Constituiu objectivo da Comissão Europeia na apresentação do Livro Verde examinar até que ponto as questões ligadas à detenção têm impacto na confiança recíproca e, por conseguinte, mo reconhecimento mútuo e na cooperação judiciária em geral na União Europeia.

O Livro abrange justamente a relação entre as condições de detenção e os instrumentos de reconhecimento mútuo, nomeadamente o mandado de detenção europeu bem como a detenção anterior ao julgamento, abrindo assim uma vasta consulta pública com base em dez questões aí enunciadas.

Entende a Comissão que uma série de instrumentos de reconhecimento mútuo são potencialmente afectados pela questão das condições de detenção: trata-se das decisões-quadro do Conselho relativas ao mandado de detenção europeu (Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 – JO L190 de 18.07.2002), à transferência dos detidos (Decisão-Quadro do Conselho 2008/909/JAI de 27 de Novembro de 2008 – JO L327, de 5.12.2008, pg.27), ao reconhecimento mútuo das penas alternativas e da liberdade condicional (Decisão-Quadro do Conselho 2008/947/JAI de 27 de Novembro de 2008 – JO L337, de 16.12.2008, pg.102) e à decisão europeia do controlo judicial (Decisão-Quadro do Conselho 2009/829/JAI de 23 de Outubro de 2009 – JO L294, de 11.11.2009, pg.20).

Ora, a questão de saber se as condições de detenção são de natureza a permitir o estabelecimento da confiança mútua têm de ser abordada antes das decisões-quadro serem transpostas (respectivamente em 2011 e 2012) para assegurar que não haja entraves à aplicação dos instrumentos de reconhecimento mútuo na União; é, pois, segundo a Comissão, importante que os Estados-Membros as transponham rapidamente para a sua legislação nacional e as apliquem correctamente.

No que concerne ao mandado de detenção europeu, foi feito um trabalho científico rigoroso de análise pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra no qual intervieram vários juízes portugueses. O Relatório em causa, que aborda o modo como o mandado de detenção europeu tem vindo a ser aplicado em diferentes jurisdições, indicando situações de estrangulamento e apontando possíveis melhoramentos, encontra-se integralmente disponível "online" na ligação disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/EAW_Final_Report_Nov_2010.pdf.

Nele encontram-se reflexões úteis para aquilatar das condições de aplicabilidade do mandado de detenção europeu, das dificuldades detectadas e dos modos possíveis de as ultrapassar com particular enfoque na realidade portuguesa retratada no Capitulo VI (pgs. 349 a 472). Permitimo-nos destacar como obstáculos à operacionalidade na tramitação deste procedimento comunitário a incorrecção no preenchimento dos formulários relativos ao MDE, as dificuldades, imprecisões e erros nas traduções para a língua nativa e a própria discrepância na valoração deste instrumento pelos diferentes Estados-Membros sendo que, por via de regra, os países mais antigos da União apenas a ele recorrem nos crimes mais graves ao passo que se vem revelando mais

abrangente a delimitação no recurso a tal ferramenta judiciária nos Estados que mais recentemente aderiram à UE.

Remetemos para este estudo uma resposta estatística e fundamentada à questão nº6 colocada pela Comissão Europeia (pg.14).

3. Apreciação das Questões Enunciadas

3.1. Perguntas relativas aos instrumentos de reconhecimento mútuo

No que concerne às medidas alternativas à prisão preventiva antes do julgamento, existem várias no sistema processual penal que vão desde o termo de identidade e residência (previsto no artigo 196º do Código do Processo Penal), à caução (art.197º do CPP), obrigação de apresentação periódica a entidade judiciária ou a órgão de policia criminal (art.198º do CPP), suspensão do exercício de profissão, de função, de actividade e de direitos (art.199º do CPP), proibição e imposição de condutas como, por exemplo, não permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou concelho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes, não se ausentar da povoação, freguesia ou concelho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho, não contactar, por qualquer meio, com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares ou certos meios, etc. (art.200º do CPP) e ainda, como medida mais gravosa alternativa à prisão preventiva, a obrigação de permanência na habitação (art.201º do CPP).

Numa análise da medida que poderia ser promovida a nível da União Europeia considerando o modo positivo como vem funcionando em Portugal, teríamos precisamente esta última de obrigação de permanência na habitação sujeita a vigilância electrónica.

Divulgada externamente como um exemplo de Boas Práticas na gestão judiciária, a vigilância electrónica é usada na fiscalização da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação mas também na execução da pena de prisão em regime de obrigação de permanência na habitação e na execução da adaptação à liberdade condicional. Pode ainda ser utilizada na fiscalização da proibição de contactos entre vítima e agressor no âmbito do crime de violência doméstica.

Constitui tal instrumento um contributo para evitar o excesso da população prisional e os seus custos proporcionando novos instrumentos ao serviço da ressocialização dos delinquentes e de redução dos casos de reincidência. Esta vigilância electrónica permite ainda soluções flexíveis e ajustadas às decisões dos tribunais, oferecendo igual rigor na verificação do confinamento seja ele permanente ou parcial. Independentemente do enquadramento processual, permite obviamente a diminuição de custos relativamente à solução prisional, pois não implica infra-estruturas pesadas, recursos humanos intensivos e elevados encargos de funcionamento.

Este dispositivo é de funcionamento permanente, 24h por dia, 365 dias por ano, cobrindo todo o território nacional e assegurando todos os procedimentos inerentes à execução das medidas e penas com VE.

Por definição, as medidas com vigilância electrónica são de confinamento à habitação. No entanto, este regime geral pode ser flexibilizado em função das condições do arguido ou condenado, segundo uma decisão judicial.

O sistema adoptado em Portugal baseia-se na tecnologia de rádio frequência. É o mais vulgarizado em todo o mundo e visa a monitorização telemática posicional, isto é, a vigilância de determinada pessoa em local previamente definido. O arguido é portador de um dispositivo de identificação pessoal (DIP), vulgo pulseira electrónica, que transmite sinais em rádio frequência codificados, a intervalos de tempo curtos. Este sistema de vigilância electrónica permite verificar permanentemente se o arguido sai ou entra na habitação e, portanto, se está ou não na habitação, danifica, tenta danificar ou retira o equipamento, desloca a unidade de monitorização local ou a desliga da energia eléctrica ou da rede de telecomunicações. A integridade dos equipamentos e das transmissões estão salvaguardadas por sucessivos mecanismos de segurança defensiva e reactiva.

Afigura-se-nos, pois, poder esta medida alternativa à prisão ser devidamente desenvolvida e estimulada num contexto alargado a nível europeu particularmente em situações onde resulte mais evidente a possibilidade de ressocialização do delinquente.

3.2. Perguntas sobre a prisão preventiva

No sistema jurídico português, o recurso aos meios de coacção deve ser orientado pelos princípios da legalidade, da proporcionalidade e adequação e da necessidade enunciados expressamente nos artigos 191.º e 193.º do Código de Processo Penal. Sucede que no instituto da prisão preventiva português existe um acentuado comprometimento todos estes princípios, especialmente o da necessidade e concomitantemente o seu carácter excepcional, subsidiário e não obrigatório, dando-se, assim, prevalência nomeadamente à aplicação da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação conforme sempre decorreria do disposto nos artigos 27.º, n.º 3 e 28.º, n.º 2, ambos da Constituição da República Portuguesa.

A prisão preventiva encontra-se elencada como a medida mais grave no grupo das medidas de coacção estabelecidas no nosso ordenamento processual penal apenas podendo ser aplicada se e quando todas as outras se mostrem desadequadas.

Além da natureza excepcional e residual da prisão preventiva, estabeleceu ainda o ordenamento jurídico português um regime exaustivo sobre a execução desta medida de coacção, sujeitando-a ao reexame dos respectivos pressupostos, de três em três meses (cf. art. 213.º do CPP) e preceitua a concepção da sua necessidade pela inadequação ou insuficiência de outras medidas,

Neste âmbito, FREDERICO ISASCA ("A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção" - in PALMA, Maria Fernanda, coord. - Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos

Fundamentais. Lisboa: Livraria Almedina – Coimbra, 2004. pgs. 99-108) expõe a importância de referir mais dois princípios: o da jurisdicionalização, que visa assegurar a máxima objectividade e imparcialidade na restrição de direitos, liberdades e garantias em processo penal, atribuindo a um juiz, em exclusivo e de forma indelegável – salvo o termo de identidade e residência que, também, pode ser aplicado pelo Ministério Público e pelos Órgãos de Policia Criminal segundo os termos do n.º 1 do art. 194.º e 196.º do CPP –, a competência para a aplicação das medidas de coacção e o da cumulação, pois sempre que a cumulação de duas ou mais medidas de coacção se revele suficiente e adequada para cumprir as finalidades constantes do art. 204.º do CPP, em face da aplicação de uma medida mais gravosa, deverá optar-se pela cumulação, em prejuízo da medida mais gravosa.

Pela sua natureza cautelar e considerando o carácter excepcional da prisão preventiva, as medidas de coacção apenas podem ser aplicadas a partir de pressupostos elencados no art. 204.º do CPP. Estes pressupostos têm de ser reais e baseados em factos concretos que demonstrem que a liberdade do agente representa um perigo real para o andamento do processo criminal e não em suposições ou meros juízos de valor.

Assim, para a aplicação da prisão preventiva devem verificar-se os seguintes pressupostos:

- existência de um dos requisitos gerais não cumulativos estabelecidos no art. 204.º5, a saber: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso inquérito ou da instrução do processo nomeadamente perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; c) perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou da continuação da actividade.

- existência de fortes indícios da prática de crime doloso, punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a cinco anos (cf. art. 202.º, n.º 1, al. a) do CPP salvo nos casos de crimes dolosos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, puníveis com pena de prisão de máximo superior a três anos em que é legalmente possível a imposição desta medida de coacção (cf. art. 202.º 1, b) do CPP).

- tratar-se de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição.

Caso o arguido, sujeito à prisão preventiva, sofrer de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvindo o defensor e, sempre que possível, um familiar, enquanto a anomalia psíquica se mantiver, em vez da prisão preventiva tenha lugar o internamento em hospital psiquiátrico ou outra instituição análoga adequada com vista a adoptar as respectivas medidas cautelares necessárias à prevenção de perigo de fuga ou perigo de cometimento de novos crimes (cf. art. 202.º, n.º 2 do CPP).

Nos casos em que o arguido tenha em curso um programa de tratamento de toxicodependência não é imposta a prisão preventiva, salvo se existirem, em concreto,

necessidades cautelares de especial relevância (cf. art. 55.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro).

Todas as medidas de coacção são aplicadas apenas por despacho judicial (decisão do juiz), com excepção do termo de identidade e residência que, também, pode ser aplicado pelo Ministério Público e pelos Órgãos de Policia Criminal, segundo os termos do n.º 1 do art. 194.º e 196.º do CPP, precedido de audição do arguido.

A prisão preventiva tem prazos legalmente estabelecidos Os prazos de duração máxima estão previstos no art. 215.º do CPP, realçando-se, neste preceito legal, a necessidade de, na sua contagem, incluírem-se os períodos aos quais o arguido teve sujeito à obrigação de permanência na habitação.

Nos casos-regra, a prisão preventiva não pode exceder quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; oito meses sem que tenha sido proferida decisão instrutória, no caso de se ter procedido a instrução; um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em primeira instância; e um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

Como se alcança do sumariamente exposto, existe um princípio no sistema jurídico português que entende a prisão preventiva como a última "ratio" na definição das medidas de coação. Esse princípio tem uma forte componente operativa tendo procurado explicitar-se quais os procedimentos e normas concretas que explicitam esse princípio no ordenamento penal português.

*

Quanto à pergunta 5, entendemos que, de facto, as diferenças existentes nos Estados-Membros nestas matérias podem constituir um entrave ao estabelecimento de um clima de confiança mútua. Entendemos, do mesmo modo, ser extremamente oportuno a fim de reforçar a confiança mútua que a UE disponha de normas mínimas aplicáveis à prisão preventiva e ao reexame periódico dos seus pressupostos, conforme se aventa na pergunta 7.

Neste contexto, importaria que se distinguissem com absoluta clareza duas situações manifestamente inconfundíveis. Assim, a ponderação dos prazos de prisão preventiva deve ser bem distinta consoante esteja em causa uma prisão que decorre sem que haja qualquer decisão judicial relativa ao(s) crime(s) em causa no processo de uma outra em que tal decisão já tenha sido proferida e, porque foi alvo de recurso judicial nos termos legais, apenas não transitou em julgado, tornando-se final.

Por vezes, a ausência de destrinça entre estas duas situações pode conduzir a distorções na apreciação da qualidade do respectivo sistema judicial.

Em tese geral, deve existir uma monitorização e uma constante preocupação em reduzir os períodos de prisão preventiva antes do julgamento e decisão do tribunal admitindo alguma flexibilidade quando essa prisão preventiva ocorre quando já exista uma decisão sobre a questão de fundo aguardando apenas esta os trâmites decorrentes de eventuais recursos para os tribunais de

instância superior; nesta última situação, houve uma apreciação pelo Tribunal dos factos criminosos e um juízo aprofundado sobre a culpabilidade do agente pelo que a manutenção deste em prisão preventiva assume contornos diferenciados relativamente a uma mera apreciação perfunctória, ainda sem as garantias oferecidas pelo julgamento dos factos ilícitos em apreço.

3.3. Perguntas sobre menores e prisão preventiva

É facto que os menores se encontram numa posição particularmente vulnerável em relação à prisão preventiva. Anote-se, porém, que, como se alude no documento emanado da Comissão Europeia, em Portugal a idade mínima da responsabilidade penal é de 16 anos o que corresponde a um patamar máximo em termos comparativos com os restantes países da União Europeia.

Quanto à pergunta 8) em concreto temos que em Portugal a circunstância de apenas a partir dos 16 anos de idade se permitir a possibilidade de prisão atenua naturalmente as necessidades de consolidação das medidas de protecção dos direitos de protecção em processo penal incluindo no que respeita à detenção (vide art.37° da Convenção das Nações Unidas).

As medidas alternativas à detenção que possam ser desenvolvidas em relação aos menores, pelo menos de idade inferior a 16 anos, desembocam necessariamente na implementação de estabelecimentos de matriz semelhante aos actuais existentes no nosso país denominados Centros Educativos.

As medidas institucionais sobre jovens de idade inferior a 16 anos estão previstas na Lei Tutelar Educativa e consistem no afastamento temporário do jovem do seu meio habitual de vida através da sua colocação em Centros Educativos, por ordem do Tribunal.

Existem diferentes tipos de medidas institucionais, em função dos seus objectivos e fase do processo: Medida Cautelar de Guarda; Internamento para realização de Perícia sobre a Personalidade; Medida de Detenção; Medida de Internamento e Internamento em fins-de-semana

Assim, um jovem pode ser colocado num Centro Educativo por ordem do Tribunal antes da audiência em julgamento, porque está indiciado na prática de um facto considerado como crime e foi-lhe aplicada uma Medida Cautelar de Guarda, Internamento para realização de Perícia sobre a Personalidade ou Medida de Detenção.

A medida tutelar de internamento visa proporcionar ao jovem a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de capacidades que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável.

Em síntese, em matéria de menores, as sugestões desembocariam em duas situações distintas que coincidem com opções de fundo já tomadas em Portugal. A primeira prende-se com a uniformização da idade mínima para a responsabilidade penal em moldes que contemplem a diferenciação entre o tratamento de crianças com a dos adultos e a segunda remete-nos para a necessidade definição de regras específicas na estruturação dos estabelecimentos de detenção de menores de molde a que este se não confundam com estabelecimentos prisionais para adulta e que sejam encarados e geridos tendo em conta as especificidades das crianças e jovens em particular

impondo a separação dos delinquentes adultos e permitindo um contacto mais próximo com a família.

3.4. Perguntas sobre o controlo e as condições de detenção

As perguntas 9) e 10) versam sobre eventuais mecanismos que permitam a promoção de um melhor controlo das condições de detenção pelos Estados-Membros em linha nomeadamente com o trabalho desenvolvido pelo Conselho da Europa.

Os esforços aventados concentram-se na monitorização das situações de desrespeito das condições de detenções tidas como adequadas e pela implementação de padrões mínimos de actuação que sejam estendidos aos regimes diversos de cada Estado-Membro.

A criação, ainda que num contexto de coordenação à escala da União Europeia entre as instituições nacionais respectivas com competências em matéria de administração prisional, de um sistema com características de Observatório das condições de detenção nos estabelecimentos prisionais poderia funcionar como factor agregador visando assegurar o bom funcionamento dos instrumentos de reconhecimento mútuo. A concatenação desse trabalho de coordenação com as orientações globais sobre o funcionamento dos estabelecimentos prisionais e o tratamento dos detidos plasmados nas regras penitenciárias europeias adoptadas pelo Conselho da Europa em Janeiro de 2006 permitirá igualmente uma maior uniformidade de procedimentos.

A difusão por cada Estado-Membro das boas práticas nestes diferentes vectores relativos a situações de detenção de modo a divulgar e disseminar as possibilidades de aplicação das mesmas, a monitorização permanente através das estruturas institucionais existentes das situações tidas como de desvio, a exigir correcção, e a partilha de experiencias nestas matérias com a criação de redes formais e informais de circulação da informação constituem as vertentes de actuação a aprofundar no quadro da União Europeia de modo a estimular a confiança recíproca e o reconhecimento mútuo. Em concreto, foram sendo aventadas situações relativas à realidade portuguesa indo ao encontro das questões formuladas às quais se procurou responder enquanto se foram delineando estratégias ou procedimentos úteis para o reforço da confiança mútua no espaço judiciário europeu.

Aos 3 de Outubro de 2011.

.....

José Manuel Igreja Martins Matos
Juiz de Direito
Adjunto do Gabinete de Apoio do Conselho Superior da Magistratura (em acumulação de funções)