

Processo C-347/21**Pedido de decisão prejudicial****Data de entrada:**

4 de junho de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial Bulgária)

Data da decisão de reenvio:

3 de junho de 2021

Arguido:

DD

Outra parte no processo:

Spetsializirana prokuratura

DECISÃO[...] *[omissis]*

- 1 O órgão jurisdicional de reenvio tem dificuldade em apreciar o conteúdo exato do Acórdão de 13 de fevereiro de 2020, no processo C-688/18, EU:C:2020:94, no que respeita à maneira de proceder para sanar um vício resultante da violação do direito do arguido de assistir pessoalmente ao processo penal e, em especial, se devem ser tomadas medidas de instrução adicionais ou repetidas na presença do arguido. Além disso, [o órgão jurisdicional não tem a certeza] se esta solução jurídica se aplica igualmente em caso de violação do direito do arguido de ser defendido por um advogado.

Por este motivo, é necessário solicitar ao Tribunal de Justiça da União Europeia uma decisão prejudicial.

Matéria de facto

- 2 DD foi acusado de ser membro, juntamente com quatro outras pessoas, de uma organização criminosa que, com o objetivo de enriquecer, se dedicava à

introdução ilegal na Bulgária de nacionais de países terceiros (Bangladesh e Iraque), prestava auxílio para tal, aceitava e pagava subornos nesse contexto. Na referida organização estavam envolvidos agentes públicos, uma vez que três dos arguidos, incluindo DD, eram agentes da «Granichna politzia» (polícia de fronteiras) no aeroporto de Sófia. Os atos descritos são puníveis por força do artigo 321.º, n.º 3, ponto 2, conjugado com o n.º 2 do Nakazatelen kodeks (Código Penal, a seguir «NK»). Além disso, foi acusado de, a fim de obter uma vantagem patrimonial, ter auxiliado pessoas concretas (MM e RB) a entrar ilegalmente no país, conduta punível por força do artigo 281.º, n.º 2, do NK.

- 3 O arguido DD e o seu advogado VV compareceram na audiência marcada para 15 de outubro de 2020. Foram inquiridas algumas testemunhas, entre elas a testemunha com a identidade secreta n.º 263. O advogado VV teve a possibilidade de interrogar a testemunha. Devido à hora avançada, a inquirição da testemunha foi adiada para outro dia - 30 de novembro de 2020.
- 4 Em 27 de novembro de 2020, foi recebido um pedido de adiamento do advogado VV, no qual este declarou que ainda não tinha recuperado após uma doença de coronavírus.
- 5 Na audiência que teve lugar em 30 de novembro de 2020, o arguido DD apresentou um pedido de adiamento do processo devido à ausência do seu advogado. Não obstante, o órgão jurisdicional iniciou a audiência e prosseguiu com a inquirição da testemunha n.º 263.

O órgão jurisdicional reconheceu que isto violava os direitos do arguido DD de ser representado por um advogado; violava também o direito do advogado VV de assistir e participar na audiência. Não obstante o acima exposto, o órgão jurisdicional decidiu que a inquirição da testemunha deveria prosseguir, dando às outras partes a oportunidade de a interrogar. Ao mesmo tempo, o órgão jurisdicional precisou que a testemunha seria convocada para a audiência seguinte, para que o advogado VV a pudesse interrogar. O órgão jurisdicional partiu do princípio de que assim eliminaria o efeito negativo da realização da audiência em 30 de novembro de 2020 na ausência do advogado VV. Baseou-se no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-688/18.

Continuou-se com a inquirição da testemunha n.º 263, tendo as partes presentes colocado as suas questões. Uma cópia da ata foi enviada ao advogado VV. A audiência seguinte foi marcada para 18 de dezembro de 2020.

- 6 Em 4 de dezembro de 2020, o advogado VV apresentou uma cópia de um atestado médico que certificava não poder comparecer na data da audiência de 30 de novembro de 2020.
- 7 Em 10 de dezembro de 2020, o advogado VV apresentou um documento certificando que o arguido DD tinha a doença coronavírus. Apresentou um pedido de adiamento.

Em 15 de dezembro de 2020, o advogado VV apresentou um documento certificando que tinha problemas de saúde adicionais, bem como um documento adicional relativo à doença do arguido DD. Apresentou um pedido de adiamento.

- 8 Apesar disso, a audiência realizou-se em 18 de dezembro de 2020. O órgão jurisdicional reiterou que havia que ouvir a testemunha YAR, que tinha comparecido, sendo dada ao advogado VV e ao arguido DD a oportunidade de a interrogar na audiência seguinte. O órgão jurisdicional baseou-se novamente no Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-688/18.

Esta decisão judicial foi bastante criticada pelos outros advogados.

Foi inquirida a testemunha YAR. Foram enviadas cópias da ata ao arguido DD e ao advogado VV.

- 9 A audiência seguinte teve lugar em 11 de janeiro de 2021. O arguido DD e o advogado VV compareceram a essa audiência.

O advogado VV criticou a decisão do órgão jurisdicional de realizar as audiências nas datas de 30 de novembro de 2020 e 18 de dezembro de 2020, alegando que os direitos da defesa tinham sido violados. Argumentou que o órgão jurisdicional tinha interpretado incorretamente o direito da União e, mais precisamente, o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-688/18. Referiu que, em qualquer caso, esse acórdão diz respeito à ausência do arguido, mas não à ausência do defensor. Acresce que se refere a uma legislação nacional que permite o julgamento na ausência do arguido e do seu advogado, o que é proibido pela ordem jurídica búlgara. Além disso, a Diretiva estabelece normas mínimas, ao passo que o padrão nacional prevê garantias reforçadas.

Tendo em conta estas objeções, o órgão jurisdicional decidiu que não era de facto claro se as regras que protegem o direito do arguido de estar presente pessoalmente, tal como são definidas no Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-688/18, se aplicam também ao advogado. Precisou que foram violados os direitos do arguido DD e do advogado VV de estarem presentes pessoalmente nas audiências de 30 de novembro de 2020 e 18 de dezembro de 2020, e considerou que esta violação poderia ser sanada através de uma inquirição adicional das testemunhas. Neste contexto, discordou das alegações da defesa de que o direito nacional oferece um nível de proteção mais elevado e que, por isso, a aplicação do direito da União estava excluída.

O órgão jurisdicional decidiu que a inquirição adicional da testemunha n.º 263 e da testemunha YAR devia ser conduzida na presença do advogado VV e do arguido DD, sendo depois necessário determinar se e em que medida a violação tinha sido sanada.

- 10 Na audiência de 22 de fevereiro de 2021 foram inquiridas as duas testemunhas. Tanto o arguido DD como o advogado VV estiveram presentes pessoalmente e puderam interrogá-las.

O arguido DD não colocou nenhuma questão, e o advogado VV apenas interrogou a testemunha YAR. Indicou expressamente que não tinha perguntas para a testemunha com a identidade secreta n.º 263.

Na sequência desta afirmação, a inquirição da testemunha n.º 263 prosseguiu com a leitura das declarações feitas por ela na fase pré-contenciosa do processo. As outras partes e o órgão jurisdicional interrogaram-na, mas o arguido DD e o advogado VV não o fizeram. Ambos declararam não ter quaisquer questões.

- 11 Nesta audiência, o órgão jurisdicional voltou a perguntar se o advogado VV considerava que a violação do direito à presença pessoal (sua e do arguido) que ocorreu nas audiências de 30 de novembro de 2020 e 18 de dezembro de 2020 tinha sido sanada pela inquirição da testemunha YAR e da testemunha n.º 263.

O advogado VV manteve que a violação não tinha sido sanada, uma vez que um ato processual ilegal não podia ter efeitos legais. Sustentou que só na presença de todas as partes é possível obter provas admissíveis. Por este motivo, considerou que a referida violação só podia ser sanada repetindo a inquirição das testemunhas n.º 263 e YAR sobre as questões formuladas nas audiências de 30 de novembro de 2020 e 18 de dezembro de 2020.

- 12 O órgão jurisdicional declarou que, tendo em conta a dificuldade desta questão, decidiria sobre ela numa data posterior. No entanto, considerando que não podia, por si só, chegar a uma resposta convincente, decidiu solicitar ao Tribunal de Justiça da União Europeia uma decisão prejudicial.

13 Direito da União

Diretiva 2013/48/UE 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 (JO 2013, L 294, p. 1) (a seguir «Diretiva 2013/48»).

Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal (JO 2016, L 65, p. 1) (a seguir «Diretiva 2016/343»).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 2020 no processo C-688/18, EU:C:2020:94.

Direito nacional

- 14 O artigo 55.º do Nakazatelnó protsesualen kodeks (Código de Processo Penal, a seguir «NPK») dispõe:

«O arguido tem os seguintes direitos: [...] participar no processo penal [...] ter um defensor.»

Nos termos do artigo 99.º do NPK:

«O defensor tem os seguintes direitos: [...] participar no processo penal [...]»

O artigo 271.º, n.º 2, do NPK dispõe:

«A audiência será suspensa se as seguintes pessoas não comparecerem:

[...]

2. o arguido [...]

3. o defensor [...]»

A audiência na ausência do arguido só é admissível se este não puder ser localizado ou tiver dado o seu consentimento com pleno conhecimento de causa (artigo 269.º, n.º 3, do NPK). Se a causa for julgada na ausência do arguido, a defesa por um advogado é obrigatória (artigo 94.º, n.º 1, ponto 8, do NPK).

Estas disposições da lei nacional aplicam-se a todo o processo judicial e não apenas a uma única audiência.

- 15 Nos termos do direito nacional, uma recolha de provas (no presente processo: a inquirição das testemunhas) na ausência do arguido e do seu advogado lesa o direito do arguido de estar presente pessoalmente e de ter um advogado.
- 16 É pacífico que esta irregularidade processual só pode ser sanada se estas testemunhas forem novamente convocadas e se for dada ao arguido e ao seu advogado a oportunidade de as interrogar.

Contudo, o direito nacional não regula expressamente o carácter desta nova inquirição de testemunhas, em particular se se trata de uma inquirição adicional ou repetida.

No caso de uma inquirição adicional, continuam a ser importantes as declarações feitas por estas testemunhas na ausência do arguido e do seu advogado de defesa. Isto porque a informação foi dada em resposta a perguntas das outras partes presentes. Durante a nova inquirição das testemunhas, o arguido anteriormente ausente e o advogado de defesa anteriormente ausente estão presentes e podem colocar as suas questões. Assim, são plenamente exercidos o direito de estar presente pessoalmente e o direito de ser defendido por um advogado.

No caso de uma inquirição repetida, as declarações feitas pelas testemunhas na ausência do arguido e do advogado de defesa perdem a sua importância. Isto deve-se ao facto de as informações terem sido prestadas na ausência do arguido e do seu defensor. Na nova inquirição das testemunhas, não só o arguido

anteriormente ausente e o advogado de defesa anteriormente ausente devem colocar as suas questões, mas também as outras partes, não obstante a sua presença na inquirição anterior, devem colocar de novo as suas questões.

- 17 O direito nacional não regula expressamente a questão de saber se há que realizar uma inquirição adicional ou repetida. Todavia, existem indícios de que basta realizar uma inquirição adicional.

Nos termos do artigo 348.º, n.º 3, ponto 1, do NPK:

«O incumprimento das regras processuais é substancial quando:

1. implicou uma limitação dos direitos processuais das partes e não foi sanado.»

Sendo necessária uma inquirição repetida, a inquirição inicial perde o seu valor jurídico. Por esta razão, não deve ser tida em conta pelo órgão jurisdicional para proferir a sua decisão. Logo, esta inquirição, desprovida de relevância jurídica, não implicaria uma limitação dos direitos processuais das partes.

Se for necessária uma inquirição adicional, a primeira inquirição conserva o seu valor jurídico. Esta decorreu na ausência do arguido e do seu defensor e, por isso, acarretou uma limitação dos seus direitos processuais. Com a nova inquirição das mesmas testemunhas, que permite ao arguido e ao seu advogado interrogar as testemunhas, é sanado o incumprimento das regras processuais.

Nesta perspetiva, a disposição do artigo 348.º, n.º 3, ponto 1, do NPK só se aplica, em relação aos factos do processo principal, à inquirição adicional e não à inquirição repetida. Ela exige uma certa qualidade da nova inquirição das mesmas testemunhas, que consiste em dar ao arguido e ao seu advogado, ausentes na inquirição prévia, uma oportunidade plena de interrogação. Se for dada essa oportunidade, a irregularidade anterior será sanada.

- 18 Questões prejudiciais

O direito do arguido de estar pessoalmente presente, garantido pelo artigo 8.º, n.º 1, conjugado com o artigo 10.º, n.º 1, e o considerando 44 da Diretiva 2016/343, é respeitado quando, numa determinada audiência, uma testemunha foi inquirida na ausência do arguido, mas este teve a oportunidade de interrogar a testemunha na audiência seguinte, tendo declarado que não tinha nenhuma questão a colocar, ou, para respeitar o direito do arguido de estar pessoalmente presente, é necessário repetir por completo a inquirição, incluindo a repetição das questões das outras partes que estiveram presentes na primeira inquirição?

O direito de ser defendido por um advogado, garantido pelo artigo 3.º, n.º 1, lido em conjugação com o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2013/48, é respeitado quando duas testemunhas foram inquiridas em duas audiências diferentes na ausência do advogado, mas foi dada ao advogado a oportunidade de

interrogar as duas testemunhas na audiência seguinte, ou é necessário, a fim de salvaguardar o direito de defesa por um advogado, que essas duas audiências, incluindo as questões das outras partes da primeira audiência, sejam repetidas na íntegra e, além disso, que seja dada ao advogado que esteve ausente nas duas audiências anteriores a oportunidade de colocar as suas questões?

Fundamentação do pedido de decisão prejudicial

19 Quanto à primeira questão:

No Acórdão no processo C-688/18, EU:2020:94, o Tribunal de Justiça declara, nos n.ºs 47 e 48, que o direito do arguido a comparecer em julgamento não é violado quando, embora estivesse ausente de uma audiência, obteve a repetição, na sua presença, dos atos praticados na sua ausência.

Contudo, não há clareza quanto à importância que o Tribunal de Justiça atribui à exigência de repetição destes atos. Mais concretamente, se é necessário repetir toda a inquirição (o que significaria que as partes anteriormente presentes, que já colocaram as suas questões, colocam agora as mesmas questões e o arguido anteriormente ausente pode depois formular as suas questões) ou se a inquirição deve ser repetida unicamente com vista a proteger os direitos do arguido ausente (o que significa que o arguido anteriormente ausente tem a possibilidade de colocar questões).

Por um lado, o Tribunal de Justiça refere, no n.º 47, uma «inquirição adicional» («further examination», «l'audition supplémentaire»), um indício de que a inquirição anterior mantém a sua validade.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça refere, no n.º 48, uma «repetição» («has had repeated [...] the steps», «la réitération»), um indício de que a inquirição anterior perde a sua validade.

Além disso, o Tribunal de Justiça declara no dispositivo: «nomeadamente procedendo à inquirição adicional de uma testemunha [...]» («to repeat those steps, in particular by conducting a further examination», «a réitérer lesdits actes, notamment en procédant à l'audition supplémentaire»). Consequentemente, o Tribunal de Justiça relaciona claramente a repetição com a inquirição adicional. No entanto, não é claro qual o significado que o Tribunal de Justiça atribui aos termos utilizados, uma vez que, de acordo com a terminologia jurídica nacional, «inquirição repetida» e «inquirição adicional» são termos diferentes, mutuamente exclusivos.

20 Por conseguinte, a primeira questão visa esclarecer se a realização de uma «inquirição adicional» basta para cumprir o artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2016/343 ou se é necessária uma «inquirição repetida» (v., *supra*, n.º 16) para

poder considerar que foi efetivamente sanada a violação do direito do arguido de comparecer em julgamento, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2016/343.

- 21 Cabe mencionar o considerando 44 da Diretiva 2016/343, que especifica o conteúdo do requisito de «vias de recurso adequadas e efetivas».

Deve entender-se que as «vias de recurso adequadas e efetivas» implicam que o arguido que estava ausente na audiência anterior deve ter a oportunidade de colocar as suas questões ou que todas as partes, incluindo as presentes na audiência anterior, devem ter a possibilidade de o fazer?

Em particular, estas vias de recurso aplicam-se apenas a efeitos na esfera jurídica do arguido, cujo direito de participar pessoalmente no julgamento foi violado, dado que só ele deve ser «coloca[do]... na mesma situação que teria[...] caso não tivesse ocorrido essa violação» (considerando 44)? Ou as vias de recurso aplicam-se também a efeitos na esfera jurídica de outras partes, cujo direito de participar pessoalmente no julgamento não foi violado?

- 22 Cabe esclarecer que, ao realizar uma «inquirição adicional» (v., *supra*, n.º 16), as outras partes presentes na audiência anterior também podem formular questões, tratando-se, porém, de novas questões e não da repetição de questões anteriores, já formuladas. Estas novas questões são uma expressão do seu direito a participar no processo e não uma expressão de «vias de recurso adequadas e efetivas» em caso de violação desse direito.

No processo principal, tendo o advogado VV terminado a sua inquirição da testemunha n.º 263 e tendo o arguido DD declarado não ter quaisquer questões próprias, as outras partes colocaram várias novas questões à testemunha no contexto da tramitação normal do processo, a saber, a leitura das declarações da testemunha n.º 263 durante a fase pré-contenciosa (v. *supra* n.º 10). Assim, a solução através da «inquirição adicional» como via de recurso efetiva não tem por efeito excluir a oportunidade de as outras partes colocarem novas questões adicionais à testemunha.

- 23 Quanto à segunda questão:

Esta questão é idêntica à primeira questão, mas refere-se ao direito de acesso a um advogado nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2013/48. É pacífico que este direito foi violado no processo principal, pois as audiências de 30 de novembro de 2020 e de 18 de dezembro de 2020 (quando ambas as testemunhas foram inquiridas) tiveram lugar na ausência do advogado VV, o que teve como consequência que o arguido DD não exerceu o seu direito de ser defendido por um advogado.

Por conseguinte, coloca-se a questão da natureza da via de recurso efetiva prevista no artigo 12.º da Diretiva 2013/48, ou seja, se é necessário proceder a uma «inquirição adicional» ou a uma «inquirição repetida» das duas testemunhas (v. n.º 16, *supra*).

Em particular, é questionável se foi suficiente para garantir o direito do arguido DD a ser defendido pelo advogado VV que este tenha tido a oportunidade de interrogar as duas testemunhas na nova audiência de 22 de fevereiro de 2021, ou se além disso teria sido necessário na nova audiência que as outras partes (os outros quatro arguidos e os seus advogados) repetissem todas as suas perguntas já colocadas nas audiências de 30 de novembro de 2020 e 18 de dezembro de 2020.

As considerações precedentes são igualmente válidas no que toca a esta questão.

24 Utilidade da resposta do Tribunal de Justiça

As objeções do advogado VV não podem ser ignoradas. Com efeito, o Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-688/18 dá lugar a interpretações diversas e diz unicamente respeito ao direito do arguido a assistir pessoalmente, mas não ao direito do seu advogado de participar no processo.

Assim, uma vez obtida uma resposta do Tribunal de Justiça às questões colocadas, o órgão jurisdicional de reenvio poderá saber com clareza se, através dos atos processuais que praticou em 22 de fevereiro de 2021 no processo principal, sanou de forma suficientemente eficaz a violação dos direitos do arguido DD e do seu advogado VV de assistir e de participar adequadamente no processo penal ou se, pelo contrário, a proteção dos seus direitos exige uma nova inquirição das duas testemunhas, no decurso da qual devem ser de novo colocadas as questões que as outras partes apresentaram nas audiências de 30 de novembro de 2020 e de 18 de dezembro de 2020.

[...] *[omissis]*