

Admissibilidade e validade da prova na Decisão Europeia de Investigação

Admissibility and validity of evidence in European Investigation Order

Luís de Lemos Triunfante ()*

Resumo: o presente artigo surge na sequência do *workshop* sobre admissibilidade e validade da prova no âmbito do Seminário Eurojust, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 03.11.2017. Tem por finalidade proceder ao levantamento das questões relacionadas com a admissibilidade e validade da prova no contexto do novo instrumento de obtenção de prova na UE, a Diretiva 2014/41/UE referente à Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, e a sua transposição para o ordenamento jurídico português, decorrente da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto. Para o efeito, abordamos o conceito da prova, os princípios, teorias e regras que regem a obtenção de prova em contexto transnacional, indicamos quais os instrumentos e normativos relevantes na matéria, analisamos a Diretiva e a legislação nacional na perspetiva da temática e finalizamos com a jurisprudência do TEDH e nacional pertinentes.

Palavras chave: Obtenção da prova no estrangeiro (UE) - Admissibilidade e validade da prova - decisão europeia de investigação.

* Juiz de Direito; Mestre em Direito; Perito Nacional Destacado no Gabinete Português da Eurojust.

Abstract: *This article follows on the workshop on the admissibility and validity of evidence in the framework of the Eurojust Seminar, held at the Faculty of Law of the University of Lisbon on 03.11.2017. Its purpose is to examine issues related to the admissibility and validity of evidence in the context of the new UE evidence-gathering instrument, Directive 2014/41/EU on the European Investigation Order, and its transposition into the Portuguese legal system, resulting from Law no. 88/2017, of August 21. To that purpose, we approach the concept of evidence, the principles, theories and rules governing the obtaining of evidence in a transnational context, indicate the relevant instruments and regulations in this matter, analyze the Directive and national legislation in the perspective of the subject and finalize with the pertinent European Court of Human Rights and national jurisprudence.*

Keywords: *obtaining evidence abroad - Admissibility and validity of evidence - European investigation order.*

Sumário: I- Introdução; II- Conceito, princípios, teorias e regras; II.1 Conceito; II.2 Princípios; II.3 Teorias; II.4 Regras; III – Instrumentos e normativos relevantes; III.1 Características dos instrumentos; III.2 Instrumentos atuais de obtenção de prova na UE; III.3 Instrumentos atuais de obtenção de prova no estrangeiro no ordenamento jurídico português; IV – Admissibilidade e validade da prova na DEI; IV.1 Âmbito de aplicação; IV.2 Requisitos de emissão; IV.3 Motivos de recusa; IV.4 Competência para o reconhecimento e execução; IV.5 Impugnação; V – Jurisprudência do TEDH e nacional sobre a prova recolhida no estrangeiro; VI - Conclusão

I – Introdução

O tema da admissibilidade e validade da prova em processo penal sempre mereceu particular relevância em contexto nacional e internacional. De acordo com Costa Andrade, “o processo penal, e particularmente a produção e valoração da prova, é cada vez mais o resultado de uma divisão de trabalho entre instâncias de perseguição e controlo de diferentes Estados”¹. Com efeito, as autoridades judiciais portuguesas, quer como requerentes (de emissão), quer como requeridas (de execução), são convocadas constantemente a demandar ou executar diligências de obtenção de prova no estrangeiro, o que acarreta maior dificuldade no tratamento da admissibilidade e validade. Dessa forma, e a *praxis* judiciária assim o demonstra, o acréscimo da cooperação judiciária internacional em matéria penal conduz ao aumento da frequência de casos em que as autoridades judiciais de um país violam obrigações convencionais ou princípios de direito internacional, situação que também é salientada por Costa Andrade².

O Conselho Europeu de Tampere de 1999 constitui o “*starting point*” nesta matéria, em concreto a 36.^a conclusão que resultou desse Conselho. A partir desse momento, a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu têm trabalhado e negociado intensamente – por via de iniciativas legislativas ou cooperações reforçadas³.

Em 2001, surge o programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal, nos quais a recolha e obtenção de elementos de prova assumem particular destaque. Mais tarde, surgiu o Programa de Haia, aprovado pelo Conselho Europeu de 4 e 5 de novembro de 2004, dos quais se destacavam os seguintes instrumentos: mandado de detenção europeu; reconhecimento mútuo de sanções pecuniárias, mandado europeu de obtenção de

¹ COSTA ANDRADE, Manuel da, “Bruscamente no verão passado, a reforma do código de processo penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, RLJ 3951 (2008), página 318 (321).

² COSTA ANDRADE, Manuel da, “Bruscamente no verão passado”, cit. página 321.

³ Em todos os atos legislativos há que atender às “*trilogues negotiations*” (negociações tripartidas) entre o Conselho Europeu (JAI), a Comissão e o Parlamento Europeu (LIBE committee).

provas, ordem europeia de execução (transferência de pessoas condenadas); reconhecimento mútuo de medidas não detentivas e reconhecimento e supervisão de sanções alternativas à pena de prisão e suspensão da condenação (*probation*), isto é, de penas suspensas e regime de prova⁴. Nesse pacote, surge a Decisão-Quadro sobre o mandado europeu de obtenção de provas (MEOP), sendo que o seu âmbito de aplicação limitado já permitia prever a sua escassa aplicação prática⁵.

Com a Diretiva 2014/41/UE referente à Decisão Europeia de Investigação em matéria penal (doravante DEI)⁶, sendo o seu principal objetivo facilitar e acelerar a obtenção e transferência dos meios de prova entre os Estados Membros da UE e harmonizar os procedimentos processuais existentes nos mesmos Estados, a matéria da obtenção de prova em contexto transnacional ressurgiu como prioridade central da UE. Para a desejável discussão desta temática, propomo-nos a abordar o conceito da prova, os princípios, teorias e regras que regem a obtenção de prova em contexto transnacional, quais os instrumentos e normativos relevantes na matéria, e em concreto a admissibilidade e validade da prova na Diretiva DEI e na transposição

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l16002>”.

⁵ DQ 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais (JOUE L 350 de 30.12.2008, p. 72). Quanto ao estado de implementação da DQ, com atualização dos dados a 08.02.2016, ver http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=40”. Embora Portugal surja com o sinal positivo de transposição, não é conhecida ainda a lei interna. Face à sua ineficácia, este instrumento foi recentemente alvo de revogação, juntamente com outros instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal, por ser considerado obsoleto, ainda que com norma transitória, pois os mandados europeus de obtenção de provas executados por força da DQ 2008/978/JAI continuam a ser regidos por essa decisão-quadro até que os correspondentes processos penais estejam concluídos mediante decisão transitada em julgado. Nesta matéria o considerando 11 do Regulamento é muito claro quando refere: *A Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho (2), relativa ao mandado europeu de obtenção de provas (MEOP), foi substituída pela Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (3) relativa à decisão europeia de investigação (DEI), dado que o âmbito de aplicação do MEOP era demasiadamente limitado. Uma vez que a DEI se aplica entre 26 Estados-Membros e o MEOP só continuaria aplicável entre os dois Estados-Membros que não participam na DEI, o MEOP perdeu, portanto, a sua utilidade como instrumento de cooperação em matéria penal e deverá ser revogado* (vd. art.º 1.º e 2.º do Regulamento (UE) 2016/95 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de janeiro de 2016 que revoga certos atos no domínio da cooperação policial e da cooperação judiciária em matéria penal, JOUE, L 26/9 de 02.02.2016).

⁶ Para maior desenvolvimento da Diretiva DEI e obrigações de transposição vd. TRIUNFANTE, Luís Lemos, “Decisão Europeia de Investigação em matéria penal”, Revista do Ministério Público, n.º 147, páginas 73 e ss.

para o ordenamento jurídico português, decorrente da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, numa dupla perspetiva, como autoridades judiciais de emissão e de execução.

II. Conceito, princípios, teorias e regras

II.1 Conceito

Em sentido estritamente jurídico, a palavra prova pode abranger desde o próprio meio de prova, até às formas através das quais as partes e/ou os julgadores procuram demonstrar a veracidade dos factos que alegam e mesmo até ao resultado dos atos e operações utilizados na averiguação da verdade. De uma forma geral, podemos afirmar que o sentido jurídico da palavra prova não se encontra substancialmente distante do sentido que lhe é comumente atribuído: a prova consiste na maneira, no meio usado para revelar uma verdade e/ou facto através da percepção sensorial. Nas palavras de Germano Marques da Silva: “A *atividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressuposto da estatuição da norma.*”⁷. O juiz é o destinatário da prova, pois esta destina-se a convencê-lo acerca da exatidão dos factos alegados pelas partes. Daí a sua extrema importância para o processo penal, até porque o objeto da prova é o “facto juridicamente relevante”, segundo as palavras de Paulo Pinto de Albuquerque⁸.

O CPP define no art.º 124.º o conceito de prova: “*Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis. Se tiver lugar pedido civil, constituem igualmente objeto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil.*” Quanto à

⁷ MARQUES DA SILVA, Germano, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 4. ed., editorial Verbo, 2008, p. 110.

⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4. ed. atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 329.

admissibilidade e validade da mesma, o legislador optou pela formulação negativa, referindo no art.º 125.º do mesmo diploma que: *“São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”*. Relevante para esta matéria é ainda o art.º 126.º, o qual versa sobre os métodos proibidos de prova e que, em grande medida, é um decalque do art.º 32.º, n.º 8 da CRP.

O legislador português, na transposição da DEI, vai mais longe⁹ e, nesta matéria para além de proceder a uma transposição literal do art.º 1.º da Diretiva, definindo no art.º 2.º, n.º1 da Lei n.º 88/2017, de 21.08 que: *“A DEI é uma decisão emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado membro da UE para que sejam executadas noutro Estado membro uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova em conformidade com a presente lei”*, inova e adita ao articulado de transposição o art.º 3.º, alínea e) da Lei n.º 88/2017, de 21.08, definindo o conceito de «Medida de investigação», como *“a diligência ou ato necessário à realização das finalidades do inquérito ou da instrução, destinados à obtenção de meios de prova, e os atos de produção de prova em julgamento ou em fase posterior do processo, bem como os necessários à instrução dos processos de contraordenação pelas autoridades administrativas, nos termos previstos na lei processual penal e demais legislação aplicável”*.

Na prática, para além do conceito definido no CPP, o qual continua perfeitamente atual, mesmo no que concerne à DEI, por remissão resultante do art.º 47.º da Lei n.º 88/2017, passamos a ter uma definição de medida de investigação, que não existia no ordenamento processual penal português e que procura densificar tal conceito e consagrar a recolha da prova em qualquer fase processual¹⁰.

⁹ E, na nossa perspetiva, bem, pois para além de adaptar a Lei de transposição ao CPP português, consegue ainda facilitar a tarefa do aplicador da Lei.

¹⁰ Nessa medida, o conceito de investigação que se retira da DEI deve ser interpretado como sendo referente ao ato de investigação e a possibilidade de a mesma ocorrer em qualquer fase processual e não à fase processual restrita da investigação.

II.2 Princípios

Na matéria da admissibilidade e validade da prova e em concreto na obtenção de prova em contexto transnacional assumem particular relevância os seguintes princípios, com a seguinte divisão:

A) Princípios de cooperação judiciária internacional em matéria penal clássicos

- Amplitude (*favor cooperationis*) – a cooperação judiciária em matéria penal entre Estados deve ser o mais ampla possível (dentro dos limites (excepcionais) que devem ser observados).
- Reciprocidade - o Estado requerido apenas está obrigado a cumprir o pedido do Estado requerente se este conceder idêntica e correspondente contrapartida ao pedido formulado por cada um dos Estados envolvidos.

B) Princípios de obtenção de prova clássicos

- *Locus Regit Actum* – o Estado Requerido executa o pedido de acordo com o direito penal substantivo e processual do seu Estado.
- *Forum Regit Actum* – o Estado Requerido executa o pedido de acordo com o direito penal substantivo e processual do Estado requerente.

C) Princípios de obtenção de prova após o reconhecimento mútuo

- Reconhecimento mútuo – recíproco reconhecimento de decisões judiciais em matéria penal.
- Proporcionalidade, adequação e necessidade – em qualquer pedido, deve assegurar-se que o mesmo se mostra proporcional, adequado e necessário para os efeitos pretendidos.
- Proibição de fraude a lei – apenas se pode solicitar a outro Estado a prova cuja obtenção no Estado requerente (Portugal) seria admissível.
- Formalidade - em todos os pedidos deve ser solicitado o cumprimento de formalidades essenciais à admissibilidade e validade da prova.

- Inadmissibilidade da prova proibida (admissibilidade e validade) – a prova obtida, a pedido ou espontaneamente, só pode ser utilizada se não violar proibições de prova de natureza constitucional da ordem jurídica do Estado requerente ou do Estado requerido, ou supranacionais.
- Igual diligência¹¹ – obriga a autoridade judiciária de execução a executar a medida de investigação com a mesma celeridade e prioridade dos processos nacionais semelhantes e, em todo o caso, dentro dos prazos previstos (inerente à Diretiva DEI, consagração do art.º 12.º).
- Disponibilidade – o Estado requerido deve disponibilizar a informação solicitada pelos agentes de *law enforcement* dos outros EM e da Europol, para efeitos de prevenção, deteção e investigação de infrações penais.
- Prova digital – os Estados requerentes e requeridos devem respeitar: i) integridade dos dados; ii) preservação da integridade dos dados; iii) assistência especializada; iv) formação; v) legalidade.

II.3 Teorias

Na temática da admissibilidade e validade da prova, uma das principais limitações que se apresentam ao direito fundamental de cada parte de reunir e apresentar provas em processo penal é, indiscutivelmente, aquela que diz respeito à (in)admissibilidade das provas proibidas. Este princípio tem como finalidade regular as situações nas quais existe uma colisão entre o direito e o dever do Estado a exercer uma tutela penal efetiva reunindo e apresentando provas em favor das suas alegações e o direito do(s) arguido(s) a verem respeitados os seus direitos mais básicos inerentes à dignidade humana que devem ser protegidos e preservados mesmo no âmbito de um processo penal. Conforme salienta Figueiredo Dias, as proibições de prova são requisitos indispensáveis para alcançar a verdade material: “

¹¹ Usando aqui a feliz terminologia de KLIP, André “*European Criminal Law. An Integrated Approach*”, Cambridge: Intersentia, 3rd edition 2016, p. 80.

*(...) os fundamentos do direito processual penal (são), simultaneamente, os alicerces constitucionais do estado. (...) Daqui resultam, entre outras, as exigências correntes: de uma estrita e minuciosa regulamentação legal de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos; (...) de proibições de prova obtidas com violação da autonomia ética da pessoa (...) A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas proibições de prova (...) são condições da validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.*¹²

No entanto, se a faculdade de recolher e apresentar provas não se pode revelar absoluta e ilimitada, também o princípio da inadmissibilidade da prova proibida não pode ser perspectivado como absoluto e ilimitado. Na verdade, apesar de este princípio ser aplicado na maioria dos ordenamentos jurídicos, tal não acontece em todos eles e existem diversas teorias que vão desde a defesa de que este princípio da inadmissibilidade da prova proibida deveria ser absoluto e sem exceções (teoria obstativa) até à teoria diametralmente oposta que defende que todas as provas, independentemente do meio pelo qual foram obtidas, devem ser admitidas e valoradas em processo penal (teoria permissiva). Existem ainda diversas teorias intermédias (*pro reo*, *pro societate*, teoria da proporcionalidade) relativamente a esta mesma questão que é tão problemática como importante, pois a admissão ou não de determinada prova em tribunal pode ser decisiva para a formação da convicção do juiz em certo sentido, uma vez que, tal como afirma o artigo 341.º do Código Civil, as provas têm como propósito a demonstração da realidade dos factos: *“A decisão final, meta a que se dirige o processo, consta, por isso, de duas partes: a verificação dos factos que condicionam a aplicação do Direito e a aplicação do Direito. A atividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressuposto da estatuição da norma. (...) A prova, entendida*

¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Direito Processual Penal”, Primeiro Volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 74-75 e 197.

*como atividade probatória, é também garantia da realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação de decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade.*¹³¹⁴

Em síntese, as teorias principais podem distinguir-se da seguinte forma:

Obstativa - rejeição e inadmissibilidade de toda e qualquer prova obtida por meios considerados ilícitos, ou seja, de provas proibidas.

Permissiva - as provas devem ser sempre reconhecidas como válidas e eficazes, independentemente da forma ou dos meios através dos quais foram obtidas.

Intermédias

pro reo - a prova proibida deve ser sempre acolhida e validada em processo penal desde que seja favorável aos interesses e pretensões do acusado.

pro societate - admissibilidade das provas proibidas desde que estas sejam o único meio de fazer prevalecer certos interesses relevantes da sociedade, vg. o interesse em punir os criminosos através do aparelho estatal ou o direito à legítima defesa.

Proporcionalidade - garantia da inadmissibilidade da prova proibida não deve ser tomada em sentido absoluto, mas antes numa análise casuística se ela deverá ou não ceder perante interesses e bens jurídicos que, em determinadas condições, possam ser considerados superiores.

A legislação, doutrina e jurisprudência portuguesas perfilham as teorias obstativa e da proporcionalidade.

¹³ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 110-111.

¹⁴ Para maior desenvolvimento da matéria, adotando uma formulação semelhante, FREIRE RIBEIRO, Joana Clara, “A (in)admissibilidade das provas proibidas em processo penal”, dissertação de mestrado forense, páginas 4 a 19.

II.4 Regras

Na matéria da admissibilidade e validade da prova e em concreto na obtenção de prova em contexto transnacional assumem particular relevância as seguintes regras, com a divisão seguinte¹⁵: Regras de exclusão intrínsecas e Regras de exclusão extrínsecas, as quais se dividem em dois tipos: a) proibições supranacionais – verificam-se independentemente de a prova ser recolhida transnacionalmente; b) proibições decorrentes de transnacionalidade.

As proibições supranacionais resultam essencialmente das obrigações do Estado Português em cumprir a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹⁶, sendo que, com o Tratado de Lisboa, também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia passou a ser obrigatoriamente observada e tida em consideração.

O TEDH tem-se dedicado mais a esta temática e no essencial da sua jurisprudência resultam uma constatação e uma obrigação: i) a tarefa de apreciação da admissibilidade e validade da prova cabe à legislação e aos tribunais de cada Estado, ii) o tribunal do *forum* tem sempre de apreciar a validade da prova em face das proibições da CEDH, independentemente do local onde foi recolhida e de quem a recolheu¹⁷.

No que concerne às proibições decorrentes da transnacionalidade, de acordo com o *status quo*, diria existirem as seguintes:

- DEI (art.º 14.º n.º 7, 19.º e 20.º da Diretiva e arts. 8.º, 16.º e 45.º, n.º 7, da Lei n.º 88/2017 – dados pessoais, confidencialidade e efeitos de recurso).
- EICs (Convenção 2000 – art.º 13.º; art.º 145.º-A (7) LCJMP).

¹⁵ Para mais desenvolvimento da matéria, vd, COSTA RAMOS, Vânia, “A prova obtida em contexto transnacional: validade, limites e novos desafios – o caso da UE”, CES Summer School, 08.09.2017.

¹⁶ Principais acórdãos do TEDH sobre a CEDH 6.º e art. 3.º (Jalloh v. Germany, 54810/00; Gäfgen v. Germany - 22978/05) art. 6.º (Salduz v. Turkey, 36391/02; Saunders v. U.K., 19187/91; Chambaz c. Suisse, 11663/04) - Art. 8.º (Bykov v. Russia, 4378/02).

¹⁷ Stojkovic c. France et Belgique, 27.10.2011, proc. n.º 25303/08 (prova obtida em violação do art. 6.º - acesso ao advogado) - El Haski v. Belgium, 25.09.2012, proc. n.º 649/08 (prova obtida em violação do art. 3.º).

- DQ 2006/960/JAI (art.º 1.º, n.º 4, Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto) – intercâmbio de informações criminais.
- Disposições sobre proteção de dados transnacionais.
- Convenção CoE 073 (art.º 26.º; cf. art.º 85.º LCJMP) – Transferência de procedimentos criminais e convalidação dos atos praticados no estrangeiro.

III – Instrumentos e normativos relevantes

III.1 Características dos instrumentos

Antes de se entrar na análise dos instrumentos atuais, de forma a compreender a evolução que os instrumentos tiveram ao longo do tempo, mormente entre os ditos instrumentos de auxílio judiciário mútuo clássicos e os de reconhecimento mútuo¹⁸, cabe salientar as características principais de cada um:

Auxílio Judiciário

- Dupla incriminação restrita – (para medidas coativas, desde Conv. CoE 1959)
- Não taxatividade e discricionariedade quanto a motivos de não concessão
- Ausência (parcial) de formulários
- “Pedido”
- Não execução sem consequências práticas
- Inexistência de prazos
- Verticalidade – possibilidade de intervenção política

Reconhecimento Mútuo

- Ausência (parcial) de controlo dupla incriminação (DQ MDE –art.º 2.º e DEI – Anexo D)
- Rigidez (fundamentos de recusa limitados e tipificados)
- Formulários

¹⁸ Para mais desenvolvimento da matéria, vd, COSTA RAMOS, Vânia, “A prova obtida em contexto transnacional: validade, limites e novos desafios – o caso da UE”, CES Summer School, 08.09.2017.

- “Ordem”/Decisão
- Consequências para a não execução
- Prazos para a execução
- Horizontalidade – cooperação entre autoridades judiciais

III.2 Instrumentos atuais de obtenção de prova na UE

Disposições do direito primário da UE - (Tratados – e.g. art.º 18.º a 21.º TFUE; CDFUE – e.g. arts. 3.º, n.º1, 4, 6 a 8, 19.º, n.º2, 45.º 47.º a 50.º).

Disposições de direito secundário da UE (sobretudo Diretivas):

ARGUIDO

- Diretiva 2010/64/UE – Direito a interpretação e tradução¹⁹
- Diretiva 2012/13/UE – Direito à informação e acesso aos autos
- Diretiva 2013/48/UE – Acesso ao advogado
- Diretiva 2016/343/UE – Presunção de inocência e direito a estar presente em julgamento
- Diretiva 2016/800/UE – Direitos das crianças acusadas
- Diretiva 2016/1919/UE – Direito ao apoio judiciário

VÍTIMA

- Diretiva 2011/99/UE – Ordem europeia de proteção
- Diretiva 2012/29/UE – Direitos das vítimas na UE

DADOS PESSOAIS

- Diretiva 2016/680/UE relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais

¹⁹ Sobre esta Diretiva, vd. artigo de BARBOSA E SILVA, Júlio, “A Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal”, in Julgar Online, março de 2018, disponível em “<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/03/20180316-ARTIGO-JULGAR-Direito-a-interprete-e-tradução-Júlio-Barbosa.pdf>”.

ou execução de sanções penais e à livre circulação desses dados, e que revoga a DQ 2008/977/JAI do Conselho

- Normas gerais de Proteção de Dados na UE e normas de transposição internas²⁰.

No que concerne à Diretiva 2014/41/UE (DEI), teria tido mais sentido que o ato legislativo escolhido pela UE fosse o Regulamento e não a Diretiva, evitando as transposições que os Estados Membros fizeram, moldando a mesma aos seus ordenamentos jurídicos e criando, por essa via, mais obstáculos ao sucesso da mesma²¹. De qualquer forma, sendo um instrumento baseado no reconhecimento mútuo, está necessariamente imbuído da interpretação do acórdão do TJUE Pupino, sendo necessariamente aplicáveis os princípios fundamentais da interpretação conforme, aplicação direta e reenvio prejudicial.

Por outro lado, inexistindo um instrumento na UE sobre a admissibilidade e validade da prova, deixando esta matéria para as legislações internas dos Estados Membros, a aplicação prática da Diretiva torna-se mais complicada e o sucesso da mesma estará necessariamente mais limitado.

A Diretiva vem substituir na matéria da obtenção da prova os seguintes diplomas: i) Convenção do Conselho da Europa de 1959 + 2 Protocolos adicionais; ii) Convenção de 1990 sobre a aplicação do Acordo de Schengen; iii) Convenção de auxílio judiciário mútuo entre os Estados Membros da União Europeia de 2000 e iv) Decisão-Quadro 2008/978/JAI relativa ao mandado europeu de obtenção de provas.

De salientar que, e ao contrário do MEOP, a Diretiva DEI não define o conceito de prova. O MEOP dizia respeito à prova já existente, ou seja, objetos, documentos e dados que já estavam na posse do Estado Membro de execução antes

²⁰ cf. caso *Digital Rights Ireland* C-293/12 e C-594/12; *Tele2 Sverige AB* C-203/15 e C-698/15).

²¹ Resultando a Diretiva de uma cooperação reforçada, não terá existido o consenso e a segurança necessária para estabelecer um Regulamento. Até à data, os Estados Membros tem utilizado três formas de transposição da Diretiva DEI: i) aditar novas disposições ao Código de Processo Penal nacional, como são os casos da França e dos Países Baixos, ii) aditar novas disposições à lei nacional de cooperação judiciária internacional em matéria penal, como é o caso da Alemanha ou iii) proceder a uma legislação nova, como foi o caso de Portugal.

do Mandado ser emitido. Na falta de definição correspondente para a DEI, será a legislação nacional novamente a determinar o que é considerado prova. O artigo 3.º da Diretiva estipula apenas que uma Decisão Europeia de Investigação pode visar qualquer “medida de investigação”. Este conceito é bastante amplo e significa, no fundo, que cada Estado Membro pode concretizá-lo como entender e, como vimos, o legislador português, no art.º 3, alínea e), cumpriu e bem, o desiderato.

Outro elemento que tinha tornado o MEOP supérfluo e pouco eficiente – diferentemente do que ocorrera na Decisão-Quadro 2002/584/JAI relativa ao mandado de detenção europeu e outros instrumentos de reconhecimento mútuo, foi a circunstância de não ter definido um canal exclusivo de cooperação. Aquele instrumento permitira que novos instrumentos e antigos tratados, como a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 1959, coexistissem. Com exceção da Dinamarca e da Irlanda, a DEI passa a ser a única via de cooperação para obtenção de prova entre Estados Membros da União Europeia. O artigo 34.º, n.º 1, da DEI que “[s]em prejuízo da sua aplicação entre Estados-Membros e Estados terceiros, e das disposições transitórias previstas no artigo 35.º, a presente diretiva substitui, a partir de 22 de maio de 2017, as disposições correspondentes das seguintes convenções aplicáveis às relações entre os Estados-Membros vinculados à presente diretiva”. Assim, na prática, a DEI substitui o MEOP para os Estados Membros vinculados à Diretiva, continuando o MEOP em vigor no que diz respeito às relações entre a Dinamarca ou a Irlanda e outros Estados Membros que o tenham transposto²². Fora do espaço da UE, continuam a prevalecer os Tratados internacionais multilaterais e bilaterais a que o Estado Português se encontra vinculado²³.

²² Para conhecer o estado atual de transposição: https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=40.

²³ Para consulta dos Tratados que vinculam Portugal: “<http://www.gddc.pt/cooperacao/cooperacao.html>”.

Na ausência de preâmbulo da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto²⁴, outro elemento que se mostra importante para a interpretação dos aplicadores são os considerandos da Diretiva, sendo de salientar nesta matéria os: 11, 12, 18, 19 e 39²⁵.

III.3 Instrumentos atuais de obtenção de prova no estrangeiro no ordenamento jurídico português

Com as mais recentes transposições para o ordenamento jurídico português dos instrumentos da UE, passamos a ter o seguinte quadro legislativo nacional de obtenção de prova:

1) Âmbito geral nacional:

- Lei n.º 144/99, de 31.08 (arts. 145.º e ss)
- CPP – arts. 229.ºss (e regras do CPP sobre prova)

2) Âmbito ONU:

- Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 15 de novembro de 2000 - Convenção de Palermo, nomeadamente artigo 18.º

²⁴ Para consulta dos trabalhos preparatórios da Lei: “<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41192>”.

²⁵ (11) Define as regras pelas quais a DEI deve ser emitida, condições de emissão, validação e comportamento da autoridade de execução (opção por uma medida de investigação menos intrusiva do que a indicada numa DEI, se esta permitir atingir o mesmo resultado).

(12) Ao emitir uma DEI, a presunção de inocência e o direito à defesa em processo penal são uma pedra angular dos direitos fundamentais reconhecidos na Carta no domínio do direito penal (arts. 48.º e 52.º da CDFUE).

(18) A DEI não tem por efeito modificar a obrigação de respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais consagrados no artigo 6.º do TUE e na CDFUE.

(19) Se a execução da DEI se traduzir na violação de um direito fundamental da pessoa em causa, e que o Estado de execução ignoraria as suas obrigações relativamente à proteção dos direitos reconhecidos na Carta, a execução da DEI deverá ser recusada.

(39) A DEI tem de ser recusada quando existam razões para crer que a mesma foi emitida para efeitos de instauração de ação penal ou imposição de pena a uma pessoa em virtude do seu sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, religião, orientação sexual, nacionalidade, língua ou opiniões políticas, ou que a situação dessa pessoa pode ser afetada por qualquer desses motivos.

- Convenção contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 - Convenção de Mérida nomeadamente artigo 46.º
- Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, Viena, 20 de dezembro de 1988 nomeadamente artigo 7.º

3) Âmbito Conselho da Europa:

- Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 20 abril 1959
- Protocolo adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 17 março 1978
- Segundo Protocolo adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 8 de novembro 2001
- Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção e Apreensão dos Produtos do Crime, de 8 novembro 1990
- Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de novembro de 2001

A Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que adapta o direito interno à Convenção, contém normas sobre cooperação internacional no seu capítulo IV – artigos 20.º a 26.º, nomeadamente relativas à preservação e revelação expedita de dados informáticos, ao acesso transfronteiriço a esses dados, quando publicamente disponíveis ou com consentimento e à interceção de comunicações

- Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, de 16 maio de 2005

4) Âmbito da UE:

- Decisão Europeia de Investigação (qualquer medida de investigação, com exceção de JIT (EIC) e da obtenção de elementos de prova por estas equipas, a DEI pode ser também usada para congelamento provisório de provas) – Lei n.º 88/2017, de 21.08 (arts. 2.º, 4.º, 48.º e 49.º) (Diretiva 2014/41/UE).
- Prova Digital – Diretiva 2014/41/UE (DEI), mas aplicam-se disposições mais favoráveis à cooperação previstas na Convenção Cibercrime e o que não está regulado na DEI - Convenção Cibercrime CoE e Lei n.º 109/2009 (Anexo para prova digital em elaboração na UE – *e-evidence*).
- Art.º 29.º da DQ sobre o MDE e 32.º da Lei n.º 65/2003, de 23.08 (entrega de bens)
- Convenção 2000 + Protocolo de 2001 para JIT (EIC).
- Convenção Schengen para vigilâncias transfronteiriças
- Lei n.º 37/2015, de 5 de maio - registo criminal (arts. 25.º a 35.º) (DQ 2009/315/JAI e Decisão 2009/316/JAI ECRIS)
- Lei n.º 36/2003, de 22 de agosto - Eurojust
- Lei n.º 30/2017 de 30 de maio - congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na UE.
- Lei n.º 67/2017, de 9 de agosto - identificação judiciária lofoscópica e fotográfica, adaptando a ordem jurídica interna às DQ 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho, de 23 de junho de 2008.
- Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto - medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.
- Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto – regime jurídico do registo central do beneficiário efetivo.
- Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto – Recolha de ADN (art.º 21.º)
- Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto - intercâmbio de informações policiais (DQ 2006/960/JAI).

- Lei n.º 46/2017, de 5 de julho- intercâmbio transfronteiriço de informações relativas ao registo de veículos, para efeitos de prevenção e investigação de infrações penais, adaptando a ordem jurídica interna às DQ 2008/615/JAI e 2008/616/JAI.
- DL n.º 49/2017, de 24 de maio – ponto único de contacto para a cooperação policial internacional (PUC –CPI) (Decreto Regulamentar n.º 7/2017 de 7 de agosto).
- Aplicação às infrações administrativas – DEI – art.º 4.º, als. b), c) e d), mas com possibilidade de recusa de execução – art.º 11.º, al. c), da Diretiva (artigos 5.º, alínea d) e 22.º, n.º1, alínea d) da Lei n.º 88/2017; Convenção 2000 (art.º 3.º), CAAS (cf. o art.º 51.º); RGCO; CPP (art.º 41.º do RGCO) e todos os diplomas que regulam as autoridades administrativas.

5) Âmbito da CPLP:

- Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, de 23 de novembro de 2005

6) Âmbito bilateral ⁽²⁶⁾

IV – A Admissibilidade e validade da prova na DEI ⁽²⁷⁾

IV.1 Âmbito de aplicação

Âmbito de aplicação (a partir de 22.05.2017 – 22.08.2017 em Portugal) – processo penal (+tutelar educativo²⁸) e processo administrativo sancionatório, cível,

²⁶ Consulta em: “<http://guiaajm.gddc.pt/Bilaterais.html>”.

²⁷ Neste capítulo optamos por expor a temática usando a metodologia de mencionar a temática em causa, a disposição relevante da Diretiva, a disposição relevante da Lei n.º 88/2017, bem como a Secção respetiva do Anexo pertinente.

²⁸ Pensamos ser admissível a utilização da DEI nos processos tutelares educativos no âmbito do art.º 4.º, alínea c) da Diretiva e art.º 5.º, alínea b) da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto.

se a sentença puder justificar a instauração de ação penal (art.º 4.º Diretiva, art.º 5.º Lei n.º 88/2017) – todos os Estados membros (EM), menos Irlanda e Dinamarca²⁹.

Autoridades judiciais ou sujeitos processuais (arguido, assistente, vítima³⁰) – art.º 1.º da Diretiva e art.º 12.º, n.º 4 da Lei n.º 88/2017.

Para execução de medidas de investigação/produção de prova com vista a obtenção de prova ou obtenção de prova preexistente para qualquer fase processual – art.º 4.º da Lei n.º 88/2017: **Competência para a emissão (vd. arts. 3.º, alíneas i) e e); 4.º, n.º3 e 12.º da Lei 88/2017): a) Inquérito: MP (263.º, 267.º a 275.º CPP); Juiz de instrução (arts. 268.º e 269.º)³¹ (b) Instrução: Juiz de instrução (288.º, 290.º e 292.º CPP), c) Julgamento: juiz do julgamento (340.º, n.º1 CPP), d) Recurso – juiz desembargador (art.º 423.º, n.º2 e 430.º CPP) e e) Pós-sentença/acórdão - juiz da condenação (art.º 492.º, n.º2 e 495.º, n.º2 CPP).**

²⁹ Estado de implementação a 7.11.2017 – “https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=120”.

³⁰ Enquanto a Diretiva, no art.º 1.º, n.º 3, estipula uma novidade no Direito da UE: “[a] emissão de uma DEI pode ser requerida por um suspeito ou por um arguido, ou por um advogado em seu nome, no quadro dos direitos da defesa aplicáveis nos termos do processo penal nacional.”, o legislador português foi, e bem, mais longe, ao mencionar, no art.º 12.º, n.º 4, que “[a] DEI é emitida por iniciativa da autoridade judiciária ou a pedido dos sujeitos processuais, nos termos em que estes podem requerer a obtenção ou produção de meios de prova, de acordo com a Lei processual penal”. Dessa forma, acaba por consagrar o regime interno do CPP (ex vi art.º 47.º da DEI), mormente aos art.ºs 61.º, n.º1, alínea g) (arguido); 69.º, n.º2, alínea a) (assistente) e 67.º-A, n.º5 (vítima). De qualquer forma, se por um lado, esta disposição interna não confere aos sujeitos processuais o direito de emitir DEI, mas sim requerer à autoridade judiciária competente a sua emissão, nos termos do art.º 12.º, n.º1 da Lei n.º 88/2017, por outro, o não deferimento de uma DEI a pedido dos sujeitos processuais acarreta um especial dever de fundamentação.

³¹ Conjugando o teor da alínea i) do art.º 3.º da Lei n.º 88/2017, nomeadamente que o juiz de instrução é competente relativamente aos atos processuais da sua competência, do art.º 12.º, n.º1 e 2, dos arts. 268.º e 269.º do CPP e o facto da DEI consistir na decisão que ordena a execução das medidas de investigação, considero que, em sede de inquérito, nas situações previstas nos arts. 268.º e 269.º do CPP, o juiz de instrução é a autoridade judiciária competente para emitir a DEI. Quando estiverem em causa medidas de investigação distintas, umas da competência do MP e outras da competência do JIC, deverão ser emitidas duas DEIs, abrangendo as medidas de investigação da competência de cada autoridade (por exemplo deverá ser emitida uma DEI pelo MP para que se execute a constituição de um suspeito como arguido e interrogatório e outra DEI pelo JIC para que se execute uma busca domiciliária).

A DEI não pode ser usada para:

- Envio e notificação de peças processuais (art.º 5.º da CE2000) - notificações (art.º 2.º, n.º1 Diretiva; art.º 2.º, n.º1, 3.º, alínea e) e 4.º, n.º3 da Lei n.º 88/2017) – CE2000, Protocolo 2001 e convenções do CoE.
- Intercâmbio espontâneo de informações (art.º 7.º da CE2000);
- Transferência de procedimentos criminais (art.º 21.º da CoE59 e da Convenção do Conselho da Europa de 1972 relativa à transferência de procedimentos);
- Restituição de objetos (art.º 8.º da CE2000 e art.º 12.º do Segundo Protocolo Adicional à CoE59) incluindo a apreensão para este fim específico;
- Intercâmbio de informações relativas a registos criminais (DQ 2009/315/JAI - ECRIS), com a exceção do art.º 13 da CoE59 que não tendo sido substituído por esta DQ, quando se refira à obtenção de registos criminais para efeitos de prova, poderá sê-lo pela Diretiva;
- Pedido de consentimento para utilizar como prova informação já recebida por canais policiais de cooperação (art.º 1.º, n.º 4 da DQ 2006/960/JAI relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da Lei dos EM da UE e art.º 39.º, n.º 2 da CAAS);
- Medidas de cooperação policial transfronteiriça como, por exemplo, vigilâncias e perseguições nos termos dos arts. 40.º e 41.º da CAAS. Relativamente a estas medidas, o considerando 9 do Preâmbulo da Diretiva diz, claramente, que “*A presente diretiva não se deverá aplicar à vigilância transfronteiras referida na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen*”.
- Medidas de congelamento e / ou confisco de instrumentos e produtos do crime. As autoridades portuguesas devem continuar a emitir as respetivas ordens de congelamento ou confisco. Se forem necessárias outras medidas de

investigação abrangidas pela DEI, estas deverão ser enviadas num formulário DEI separado³².

Tipo de medidas – todas (exceto JIT (EIC) – art.º 3.º Diretiva; art.º 4.º (novos elementos de prova e elementos de prova na posse das autoridades do Estado de execução) e 32.º e ss.

Capítulo IV da Diretiva (arts. 22.º a 31.º) e da Lei n.º 88/2017 (arts. 32.º a 43.º)

- Transferência temporária de dados para efeitos de investigação
- Audições por videoconferência ou conferência telefónica
- Entregas vigiadas
- Investigações encobertas
- Interceção de telecomunicações (vd. Anexo III)
- Informações e controlo sobre contas e operações financeiras
- Proteção de testemunhas
- Medidas provisórias (art.º 44.º da Lei n.º 88/2017) – vd. Secção B do Anexo I

Elenco não é taxativo – desde que a medida esteja prevista no direito interno pode ser solicitada.

Os EM só estão obrigados a prever e executar as medidas incluídas no art.º 10.º, n.º2 Diretiva (cf. art.º 21.º, n.º2 da Lei n.º 88/2017)³³.

³² O procedimento para a apreensão de produtos de crime localizados em EM da UE vai depender da finalidade principal decorrente dessa apreensão. Se estiver em causa uma função processual probatória, deverá a autoridade judiciária competente preencher e emitir uma DEI. Se, pelo contrário, esse fim probatório não existe, prosseguindo apenas a apreensão uma finalidade conservatória (preparar uma eventual futura declaração de perda em favor do Estado), a DEI não é o instrumento adequado. Esse instrumento pode ser encontrado na Lei n.º 25/2009, de 5 de junho, (revogada apenas pela Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto no que concerne aos pedidos de recolha de prova), bem como na Decisão Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de julho.

³³ a) À obtenção de informações ou de elementos de prova que já estejam na posse da autoridade de execução e, de acordo com o direito do Estado de execução, essas informações ou elementos de prova possam ter sido obtidos no âmbito de processos penais ou para efeitos da DEI

b) À obtenção de informações contidas nas bases de dados detidas pela polícia ou pelas autoridades judiciárias e às quais a autoridade de execução pode ter acesso direto no âmbito de processos penais

c) À audição de testemunhas, peritos, vítimas, suspeitos ou arguidos, ou terceiros, no território do Estado de execução

d) À medidas de investigação não intrusivas previstas na lei do Estado de execução

- Anexo I – Emissão da DEI (arts. 6.º, n.º1, 14.º, n.º1, 20.º, n.º2 e 25.º, n.º3, alínea a) da Lei n.º 88/2017)
- Anexo II – Confirmação da receção da DEI (art.º 35.º, n.º1 da Lei n.º 88/2017)
- Anexo III – Notificação sobre interceção de telecomunicações sem assistência técnica (art.º 43.º, n.º2 da Lei n.º 88/2017)
- Anexo IV – Categorias de infrações (art.º 22.º, n.º1, alínea a) da Lei n.º 88/2017)

A Comissão está a preparar um Anexo para a obtenção da prova digital (*e-evidence Annex*) e um guia prático para preenchimento dos anexos.

IV.2 Requisitos de emissão

O critério de relevância probatória deve ser exatamente o mesmo que utilizaríamos caso a prova estivesse localizada em Portugal (necessidade, adequação³⁴, proporcionalidade³⁵), permitida em casos nacionais semelhantes, vd. art.º 6.º, n.º1, alínea a) da Diretiva e 11.º, n.º1, alínea a) da Lei n.º 88/2017, texto introdutório do Anexo I) – as autoridades judiciais de emissão devem cumprir escrupulosamente o art.º 6.º da Lei n.º 88/2017.

e) À identificação de pessoas que tenham uma assinatura de um número de telefone ou um endereço IP específicos.

³⁴ O legislador português aditou a adequação aos critérios de necessidade e proporcionalidade, que resultavam da Diretiva. E, no nosso entender, fê-lo bem, pese embora algumas críticas que foram apresentadas, mormente por considerarem que, por essa via, o número de DEI emitidas e recebidas será menor em Portugal. Na verdade, a necessidade já resultava do art.º 230.º, n.º2 do CPP e do art.º 152.º, n.º 7 da Lei n.º 144/99, de 31.08 e a proporcionalidade é afluída no art.º 10.º da Lei n.º 144/99, de 31.08. A adequação pode ser entendida como um subcritério da proporcionalidade, mas na atualidade, vai mais longe, pois para além da DEI se mostrar necessária e proporcional, deve ser emitida pensando nos meios que a sua emissão e execução envolvem.

³⁵ Existem autores que têm defendido que os critérios da necessidade/proporcionalidade conflituam com um dos aspetos essenciais do reconhecimento mútuo: o de que a autoridade de execução não avalia a decisão de emitir uma DEI tomada pela autoridade de emissão: “[a] autoridade de execução deve reconhecer uma DEI (...), sem impor outras formalidades”(art.º 9.º, n.º1 da Diretiva). Não concordo com essa sustentação, pois para além dos critérios em causa já serem utilizados em instrumentos anteriores, como é o caso da Decisão quadro referente ao MDE, temos de atender que a temática da DEI é sobre a recolha de prova e perante a inexistência de um instrumento europeu sobre a admissibilidade e validade da prova, tal tarefa continua atribuída aos Estados Membros.

Na prática, a opção de não se recolher prova fora de Portugal não deverá ser seguida, pois tal pode consubstanciar: i) violação de princípio da legalidade da investigação; ii) preterição dos direitos dos sujeitos processuais (arguido e vítima); iii) não efetividade da prossecução penal (pode consubstanciar violação de vários normativos nacionais e internacionais).

A regra é a confidencialidade, devendo a mesma funcionar por defeito, a não ser mediante indicação expressa da autoridade de emissão (vd. texto introdutório do Anexo I).

O ato tem de ser válido ao abrigo do DPP interno:

- ✓ Entidade com competência para ordenar o ato;
- ✓ Respeito dos procedimentos formais para o efeito;
- ✓ Respeito dos pressupostos materiais para ordenar o ato aferido caso a caso (relevância para a prova – várias intensidades; proporcionalidade em sentido amplo; admissibilidade da medida no caso);

O ato tem de ser válido ao abrigo do direito UE:

- ✓ Diretiva 2014/41/UE;
- ✓ Tratados e CDFUE e Diretivas dos Direitos cf. art.º 1.º, n.º 4 e 6.º, n.º1 e 2 e todo o regime da Diretiva;

Requerer a execução de formalidades essenciais à validade da prova (Ex. presença/participação do advogado do arguido (garantias de contraditório); advertências a arguido ou testemunhas; formalidades do reconhecimento ou interceção de comunicações; execução de medidas por parte das autoridades policiais e não simplesmente pelo correio, etc.) (arts. 11.º, n.º 3 e 18.º, n.º2 da Lei n.º 88/2017) – Secção I do Anexo I.

Nota: a expressão “*se for caso disso*” (art.º 11.º, n.º3 da Lei n.º 88/2017) não significa “se a autoridade de emissão entender adequado ou conveniente” mas antes “se for uma condição para a validade ou eficácia da prova” – arts. 9.º, n.º2 Diretiva.

Assegurar que a autoridade de execução vai compreender:

- ✓ O que é solicitado;
- ✓ Porque é solicitado (explicação sintética do objeto da investigação ou processo, da relevância para prova e da necessidade, adequação e proporcionalidade e porque não pode ser usado meio diferente ou menos intrusivo - vd. Secção C. 1. do Anexo I);

Se forem requeridas formalidades da Lei portuguesa é ainda mais essencial a explicação e deverá ponderar-se o contacto direto com a autoridade de execução, a utilização de entidades facilitadoras (RJE, Pontos de Contacto, Eurojust) para garantir a execução adequada (eficiente e rápida);

Se a importância do caso o justificar – poderá ser solicitada a deslocação ao EM de execução das autoridades Portuguesas (art.º 9.º, n.º 4 Diretiva e art.º 15.º da Lei n.º 88/2017).

Essencial – Tradução de qualidade.

Relevância da consulta entre autoridades de emissão e de execução (art.º 9.º n.º 6 da Diretiva e art.º 7 da Lei n.º 88/2017).

IV.3 Motivos de recusa

Fundamentos gerais de recusa aplicáveis a todas as medidas (art.º 11.º, n.º1 Diretiva)

- imunidade, privilégio ou normas que reduzam a responsabilidade penal no domínio da liberdade de imprensa
- pedido suscetível de lesar interesses essenciais de segurança nacional
- processos que não tenham natureza penal
- princípio *ne bis in idem*
- extraterritorialidade associada a dupla criminalidade
- incompatibilidade com deveres decorrentes de direitos fundamentais

Motivos adicionais de recusa de determinadas medidas (art.º 10.º, n.º 1 Diretiva)

- ausência de dupla criminalidade (art.º 22.º, n.º 1 alínea a), exceto uma lista de crimes graves, vd. Anexo D)
- impossibilidade de executar a medida (medida de investigação inexistente ou indisponível em casos nacionais semelhantes, não existindo alternativa)

As medidas de investigação devem ser executadas pelo EM da UE requerido com a mesma celeridade e o mesmo grau de prioridade aplicáveis em casos nacionais semelhantes (art.º 12.º da Diretiva e 18.º e 26.º da Lei n.º 88/2017)³⁶.

As medidas de investigação devem igualmente ser executadas «*com a maior brevidade possível*». A diretiva fixa prazos (máximo de 30 dias para decidir reconhecer e executar o pedido e de 90 dias para a execução efetiva).

IV.4 Competência para o reconhecimento e execução

1. Para prova pré-existente – autoridade judiciária titular do processo em causa – art.º 19.º, n.º 6 da Lei n.º 88/2017 – vd. Anexo II

2. Autoridades judiciárias nacionais com competência para ordenar o ato em Portugal (MP, JIC ou Juízo Local Criminal consoante a fase de processo e tipo de ato) – art.º 19.º, n.º 1 Lei n.º 88/2017

3. Territorial - art.º 19.º, n.º 2 da Lei n.º 88/2017.

- Domicílio da pessoa singular ou coletiva se para audição

- Local da execução da medida

- Dispersão territorial

- Fase de julgamento – 1.º juízo local a receber se na mesma comarca – art.º 19.º, n.º 4; comarcas diferentes do mesmo distrito – juízo local da sede do Tribunal da Relação – 19.º, n.º 5; alínea d); comarcas diferentes distritos diferentes – TRL – 19.º, n.º 5, alínea c)

³⁶ Vd. Princípio da igual diligência.

- Fase de inquérito ou instrução – DCIAP (ou TCIC) – 19.º, n.º 5, alínea a) da Lei n.º 88/2017; DIAP distrital (19.º, n.º 5, alínea b) Lei n.º 88/2017)

4. Processos Contraordenação – MP do tribunal competente para impugnação de contraordenações reconhece; execução por Autoridades administrativas – art.º 19.º, n.º 6 da Lei n.º 88/2017

5. MN Eurojust (art.º 19.º, n.º 10 da Lei n.º 88/2017; art.º 8.º, n.º 3 e 4 da Lei n.º 36/2003)

Relevância dos arts. 18.º e 31.º da Lei n.º 88/2017 – a legislação aplicável à execução é a legislação portuguesa.

A execução material dos atos tem lugar nos termos do CPP, i.e. por OPC, MP, JIC ou Tribunal (art.º 18.º, n.º 1 parte final, 19.º, n.º 4 parte final Lei n.º 88/2017).

A não ser que a autoridade de emissão tenha pedido a execução por autoridade diferente e tal não prejudique os princípios fundamentais do Direito Português, designadamente “*respeitem os pressupostos e requisitos do direito nacional em matéria de prova no âmbito de processos nacionais semelhantes*” - art.º 9.º, n.º 2 da Diretiva e art.º 18.º, n.º 2 parte final da Lei n.º 88/2017.

1. Regularidade formal e substancial, sem incluir os fundamentos materiais para emissão (arts. 5.º, 6.º, n.º 2, 9.º, n.º 1, primeira parte, n.º 3, Diretiva; art.º 20.º n.º 1 a 4 da Lei n.º 88/2017 + específicos) – nota: especial atenção à verificação da proporcionalidade e legalidade no Estado de execução nos termos do art.º 6.º, n.º 2 da Diretiva – não está na lei mas é imposta pelos direitos fundamentais, a falta de tradução é apenas causa de devolução, mas não de recusa (art.º 20.º, n.º 3), a falta de tradução é apenas causa de devolução, mas não de recusa (art.º 20.º, n.º 3) – Portugal aceita DEI em Português (art.º 33.º, n.º 1, alínea b) da Diretiva).

2. Motivos de recusa (arts. 11.º Diretiva; 22.º Lei n.º 88/2017)

3. Motivos de adiamento (arts. 15.º Diretiva; 24.º Lei n.º 88/2017)

4. Medidas alternativas (arts. 10.º Diretiva; 21.º da Lei n.º 88/2017)

- Por não existirem (ou não existem num processo semelhante) – só para medidas não previstas no art.º 10.º n.º 2 Diretiva.

- Por poder-se chegar a outro resultado com medida menos intrusivo.

Relevância da consulta entre autoridades de emissão e de execução (art.º 9.º n.º 6 da Diretiva e art.º 7 da Lei n.º 88/2017).

IV.5 Impugnação

- Quem possa impugnar o ato a nível interno (art.º 14.º, n.º 1 Diretiva, art.º 45.º, n.º 1 da Lei n.º 88/2017)
- Obrigação de informar direitos de impugnação (art.º 14.º, n.º 3 Diretiva, art.º 45.º, n.º 5 da Lei n.º 88/2017)
- Meios de impugnação determinados a nível interno (problema atos de inquérito) mas tem de ser efetivos (art.º 19.º, n.º1 TUE e 47.º CDFUE e 14.º, n.º3 e 4 Diretiva)
- No estado de execução pode ser impugnado
 - ✓ Tudo o que não sejam “fundamentos materiais” relativos à emissão (relevância probatória e preenchimento dos pressupostos para emissão) - (art.º 14.º, n.º1 Diretiva, art.º 45.º, n.º2 da Lei n.º 88/2017)
 - ✓ Cumprimento das normas da Diretiva no Estado de emissão e Estado de execução
 - ✓ Cumprimento das normas internas no Estado de emissão e no Estado de execução
- Fase de julgamento – recurso (art.º 399.º e ss CPP)
- Fase de instrução – reclamação (art.º 291.º, n.º2 do CPP); sindicar validade em fase de julgamento das proibições de prova (art.º 310.º CPP)
- Fase de inquérito – nulidades/irregularidades
- Atos do JIC – recurso (arts. 399.º e ss CPP)

- Atos do MP – reclamação para JIC se afetarem DLGs (art.º 268.º, n.º1, alínea f) e 32.º, n.º 4 CRP); senão, só sindicáveis na fase de instrução ou julgamento
- Relevância da informação sobre recursos – art.º 14.º, n.º 5 da Diretiva e art.º 45.º, n.º 6 da Lei n.º 88/2017 – Secção J do Anexo I

Efeitos da Impugnação

- efeito devolutivo quanto a execução, mas pode ter efeito suspensivo se o mesmo tiver previsto em processos nacionais semelhantes – art.º 14.º, n.º 6 Diretiva
- efeito devolutivo quanto à transmissão para a autoridade de emissão, mas pode ser determinado o efeito suspensivo, que será em qualquer caso aplicável se possam resultar “*danos graves e irreversíveis à pessoa em causa*” – art.º 13.º, n.º 2 Diretiva; art.º 23.º, n.º 3 e 4 da Lei n.º 88/2017

V. Jurisprudência do TEDH e nacional sobre a prova recolhida no estrangeiro

Inexistindo, por ora, jurisprudência do TJUE³⁷ e nacional³⁸ sobre a execução da DEI, cabe salientar a jurisprudência pertinente nesta matéria no âmbito do TEDH e dos tribunais portugueses.

Jurisprudência do TEDH

- Allan v. United Kingdom, 2002
- Bogumil v. Portugal, 2008
- Gocmen v. Turquia, 2006
- Jalloh v. Alemanha (GC), 2006

³⁷ O TJUE, em sede de reenvio prejudicial, vai ter (como tem acontecido mais recentemente na área da cooperação judiciária em matéria penal), não temos dúvidas sobre isso, um papel fundamental a desempenhar na interpretação da DEI e das legislações nacionais e particularmente as transposições.

³⁸ Na mesma medida, os tribunais nacionais desempenharão um papel fundamental nesta área, quando forem chamados a tomar posição sobre a aplicação da Lei nacional, mormente na admissibilidade e validade da prova recolhida com esse instrumento.

- Khan v. United Kingdom, 2000
- Mikheyev v. Rússia, 2006
- Örs e outros v. Turquia, 2006
- Schenk v. Switzerland, 1988
- Soering v. United Kingdom, 1989
- A.M. contra Itália, 2000
- Teixeira de Castro v. Portugal, 1998
- Stojkovic c. France et Belgique, 2011
- El Haski v. Belgium, 2012

Jurisprudência nacional³⁹

- Acórdão do STJ, de 10.07.1996, Proc. n.º 048675, Relator Lopes Rocha (www.dgsi.pt), pontos V e VII
- Acórdão do TRP, de 19.09.2007 Proc. 0712685, Relator António Eleutério (www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRC, de 06.07.2011, Proc. 2157/04.2PCCBR.C1, Relator José Eduardo Martins (www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRP, de 22.03.2006, Proc. 0544312, Relator António Gama (www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRL, de 25.11.1998, Proc. 0061363, Relator Santos Carvalho (www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRC, de 02.03.2005, Proc. n.º 3756/04, Relator Belmiro Andrade (www.dgsi.pt)

³⁹ Para uma análise mais aprofundada da jurisprudência nacional nesta matéria, vd. COSTA RAMOS, Vânia “*Problemas da obtenção de prova em contexto transnacional – Introdução*”, RPCC, Ano 23, n.º 4, outubro-dezembro 2013, páginas 555 a 562; COSTA RAMOS, Vânia, “*Introdução aos problemas da obtenção da prova em contexto internacional e à proposta de uma decisão europeia de investigação*”, Direito da Investigação e da Prova, Coordenadores Maria Fernanda Palma e outros, Almedina, 2014, páginas 330 a 336

- Acórdão do TRL, de 04.06.2009, Proc. n.º 1176/03.0TCSNT.L1-8, Relator Ana Luísa Geraldes (www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRL de 13.07.2010, Proc. 712/00.9JFLSB.L1-5, Relator Carlos Espírito Santo (www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRG, de 15.12.2016, Proc. 376/11.4TACHV.G1. Relator Ausenda Gonçalves (www.dgsi.pt)

VIII. Conclusão

Conforme salientamos na introdução, o tema da admissibilidade e validade prova em processo penal sempre mereceu particular relevância em contexto nacional e internacional. Com efeito, as autoridades judiciais portuguesas, quer atuando como requerentes (emissão), quer como requeridos (execução), são convocadas constantemente a demandar ou executar diligências de obtenção de prova no estrangeiro, campo que introduz maior dificuldade no tratamento da admissibilidade da prova. Assim, o acréscimo da cooperação judiciária internacional em matéria penal conduz ao aumento da frequência de casos em que as autoridades judiciais de um país violam obrigações convencionais ou princípios de direito internacional.

A Diretiva DEI e a sua transposição para Portugal com a Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, constitui um grande avanço na cooperação judiciária em matéria penal, pois passa a existir apenas um instrumento jurídico para a obtenção de provas na UE, conseguindo assim, e sendo esse o seu desiderato principal, ultrapassar a lentidão e ineficiência do sistema baseado na emissão de cartas rogatórias transmitidas de acordo com as convenções internacionais, bem como com o pouco eficiente mandado europeu de obtenção de provas.

Fora do espaço da UE, continuam a prevalecer os Tratados internacionais multilaterais e bilaterais a que o Estado Português se encontra vinculado.

O legislador português inovou em dois aspetos importantes. Em primeiro lugar, aditou a adequação aos critérios de necessidade e proporcionalidade, que resultavam da Diretiva, pois para além da DEI se mostrar necessária e proporcional, deve ser emitida pensando nos meios que a sua emissão e execução envolvem. Dessa forma, antes de emitir uma DEI, a autoridade judiciária deve verificar se o pedido de elemento de prova ou medida de investigação requerida é necessária, adequada e proporcional para a investigação criminal em curso. Em segundo lugar, enquanto a Diretiva, no artigo 1.º, n.º 3, estipula uma novidade no Direito da União Europeia, a possibilidade de uma DEI ser requerida por um suspeito ou por um arguido, ou por um advogado em seu nome, no quadro dos direitos da defesa aplicáveis nos termos do processo penal nacional, o legislador português foi, e bem, mais longe, ao mencionar, no artigo 12.º, n.º 4, a possibilidade da DEI ser emitida a pedido dos sujeitos processuais, nos termos em que estes podem requerer a obtenção ou produção de meios de prova, de acordo com a lei processual penal. Dessa forma, consagra o regime interno do CPP (ex vi art.º 47.º da DEI), mormente aos artigos 61.º, n.º1, alínea g) (arguido); 69.º, n.º2, alínea a) (assistente) e 67.º-A, n.º5 (vítima). De qualquer forma, se por um lado, esta disposição interna não confere aos sujeitos processuais o direito de emitir DEI, mas sim requerer à autoridade judiciária competente a sua emissão, nos termos do art.º 12.º, n.º1 da Lei n.º 88/2017, por outro, o não deferimento de uma DEI a pedido dos sujeitos processuais acarreta um especial dever de fundamentação.

O uso dos formulários (anexos I, II e III) facilita a emissão, reconhecimento e execução da DEI. Resulta da *praxis* judiciária que uma das principais críticas ao modelo clássico de cooperação (cartas rogatórias) é a sua demora na execução/cumprimento, por vezes, meses ou até mesmo anos, pelo que obter provas mediante canais mais rápidos, eficientes e usando formulários idênticos é essencial para o sucesso das investigações criminais.

A autoridade judiciária de emissão portuguesa deve atender que o critério de relevância probatória deve ser exatamente o mesmo que utilizaríamos caso a prova estivesse localizada em Portugal, devendo observar de forma escrupulosa o art.º 6.º da Lei n.º 88/2017. Doravante, a opção de não se recolher prova fora de Portugal não deverá ser seguida, pois tal pode consubstanciar: *i)* violação de princípio da legalidade da investigação; *ii)* preterição dos direitos dos sujeitos processuais (arguido e vítima); *iii)* não efetividade da prossecução penal (pode consubstanciar violação de vários normativos nacionais e internacionais). Por outro lado e por forma a assegurar o cumprimento do direito processual penal português, a autoridade judiciária de emissão deve preocupar-se: *i)* o ato tem de ser válido ao abrigo do DPP interno, *ii)* o ato tem de ser válido ao abrigo do direito UE, *iii)* requerer a execução de formalidades essenciais à validade da prova, *iv)* assegurar que a autoridade de execução vai compreender o que é solicitado, porque é solicitado; *v)* se forem requeridas formalidades da Lei portuguesa é ainda mais essencial a explicação e deverá ponderar-se o contacto direto com a autoridade de execução, a utilização de entidades facilitadoras (RJE, Pontos de Contacto, Eurojust) para garantir a execução adequada (eficiente e rápida), *vi)* se a importância do caso o justificar, poderá ser solicitada a deslocação ao EM de execução das autoridades Portuguesas e *vii)* e zelar, dentro do possível, por uma tradução de qualidade.

A autoridade judiciária de execução portuguesa deverá atender aos arts. 18.º e 31.º da Lei n.º 88/2017, ou seja, deve garantir a execução da DEI, com base no princípio do reconhecimento mútuo, nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade nacional. E, sem prejuízo das causas de recusa, deverá respeitar as formalidades e os procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão, salvo disposição em contrário da lei nacional e desde que se respeitem os pressupostos e requisitos do direito nacional em matéria de prova no âmbito de processos nacionais semelhantes.

Respeitando estes requisitos, estamos convencidos que a DEI e a aplicação da mesma na *praxis* judiciária tenderá a ser profícua, navegando em águas muito mais tranquilas do que era o sistema anterior de recolha de prova, visando a diminuição dos casos em que as autoridades judiciárias portuguesas violam obrigações convencionais ou princípios de direito internacional.

O TJUE, em sede de reenvio prejudicial, vai ter (como tem acontecido recentemente na área da cooperação judiciária em matéria penal) um papel fundamental a desempenhar na interpretação da DEI e das legislações nacionais e particularmente as transposições, em sede de reenvio prejudicial.

Na mesma medida, os tribunais nacionais desempenharão um papel fundamental nesta área, quando forem chamados a tomar posição sobre a aplicação da Lei nacional, mormente na admissibilidade e validade da prova recolhida com esse instrumento.

De qualquer forma, caberá um papel decisivo aos Estados Membros e aos seus aplicadores, pois a admissibilidade e validade da prova na DEI continua a ser uma tarefa principal destes, procurando a desejável construção de um sistema de “*checks and balances*”, ou seja, baseado no equilíbrio necessário entre o poder de investigação ou acusação e os direitos da defesa.

A Haia, março de 2018