está agora claramente estabelecido um direito de acesso a um advogado no Estado-Membro de emissão de um mandado de detenção europeu.

A extensão do impacto da diretiva nos Estados-Membros varia em função dos sistemas nacionais de justiça penal em vigor. O presente relatório de execução salienta que ainda existem dificuldades em relação às principais disposições da diretiva em vários Estados-Membros. Tal é particularmente o caso no que se refere:

- ao âmbito de aplicação dos direitos previstos na diretiva;
- ao alcance das possíveis derrogações, em especial, ao direito de acesso a um advogado;
- à renúncia ao direito de acesso a um advogado; bem como
- ao direito de acesso a um advogado no Estado-Membro de emissão de um mandado de detenção europeu.

Estas lacunas podem afetar a correta aplicação de outras diretivas relativas aos direitos processuais, em especial, a Diretiva (UE) 2016/1919 relativa ao apoio judiciário em processo penal, que assenta na presente diretiva (ver artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2016/1919). A Diretiva (UE) 2016/1919 teve de ser transposta pelos Estados-Membros até 5 de maio de 2019¹⁷.

Além disso, a avaliação mostra que, embora não seja atualmente necessário rever a diretiva, a respetiva transposição para a legislação nacional e a aplicação prática devem ainda ser melhoradas. A Comissão continuará a reapreciar a conformidade dos Estados-Membros com a diretiva e a tomar as medidas apropriadas para garantir a conformidade com as respetivas disposições em todo o território da União Europeia.

¹⁷ Ver retificação: JO L 91 de 5.4.2017, p. 40.