

DECISÃO EUROPEIA DE INVESTIGAÇÃO: CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DO QUADRO LEGAL NACIONAL E DA UE — BREVES NOTAS

JORGE COSTA

Resumo¹: a presente comunicação está dividida em quatro partes, pretendendo-se, desta forma, enquadrar, quer de forma genérica, quer de forma específica, o leitor/ouvinte na matéria da cooperação judiciária internacional em matéria penal, *maxime* no auxílio judiciário mútuo, ou assistência mútua, como também é designada, por forma a melhor compreender(-se) a Lei portuguesa que procede à transposição da Directiva sobre a **Decisão Europeia de Investigação**² (doravante, **Directiva**). Assim, na primeira parte, apresenta-se uma brevíssima panorâmica sobre os pontos basilares que, em termos de cooperação judiciária internacional, regiam o auxílio mútuo no respeitante às medidas de investigação/recolha de prova no estrangeiro. Na segunda parte, alinham-se os propósitos e as principais soluções da Directiva, diferenciadoras do(s) regime(s) que substitui após a sua entrada em vigor e plena aplicação. Seguidamente, na terceira parte, será abordada, ainda que de forma muito breve, a **Lei portuguesa** de transposição da Directiva (doravante, apenas **Lei**), destacando quer algumas soluções inovadoras, quer as que se afiguram poderem ser soluções menos conseguidas. Na quarta e última parte, formulam-se algumas conclusões.

Palavras-chave: exercício do *jus puniendi*; investigações transnacionais; cooperação judiciária internacional; auxílio mútuo; regras convencionais clássicas; Decisão Europeia de Investigação; princípio do reconhecimento mútuo; direitos fundamentais processuais; “vias de recurso”.

1. ANTECEDENTES

Desde há muitos séculos que, no contexto da justiça penal, os Estados necessitam da colaboração de outros Estados para o exercício do ***jus puniendi***, requerendo, isto é, pedindo, em função de cada situação específica em causa, a colaboração de outro Estado, sob a forma de cooperação que

¹ O presente texto reproduz a comunicação que serviu de base à apresentação verbal que efectuei, no Instituto de Criminologia — Universidade de Sevilha, em 28 de Setembro de 2018, em Jornada Internacional relativa à Decisão Europeia de Investigação, e onde participei a convite da Senhora Professora Pilar Martín Rios (Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla). A esse texto foram agora incorporadas ligeiras alterações e necessárias adequações a formato para publicação. De notar ainda que a comunicação em apreço se destinava a público (alunos e professores) espanhóis e, por isso, reveste-se de um tom essencialmente narrativo e informativo.

² A Decisão Europeia de Investigação (DEI) foi estabelecida pela Directiva 2014/41/UE.

melhor se ajuste ao caso em concreto e ao que é pretendido pelo Estado “requerente/requisitante”.

No contexto dessa cooperação (cooperação judiciária internacional) existem formas mais solenes, complexas e muito formais, como seja a extradição/entrega de pessoas procuradas pela justiça do Estado requerente ou requisitante, e formas ou modalidades menos solenes, mas igualmente essenciais para a realização da investigação criminal, de natureza transnacional, e sempre que importa promover uma colaboração/cooperação entre Estados.

É nessa modalidade menos solene e complexa que poderemos situar o **auxílio (assistência) judiciário mútuo**, onde cabe um conjunto amplo e diversificado de medidas como a audição de testemunhas, de suspeitos ou de peritos, a recolha de objectos, informações sobre contas e operações bancárias e a realização de buscas ou pedidos de informações bancárias, medidas essas naturalmente solicitadas entre Estados³.

O regime legal aplicável ao auxílio mútuo assentava, até muito recentemente, sobretudo em Convenções e Protocolos, quer do Conselho da Europa — Convenção de 1959 e Protocolos — quer da própria União Europeia (doravante, UE) — Convenção de 2000, Protocolo, e Acordos Schengen — e isto se apenas nos quisermos referir ao regime aplicável no espaço da UE e, assim, também em Portugal.

Ora, este quadro legal convencional, para além da sua **dispersão**, era **pouco coerente, pouco amigo da rapidez, pouco ágil, sobressaindo, ainda**, a dependência, na sua aplicação e execução, de muitos factores “instáveis”, mormente de natureza política. Tais factores decorriam, naturalmente, de uma menor densidade de integração e/ou coesão jurídica e judicial a par, também, de uma menor integração política.

Para bem se compreender o que afirmamos, basta recordar que, mesmo em tempo mais recente, **as comunicações (envio/recepção) dos pedidos relativos ao auxílio mútuo** não eram feitas directamente entre as autoridades judiciárias competentes, mas sim através de canais institucionais (Autoridades Centrais, como os Ministérios da Justiça ou as Procuradorias, sendo muitas vezes necessário usar os **canais diplomáticos**), com toda a morosidade que isso implica, quer no caminho a fazer até chegar à autoridade competente para a Execução, quer no caminho inverso de resposta até ao Estado requerente. As célebres **cartas rogatórias** demoravam meses, quando não vários anos, até serem devidamente cumpridas e respondidas⁴.

Por outro lado, o **direito normalmente aplicável na execução do pedido era o do Estado de Execução**, potenciando desse modo eventual inadmissibilidade da prova no processo/investigação em curso no Estado requerente,

³ Vide artigos 145.º e segs. da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal), alterada pelas Leis n.ºs 104/2001, de 25 de Agosto, 48/2003, de 22 de Agosto, e 48/2007, de 29 de Agosto.

⁴ Vide Francisco Jimenez-Villarejo Fernandez, “Orden Europea de Investigacion: Adiós a las Comisiones Rogatorias?”, in *Cooperacion Judicial Civil y Penal en el Nuevo Escenario de Lisboa*, Editorial Comares, Granada, 2011 (coord. de Coral Aranguena Fanego).

porque provavelmente recolhida sem observância de regras, condições e requisitos processuais imperativos da lei do Estado onde corre o processo.

Ora, utilizei propositadamente o termo “**pedido**”, porque era (e, em alguns casos, ainda é...) disso que se tratava: um Estado pedia a outro Estado a colaboração através do auxílio mútuo...num significado que nos leva a um quadro de relações internacionais marcadas pela forte afirmação de (muita) soberania e pouca cooperação!

Além de que este Estado de Execução poderia não cumprir tal pedido, meramente com invocação de **razões de natureza puramente política**, visto não existir previamente definido e de forma comum um conjunto de motivos que pudesse ser invocado para o não cumprimento, ficando, assim, na absoluta dimensão de soberania de cada Estado invocar os motivos que bem entendesse para não cooperar (baseados em razões de ordem pública, de segurança interna, de oportunidade, etc.).

Este panorama densamente povoado de factores obstaculizantes a uma rápida cooperação tornou-se inadmissível para uma **justiça que, nesta contemporaneidade, se pretende célere, assente, no máximo possível, em bases comuns, respeitadora dos direitos fundamentais dos suspeitos e arguidos e de igual modo protectora das vítimas**.

Significativamente, a UE dera, entretanto, passos largos noutras formas de cooperação, caracterizadas por maior importância e complexidade, **através da concretização e aplicação do princípio do reconhecimento mútuo⁵, revolucionando a cooperação entre os Estados-Membros (doravante, EMs) da UE, na justa medida em que se estabelece que as decisões tomadas por uma autoridade de um certo EM são plenamente executáveis noutro EM, o que só é possível no quadro de um Espaço Comum de Justiça, no seio do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça⁶⁻⁷**.

⁵ O princípio do reconhecimento mútuo teve consagração formal como a pedra angular da cooperação judiciária, no Conselho Europeu realizado em Tampere, na Finlândia, em 1999. Para uma visão global deste princípio, na perspectiva de uma análise da Ley (espanhola) 23/2014, de 20 de Noviembre, vide “Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Union Europea”, Thomson Reuters Aranzadi, Instituto de Estudios Europeos da Universidad de Valladolid e Consejo General del Poder Judicial.

⁶ Veja-se o que a senhora Ministra da Justiça referiu no seu discurso no âmbito do Seminário Eurojust — “Decisão Europeia de Investigação e o papel da Eurojust”, realizado a 3 de Novembro de 2017, na FDUL: “**A recolha e conservação da prova, momentos estruturantes do processo crime, exigem uma eficaz interacção entre as autoridades competentes dos diversos Estados-Membros da União Europeia e reclamam a existência de mecanismos que favoreçam o célere reconhecimento e execução de decisões de obtenção de elementos de prova em processos respeitantes a criminalidade internacional. (...) A DEI nasce como instrumento de reconhecimento mútuo que visa assegurar, entre os Estados-Membros da União Europeia, um mecanismo célere de reconhecimento e execução de decisões que determinem a obtenção de elementos de prova**” (discurso disponível em “<https://www.portugal.gov.pt/>”, acedido em Julho de 2019).

⁷ Veja-se, ainda, Júlio Barbosa e Silva, *O princípio da especialidade na aquisição de prova transnacional, em especial no âmbito da decisão europeia de investigação*, in Revista do Ministério Público, n.º 157, pág. 10.

2. FINALIDADES E SOLUÇÕES DA DIRECTIVA DEI

Tal como decorre dos considerandos da Directiva, o propósito deste novo instrumento legal é o de trazer uma **nova abordagem no contexto da obtenção e transmissão de elementos de prova em processos de dimensão transfronteiriça**.

Essa nova abordagem pode ser, na minha opinião, perspectivada em dois planos:

- um primeiro plano, que assenta no novo alicerce para a obtenção e transmissão da prova, isto é, o princípio do reconhecimento mútuo (a que poderíamos chamar **plano funcional**);
- um segundo plano, que impõe o estabelecimento de um regime único, tendencialmente completo, ultrapassando um quadro fragmentado de soluções (tantas vezes) incoerentes, dispersas e baseadas nos mecanismos clássicos de cooperação no domínio do auxílio mútuo (e a que poderíamos chamar **plano estrutural ou organizativo**).

Consequentemente, e correspondendo à necessidade imperiosa de “consolidação legal”, a Directiva substitui vários instrumentos legais preexistentes, como o Mandado Europeu de Obtenção de Provas (instrumento legislativo da UE que, aliás, nem todos os EMs transpuseram...)⁸ e da normatividade base do auxílio mútuo em geral no âmbito da UE (Acordos Schengen, Convenção de Auxílio Mútuo do Conselho da Europa, Convenção de Auxílio Mútuo entre os EMs da UE, do ano 2000, e respectivo Protocolo). Todos estes instrumentos tinham, na sua base de funcionamento, regras e princípios tributários de uma certa forma de fazer cooperação, como já tivemos ocasião de referir: burocrática, lenta, incoerente, desagregada e “soberanista”.

Por outro lado, e estando o princípio do reconhecimento mútuo em plena expansão e aprofundamento, mal se compreendia que uma área tão vital como a da recolha e admissibilidade (internacional) da prova não se ancorasse em tal princípio, que, como sabemos, e mau grado a opinião de alguns, provou ser um instrumento muito eficaz e uma mais valia no âmbito da cooperação sem, com isso, colocar em crise o núcleo axial dos direitos fundamentais, pese embora — reconheça-se — a necessidade de alguns ajustamentos na sua aplicação.

Vejamos agora alguns pontos — positivos e negativos — a destacar na **Directiva DEI**.

⁸ Vide Luís de Lemos Triunfante, *Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal*, in Revista do Ministério Público, n.º 147, págs. 73 e segs., *maxime*, nota de rodapé n.º 5.

2.1. Pontos positivos

Uma primeira nota que importa referir diz respeito à diferenciação entre a **Directiva DEI** e a normatividade substituída e que é a do **âmbito da DEI** (artigo 3.º), visto que esta abrange **qualquer medida de investigação**, com exclusão da criação de equipas conjuntas de investigação e da obtenção de prova por essas equipas⁹. **Ora, por exemplo, no Mandado Europeu de Obtenção de Provas (MEOP) apenas estava em causa a prova já recolhida...**

A segunda nota vai para dar ênfase à base em que assenta a DEI, ou seja, o princípio do reconhecimento mútuo (**ora, antes, e como já o assinálamos, todo o auxílio se baseava na cooperação a pedido...**). Sabemos quão inovador é este princípio no seu confronto com as ancestrais regras gerais vigentes no domínio do auxílio mútuo tendente à obtenção de prova e à sua transmissão para o Estado onde se tramita o processo/investigação criminal. Reconhecendo-se, embora, que tal princípio estava já presente no MEOP¹⁰, a verdade é que este instrumento era apenas aplicável na obtenção de elementos de prova já existentes e, por isso, com uma abrangência muito limitada.

Diversamente do que ainda se verificava em muitas situações no auxílio (apesar da regra da Convenção de Auxílio Mútuo entre os EMs da UE, do ano 2000), agora a **regra é a da transmissão directa bem como dos contactos directos entre as autoridades (judiciárias) competentes**, eliminando-se, definitiva e totalmente, a intervenção governamental (e, em alguns Estados, eliminando-se mesmo uma “fase administrativa”...). Potencia-se, desta forma, maior eficiência e rapidez nesta forma de cooperação. Mas traduz, sobretudo, uma importante dimensão no plano político, porquanto se confere, finalmente, a “César o que é de César...”, isto é, as matérias relativas à investigação criminal, ainda que de natureza transnacional, relevam (devem relevar...) exclusivamente da intervenção do judiciário e não já do governamental, **em clara afirmação do princípio da separação de poderes, num plano político (agora) transnacional.**

Uma outra diferença que importa realçar, relativamente aos quadros de cooperação clássica, e à semelhança do que ocorre em outros instrumentos, é o do mecanismo do reconhecimento mútuo (artigo 9.º) e o que representa tal princípio no plano de actuação dos “operadores” judiciários: **a autoridade judiciária¹¹ (do Estado) de Execução interpelada pela autoridade (do**

⁹ Muito embora se tente compreender e aderir à razão para uma tal exclusão (complexidade e existência de regras muito específicas...), talvez se tenha perdido uma boa ocasião para incorporar coerentemente tais regras neste regime que se pretende único.

¹⁰ Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinadas à obtenção de objectos, documentos e dados para utilização em processos penais (JO, L, 350, de 30.12.2008).

¹¹ A propósito do conceito de “**autoridade judiciária**” importa ter presente o recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no qual se entende que, em face da ausência de independência/autonomia (vinculação ao poder governamental), os Procuradores alemães

Estado) de Emissão age nos exactos termos como se fosse interpelada por uma autoridade do seu Estado.

Essa nova “cultura” (de cooperação) reflecte-se, por sua vez, na definição e elenco dos **motivos de não reconhecimento ou não execução** (artigo 11.º). Operando uma interpretação da razão de ser deste (limitado) elenco, concluiremos que só será correctamente adequado recusar executar uma medida de investigação no contexto da DEI emitida **se, em iguais circunstâncias, em casos internos, tal medida não fosse igualmente possível de executar**, em função do *ne bis in idem*, da existência de imunidades ou privilégios, da verificação de eventual prejuízo para os interesses nacionais essenciais de segurança ou se, de todo em todo, tal medida não pudesse ser executada, ainda que fosse meramente de natureza interna. Logo, o elenco dos motivos que permitem a recusa de execução revela, pela sua estrita limitação, que, **por regra**, só não haverá cooperação entre as entidades dos dois Estados em causa se, internamente, no Estado de execução, também não fosse possível proceder àquela medida de investigação.

Um outro aspecto que importa destacar é a previsão de uma faculdade (dever?) de uma **atitude mais proactiva e fiscalizadora por parte da autoridade de execução**. Com efeito, na aplicação, “normal”, do princípio do reconhecimento mútuo, a autoridade de execução reconhece (“automaticamente”) a decisão que lhe é enviada, salvo verificando-se algum motivo de recusa. Ora, na Directiva DEI, de acordo com o artigo 6.º, n.º 3, e sem prejuízo dos motivos de recusa elencados no artigo 11.º, a autoridade de execução **deve verificar** se estão preenchidas as condições previstas no n.º 1 daquele artigo 6.º, podendo consultar a autoridade de emissão quanto à **“importância de executar a DEI”**. Em consequência dessa consulta, a autoridade de emissão pode, então, decidir retirar a DEI. O que seja o significado da expressão **“importância de executar a DEI”** a Directiva não o refere. **Mas podemos presumir o que esteja subentendido, se analisarmos a provável consequência para a autoridade de emissão: retirar a DEI**¹² [a Lei portuguesa acolheu essa possibilidade, ainda que não se refira à questão da **“importância de executar a DEI”** (artigo 11.º, n.º 4, da Lei portuguesa)].

Toda esta normatividade, desde que devida e adequadamente assumida pelas autoridades nacionais competentes em cada EM, revela, inequivocamente, uma **nova filosofia**: estamos perante um novo paradigma no que toca à recolha e transmissão (transnacional) da prova e esse paradigma é o da pertença a um **Espaço Comum de Justiça**, parte incindível do (mais lato) Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça.

não serão considerados como tal, ao menos no contexto da cooperação judiciária internacional (mandados de detenção europeus) — cf. processos C-508/18 OG, C-82/19 PPU PI e, ainda, C-509/18 PF.

Sobre esta problemática, *vide* Luís de Lemos Triunfante, ob. cit., págs. 85 e segs., onde o autor alude ao caso de Espanha com os “Secretarios Judiciales” (nota de rodapé n.º 31).

¹² *Vide* Luís de Lemos Triunfante, ob. cit., págs. 95-97.

2.2. Pontos negativos

Os instrumentos legais são fruto da capacidade humana e esta tem defeitos e limites. Também a Directiva DEI terá alguns.

Uma questão que surge como menos conseguida na **Directiva**, com impacto nas leis de transposição, é a **da protecção dos direitos fundamentais e dos direitos de defesa**, com omissões relevantes quer no articulado, quer no formulário.

Desde logo, no articulado, e para além do que se refere nos considerandos e de uma remissão genérica para a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nada de substantivo se acrescenta. Existe apenas a remissão para o direito interno em termos das “**vias de recurso**”, o que, revelando-se demasiado escasso, provocará, *ipso facto*, diferentes quadros jurídicos de protecção e de garantias, em função dos quadros constitucionais e legais sobre a matéria, próprios de cada um dos EMs. Poderia e deveria ter-se previsto, em concreto, um conjunto mínimo de direitos e garantias processuais, de igual densidade em todos os EMs. Só assim se garantiria, minimamente, uma certa “igualdade” em termos de protecção dos direitos fundamentais no plano de todo o Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça, isto é, no território de toda a UE.

Por outro lado, o formulário é muito pouco claro. Este contém a **Secção J**, intitulada “**vias de recurso**”, que se desdobra em dois pontos. Ora entre o ponto n.º 1 e o ponto n.º 2 não há lógica sequencial, quando parece ter de haver... Com efeito, o n.º 2 refere “**autoridade do Estado de emissão que pode fornecer mais informações sobre os trâmites necessários para interpor recurso nesse Estado...**”. O segmento “**que pode fornecer mais informações...**” parece pressupor que já tenha sido dada alguma informação — ainda que liminar — por força do n.º 1... Mas assim não é, porque o n.º 1 dispõe “**indique se já foi interposto recurso da emissão de uma DEI...**” e não se refere a qualquer tipo de informações sobre os trâmites necessários para interpor recurso.

Esta secção deveria, pois, fornecer, desde logo e no n.º 1, informação liminar sobre as vias de recurso (**quem pode interpor recurso; para que entidade; quais os prazos; efeitos do recurso; etc.**) e o n.º 2 deveria indicar a Autoridade no EM em causa que pudesse ser consultada para fornecer, sendo caso disso, informações complementares.

Concluindo, poderemos afirmar que o formulário, nesta parte, não está em concordância prática com o considerando n.º 22 e outros. Por isso, os EMs poderão/deverão prover, na sua legislação interna, que, aquando da emissão de uma DEI, essa informação seja devidamente prestada (já que o formulário não poderá sofrer alterações...) ou, então, no acto de preenchimento do formulário, a respectiva entidade deverá, desde logo, prestar a informação pertinente.

3. DA LEI PORTUGUESA DE TRANSPOSIÇÃO (LEI N.º 88/2017, DE 21 DE AGOSTO)

Sendo pertença do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça da UE, incumbe a cada EM proceder a uma correcta transposição da lei europeia, observando escrupulosamente os comandos da letra da Directiva, bem como o que releva do “espírito” da nova normatividade, devendo promover uma adequada aplicação da norma europeia, mediada pela lei nacional, para além de impulsionar a devida formação aos aplicadores e, por fim, deverá proceder à oportuna avaliação quanto à sua aplicação e eventuais obstáculos e problemas que importe resolver.

Cingindo-nos aqui à transposição da Directiva, vejamos então o caso de transposição operada em Portugal e cuja Lei, sem embargo de se reconhecer a sua grande qualidade jurídica, suscita algumas críticas e elogios¹³.

3.1. Críticas

As críticas que se me oferece fazer ao diploma português incidem sobre as seguintes matérias:

- (i) do modelo de transposição;
- (ii) da redacção legal;
- (iii) da problemática relativa à indicação e definição das autoridades competentes;
- (iv) da “confusão” na mesma norma dos papéis enquanto “autoridade de emissão” e “autoridade de execução”; e
- (v) da matéria das “vias de recurso”.

(i) A forma de incorporação da Directiva DEI no direito interno é livre, não estando prevista obrigatoriamente uma forma de o fazer. Portugal optou por aprovar uma lei específica, ao invés de outros EMs que promoveram alterações ao Código de Processo Penal (**Países Baixos**) ou alteraram codificações já existentes relativas a instrumentos legais baseados no princípio do reconhecimento mútuo (**Espanha**)¹⁴.

A solução dos Países Baixos parece a mais interessante, por estarmos perante regime processual que deve ser coerente no seu todo, na vertente nacional e na externa.

¹³ A Directiva foi transposta para o direito interno português pela Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto.

¹⁴ Espanha adoptou a Ley 23/2014, de 20 de Noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Union Europea, a qual foi, entretanto, modificada para acolher a transposição da Directiva DEI através da Ley 3/2018, de 11 de junio, BOE de 12 de junio de 2018.

Portugal poderia ter feito tal incorporação na Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal¹⁵, aditando este novo regime ao lado do regime aplicável ao auxílio em termos genéricos, e a tanto não obstava o simples facto de este novo regime ser apenas aplicável nas relações de cooperação entre os EMs.

Seguiu-se o precedente da transposição, ao tempo, da Decisão-Quadro relativa ao regime do Mandado de Detenção Europeu e de outros instrumentos legais da UE baseados no princípio do reconhecimento mútuo, para os quais vêm sendo aprovadas, igualmente, leis específicas¹⁶.

Juridicamente nada releva criticar quanto ao modelo de incorporação no nosso quadro normativo da Directiva DEI. Neste aspecto importa apenas enfatizar a dispersão em múltiplas leis avulsas das sucessivas transposições de regimes legais aprovados na UE, fonte de perturbação para o intérprete e o aplicador, e factor natural de incoerências legais.

(ii) Dito isso, impõe-se dizer que, no acto de transposição, os EMs devem ser rigorosos, mas não têm de, para (bem) observar esse rigor, limitar-se a, muitas das vezes, fazer “**corta e cola**” a partir dos instrumentos legais da União. Ora, no caso, a lei portuguesa de transposição, em muitas soluções, limitou-se a fazer essa “importação”, esquecendo-se, muitas vezes, de “adaptar” a Directiva à realidade portuguesa, seja enquanto entidade emite de uma DEI, seja enquanto entidade de execução.

Na verdade, quando Portugal é, nos termos da lei, o EM de execução, a Lei não deve, pura e simplesmente, dizer “o EM de execução...”, como muitas vezes ocorre na Lei.

Vejamos alguns exemplos.

No capítulo III, sobre “Procedimentos e garantias de execução” — e onde, portanto, Portugal surge como EM de execução, o artigo 18.º, n.º 5, dispõe: “**A DEI transmitida às autoridades nacionais é traduzida para a língua oficial do Estado de execução ou para outra língua oficial dos Estados-Membros da União Europeia que Portugal tiver declarado acei-**

¹⁵ Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

¹⁶ Veja-se, a título meramente ilustrativo: Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, alterada pela Lei n.º 35/2015, de 4 de Maio, que transpõe a Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, relativa ao Mandado de Detenção Europeu; Lei n.º 36/2015, de 4 de Maio, que transpõe a Decisão-Quadro 2009/829/JAI, do Conselho, relativa ao reconhecimento e fiscalização de execução de medidas de coacção; Lei n.º 158/2015, de 17 de Setembro, que transpõe a Decisão-Quadro 2008/909/JAI, do Conselho, relativa à transmissão e execução de sentenças em matéria penal que imponham penas de prisão e que transpõe ainda a Decisão-Quadro 2008/947/JAI, do Conselho, relativa à transmissão e execução de sentenças e decisões relativas à liberdade condicional. Sobre tais instrumentos vide Luís de Lemos Triunfante, *Os novos instrumentos legislativos nacionais em matéria de reconhecimento mútuo de decisões penais pré e post sentençiais no âmbito da União Europeia*, in Revista JULGAR, n.º 28 (Janeiro-Abril de 2016), págs. 43 e ss., e, ainda, Jorge Costa, *Decisão-Quadro 2009/829/JAI, do Conselho, de 23 de Outubro de 2009, relativa à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva*, in Revista JULGAR, n.º 17 (Maio-Agosto de 2012), págs. 167 e segs.

tar, em conformidade com o n.º 3 do artigo 6.º. Ora, este comando não se entende na fase de procedimento (fase de execução em Portugal de uma DEI) onde está inserida...

Um outro exemplo está presente no artigo 21.º (ainda no âmbito do procedimento de execução em Portugal), o qual, no n.º 1, refere: “**Se a medida não existir na lei do Estado de execução...**”. Ora este Estado de execução é Portugal e, portanto, a norma, tal como está, não tem lógica, porque deveria dizer-se “se a medida não existir no ordenamento jurídico português...”.

O mesmo, aliás, na alínea d) do n.º 2 e no n.º 5 desse artigo. E também no artigo 22.º, em diversos números e alíneas, e ainda nos artigos 23.º, 28.º e 29.º.

Por outro lado, deveriam evitar-se expressões que, salvo sempre outro e melhor entendimento, não são correctas, como “**a autoridade de execução satisfaz o pedido de coadjuvação a que se refere o artigo 15.º desde que não seja contrário aos princípios fundamentais do seu direito nacional**”... (ora, estando a DEI em Portugal para execução, deveria dizer-se simplesmente “do direito nacional”)¹⁷.

(iii) Relativamente à definição e indicação das “entidades de execução”, o diploma português sofre de uma excessiva dispersão, apesar de ter uma **norma geral** de designação de “autoridades nacionais de execução” (artigo 19.º da Lei). Todavia, mesmo nesta norma geral verifica-se a designação de diferentes entidades, confundindo-se e misturando-se “competências funcionais” com “competências territoriais”, numa profusão complexa de indicações, sobretudo para as autoridades de emissão de outros EMs. Ora, para além dessa norma genérica, há ainda outras **normas avulsas** sobre “autoridades

¹⁷ Não desconhecemos que esta foi uma opção do legislador, Ministra da Justiça *dixit*. Com efeito, pode ler-se no seu discurso, já mencionado (nota 6), o seguinte: “**Da mesma forma, regula — e a introdução deste segmento conheceu alguma reacção inicial — a forma de emissão dos pedidos de cooperação judiciária visando a obtenção de prova noutro Estado-membro da União Europeia. Dizia-se, contra a introdução de normas respeitantes a execução noutro Estado de pedidos de cooperação emitidos pelas autoridades nacionais, que a tramitação desses pedidos obedeceria à lei interna desse Estado, sendo irrelevantes as previsões contempladas na Lei Portuguesa. A essa argumentação opôs-se uma opinião, prevalecente, assente no princípio de que a Directiva definia um programa básico comum de acção e que os padrões mínimos desse programa deveriam ser conhecidos e observados pelas autoridades judiciárias dos Estados-Membros, independentemente da posição em que se encontrassem**”. A justificação é plausível e compreensível, mas da qual nos permitimos discordar. A lei portuguesa — como qualquer lei estritamente nacional — vale apenas na própria jurisdição e, por isso, consequentemente, não pode “determinar” ou dar comandos aos outros EMs, nos termos em que a Lei portuguesa o faz. E ainda que se pretenda apelar, como justificação, à necessidade da existência de uma base comum, esta não é a lei nacional que a define ou enquadra, mas sim, no caso, a Directiva em causa. Por isso se revela de extrema importância que os EMs procedam a uma correcta transposição da Directiva, quer observando a letra, quer tendo em conta o “espírito” da Directiva, como já o dissemos antes (diferente é a questão, que será abordada mais adiante, no concernente ao disposto no artigo 11.º, n.º 3, da Lei portuguesa, onde se prevê que a autoridade portuguesa de emissão deverá **solicitar** o cumprimento de certos formalismos aquando da execução).

nacionais competentes para a execução” (artigos 32.º, n.º 6, 40.º, n.º 6, e 41.º, n.º 5).

Será, assim, extremamente difícil uma autoridade competente de emissão de um outro EM destringir qual a autoridade portuguesa para quem deve enviar a DEI¹⁸. Ao que sei, Espanha concentra tudo no Ministério Fiscal que depois reencaminha internamente!

(iv) Uma solução menos conseguida é, a meu ver, a opção de, na mesma norma e em simultâneo, estarem previstas a “emissão” e a “execução”, o que não deixará de ser fonte de complexidade na aplicação da lei (artigos 35.º, 37.º, 38.º, 39.º, 40.º, 41.º, 42.º e 44.º). Espanha, mais uma vez, faz essa distinção de forma clara, diferenciando as situações de exercício enquanto **Estado emissor** ou enquanto **Estado de execução!**

(v) À semelhança de outros instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo, também a Directiva DEI faz um apelo muito forte à **especial atenção** a prestar à matéria dos direitos fundamentais [considerandos 12, 18 e 19 e artigo 11.º, n.º 1, alínea f)] e à garantia da observância de direitos processuais (considerando 15 e artigo 14.º).

Consequentemente, e fazendo jus à “fama” de que Portugal tem um sólido quadro jurídico-constitucional garantístico no domínio do processo penal, a Lei portuguesa que transpõe a Directiva acompanha a norma da Directiva (artigo 22.º, n.º 1, alínea g), e artigo 45.º da Lei) quase *ipsis verbis*.

Convirá, ainda assim, notar que, no que respeita à matéria dos direitos processuais, **maxime** quanto à faculdade de “impugnar” a decisão que ordena a emissão de DEI ou a decisão de execução, a Lei portuguesa, ao menos na sua literalidade, não só aparenta ser “restritiva” na sua abrangência, como parece conter algumas incoerências internas.

Vejamos: a Directiva, na versão inglesa, contém a expressão “**legal remedies**” quando pretende aludir às formas e mecanismos disponíveis, a nível interno de cada EM, para impugnar, reclamar ou recorrer, no âmbito de uma DEI. Todavia, a tradução usada na versão portuguesa da Directiva, e que foi igualmente usada na Lei de transposição, é a expressão “**vias de recurso**”. Ora, em termos processuais, o “recurso” é uma figura bem precisa e delimitada no ordenamento jurídico. Tem por efeito colocar em crise uma decisão de um juiz ou tribunal por apelo a um tribunal superior. E tal conceito não abrange, desde logo, qualquer outra forma de “reacção”, como a simples reclamação para a mesma autoridade, e muito menos abrange a “impugnação” de decisões tomadas pelo Ministério Público (MP).

Assim sendo, e na justa medida em que a Lei portuguesa confere legitimidade ao MP para reconhecer e executar uma DEI (artigos 19.º e 40.º, n.º 6, da Lei) e dado que as decisões do MP não são “recorríveis”, sob a forma de recurso, para Tribunal superior, então como poderá interpretar-se a

¹⁸ Sobre estas dificuldades no plano geral, *vide* a análise de Luís de Lemos Triunfante, ob. cit., págs. 89-90.

norma do artigo 45.º da Lei, *maxime* o disposto nos n.ºs 3, 4, 5 e 6 (cf., ainda, o n.º 3 do artigo 23.º)? Deverá operar-se uma interpretação actualista, em função do previsto no Código de Processo Penal e no Estatuto do Ministério Público? A resposta parece óbvia. O que imporá, naturalmente, alguma pro-actividade do MP português, nos casos de execução, no sentido de prestar uma correcta informação sobre as especificidades das competências, poderes e hierarquia no âmbito do MP.

3.2. Elogio(s)

Mas a Lei portuguesa, além de acompanhar de perto a Directiva, na letra e no espírito — e sem embargo do que atrás dissemos quanto a soluções menos conseguidas —, contém suplementarmente normas interessantes sob o ponto de vista funcional, no sentido de tornar a cooperação mais clara, mais eficiente e mais garantística no respeitante aos direitos processuais (vítimas, etc.), sendo, por isso, de aplaudir tais soluções.

Vejam os.

Assim, e desde logo, a Lei portuguesa confere expressamente aos intervenientes processuais (**arguido, vítima/assistente**) o direito a pedir a emissão de uma DEI (artigo 12.º, n.º 4). Isto é, apesar de não terem legitimidade para a “emissão”, conferida apenas às autoridades judiciais (ainda que numa veste de “validação”, em certos casos), os intervenientes processuais, nomeadamente no contexto do exercício do direito de defesa, poderão requerer junto da autoridade competente a emissão de uma DEI.

Por outro lado, a Lei portuguesa, indo além, pelo menos na sua letra, do estabelecido pela Directiva no seu artigo 6.º, prevê que a (emissão de) DEI deve ser “necessária, adequada e proporcional” (artigo 11.º da Lei), sendo certo que a expressão “**adequada**” não faz parte da correspondente norma da Directiva.

Certos autores vêm nesta palavra “adequada” um critério suplementar com potencial de perturbação na cooperação (emissão e/ou execução), porque, através do aditamento de tal suposto critério, tudo se tornaria mais exigente. Não me parece que seja esse o sentido a retirar da expressão “adequada”, aditada na lei portuguesa. Com efeito, a expressão “necessidade, adequação e proporcionalidade”, constante da norma da Directiva, e que “condiciona” a decisão da autoridade competente quanto a emitir ou não emitir uma DEI, tem por finalidade **impor ao emitente uma criteriosa ponderação sobre a utilização da DEI, nomeadamente pela especial atenção que deve ser prestada à observância dos direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Veja-se, em apoio do que dizemos, o considerando n.º 12 da Directiva, ao vincar que “**qualquer limitação desses direitos [direitos consagrados no artigo 48.º da Carta] por uma medida de investigação ordenada nos termos da presente directiva deverá obedecer aos requisitos estabelecidos no artigo 52.º da Carta no que diz respeito**

à necessidade, à proporcionalidade e aos objectivos dessa medida, em especial a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Logo, e quanto a nós, a expressão “adequada”, inserta, *ex-novo*, na norma da Lei portuguesa, vai ao encontro da exigência imposta pela Directiva, no sentido de que deve atender-se aos objectivos que se pretendem alcançar com tal medida. Não se afigura, portanto, que à (mera) incorporação do conceito (requisito?) “adequação” tenha presidido um espírito de inovação relativamente ao quadro da Directiva e que, salvo melhor opinião, esta não permitirá ou que tenha estado presente uma qualquer ideia de complicar a efectivação da cooperação. Nesse aditamento vejo antes o propósito de clarificação, ao exigir à autoridade de emissão uma reforçada ponderação quanto à decisão que vai tomar, devendo avaliar se a medida (ou medidas) de investigação em causa, de acordo com os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da suficiência, deverá ou não ser solicitada ou se não haverá, *v.g.*, uma outra medida eventualmente menos intrusiva.

A Lei portuguesa contém, também, uma norma de grande importância no domínio da obtenção de prova e da sua admissibilidade. Com efeito, com a DEI o que se visa é recolher prova que possa ser utilizada no Estado de emissão¹⁹. Assim sendo, é da mais elementar prudência que esta prova seja recolhida de acordo com os requisitos legais previstos na lei do Estado de emissão em termos da sua (futura) admissibilidade no processo e mesmo da sua eficácia na investigação.

Por isso, bem andou o legislador português (artigo 11.º, n.º 3, da Lei), ao impor, às autoridades nacionais de emissão, que **“a DEI indica, se for caso disso, as formalidades e procedimentos particularmente exigidos na obtenção ou produção do meio de prova, de acordo e com referência às disposições legais aplicáveis, solicitando o seu cumprimento à autoridade de execução, de modo a garantir a validade e eficácia da prova”**.

Logo, com este “pré-alerta” cometido às autoridades competentes portuguesas se evitarão problemas no uso da prova recolhida em outros EMs, por força de uma DEI emitida em Portugal.

Finalmente, importa ainda referir que, no âmbito da operacionalização da DEI em Portugal, e de acordo com informação recolhida junto do DIAP de Lisboa, contrariamente ao que seria eventualmente de esperar, as maiores dificuldades sentidas pelos operacionais não se prendem com questões de natureza estritamente jurídica, mas antes com questões de natureza muito prática.

Assim, foram apontadas dificuldades com o preenchimento do formulário, considerado muito extenso, tendo sido devolvidas algumas DEI, em virtude de incorrecto preenchimento.

Um outro aspecto a dificultar a operacionalização diz respeito à tradução.

¹⁹ Relativamente à problemática do uso pelo Estado de emissão da prova assim recolhida, no quadro do princípio da especialidade, veja-se Júlio Barbosa e Silva, *ob. cit.*, págs. 27 e segs.

Finalmente, um outro problema apontado dizia respeito a actos que, enquadrando-se ainda na fase de inquérito/investigação, não constituem verdadeiramente medidas de investigação (v.g., notificação do despacho de acusação). Neste aspecto, há divisão quanto a operacionalizar aquele acto usando o mecanismo da Directiva e da Lei. Liminarmente, penso que aquele acto não é uma medida de investigação e, por isso, deverá estar excluído de uma DEI. Não está em causa a obtenção de prova. Logo, não cairá no âmbito da Directiva.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

O auxílio mútuo em cooperação judiciária internacional visa, primordialmente, a obtenção e a transmissão de elementos probatórios, necessários em procedimento de âmbito penal a correr termos em Estado diverso daquele onde se recolhe tal prova.

Por essa razão, e tendo em conta a soberania do Estado sobre os actos praticados no seu território, a lei aplicável ao procedimento de recolha de prova era a do Estado de execução (*locus regit actus*) e não a do Estado onde tal prova vai ser usada (*forum regit actus*), o que poderia causar, naturalmente, problemas de admissibilidade/validade da prova, caso esta não tivesse sido recolhida de acordo com o quadro legal do Estado do processo.

As regras e os princípios sobre a matéria foram evoluindo de forma gradual e sustentada, para o que contribuiu, sobremaneira, a premência das investigações e do combate ao crime transnacional, sobretudo o de cariz económico-financeiro.

No contexto da UE, essa evolução foi muito significativa nos últimos tempos, sendo disso exemplo as normas dos Acordos Schengen, da Convenção de 2000, do MEOP, etc. Porém, só com o estabelecimento e aplicação do princípio do reconhecimento mútuo — que traduz uma confiança mútua entre os EMs da UE — se verificou um novo paradigma no auxílio judiciário mútuo.

A DEI, tendo na sua base tal princípio do reconhecimento mútuo, constitui um mecanismo que se reveste de simplicidade, de agilidade e de manejo fácil, representando um instrumento fundamental na luta contra a criminalidade transnacional, que, atenta a sua natureza, exige investigações céleres e eficazes, com observância de direitos de defesa, em prol de uma mais eficaz justiça internacional, através de uma adequada aplicação do novo quadro legal que decorre da Directiva e da Lei.