



Universidade do Minho
Escola de Direito

Cindy de Oliveira Fernandes Palha

A Decisão Europeia de Investigação e a valoração da prova

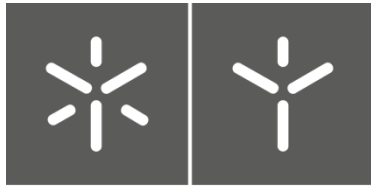
Cindy de Oliveira Fernandes Palha

**A Decisão Europeia de Investigação e a
valoração da prova**

UMinho | 2023

julho de 2023





Universidade do Minho

Escola de Direito

Cindy de Oliveira Fernandes Palha

A Decisão Europeia de Investigação e a avaliação da prova

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Flávia Novera Loureiro

Julho de 2023

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial

CC BY-NC

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é motivar a reflexão em torno de um muito interessante instrumento de cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia: a Decisão Europeia de Investigação (DEI). Contextualizando-o num cenário que há muito pede um mecanismo que venha agilizar a prevenção e repressão de práticas criminais que beneficiam das fronteiras entre os Estados, cogitamos se a sua aplicação resulta numa maior proteção dos direitos fundamentais, ou numa sua maior exposição a lesões em seio de produção de prova.

Mantendo a proteção dos direitos fundamentais como mote – e, aliás, preocupação assumida desde sempre pela União Europeia –, suspeitamos que a sua garantia pudesse ser mais devidamente acautelada se a criação da DEI tivesse sido antecedida de uma maturada e assumida política criminal europeia. Face à ausência desta última, encontramos-nos num contexto em que se fazem cruzar direitos processuais penais incompatíveis em questões tão acutilantemente relacionadas com a proteção dos direitos fundamentais como as proibições de produção de prova.

Permitimo-nos indagar sobre a possibilidade de estarmos perante um novo limite ao efeito-à-distância – não formalmente reconhecido, mas praticamente implicado. A dificuldade prática de sindicância da devida produção de prova levada a cabo numa jurisdição estrangeira potencia a admissibilidade de material probatório produzido em desconformidade com as regras processuais do Estado onde o processo penal em questão corre termos.

Detetado este problema, ambicionamos, então, aproximarmo-nos de um desfecho que permita um melhor equilíbrio entre a sofisticação de que se tem vindo a dotar a repressão penal, e a defesa da posição do arguido em processos penais transnacionais.

Palavras-chave: decisão europeia de investigação, proibições de prova, limites do efeito-à-distância, harmonização das proibições de prova

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to motivate reflection around a very interesting instrument of judicial cooperation in criminal matters in the European Union: the European Investigation Order (EIO). Contextualizing it in a scenario that has long asked for a mechanism that will speed up the prevention and repression of criminal practices that benefit from the borders between States, we consider whether its application results in greater protection of fundamental rights, or in its greater exposure to injuries in evidence gathering.

Keeping the protection of fundamental rights as a motto – and, incidentally, a concern that has always been assumed by the European Union –, we suspect that its guarantee could be more properly safeguarded if the creation of the EIO had been preceded by a mature and admitted European criminal policy. In view of the absence of the latter, we find ourselves in a context in which incompatible criminal procedural rights are crossed in issues so acutely related to the protection of fundamental rights as the exclusionary rules.

We allow ourselves to wonder about the possibility that we are facing a new limit to the effect-at-a-distance – not formally recognized, but practically implied. The practical difficulty of investigating the proper production of evidence carried out in a foreign jurisdiction enhances the admissibility of evidentiary material produced in disagreement with the procedural rules of the State where the criminal procedure in question takes place.

Once this problem has been detected, we aim to approach an outcome that allows a better balance between the sophistication that criminal repression has been endowed with, and the defense of the position of the accused in transnational criminal proceedings.

Keywords: European investigation order, exclusionary rules, exceptions to the fruit of the poisonous tree doctrine, harmonization of exclusionary rules

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AA.VV. – Autores vários

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DEI – Decisão Europeia de Investigação

JIC – Juiz de Instrução Criminal

MP – Ministério Público

n.º - Número

N.ºs - Números

P. – Página

Pp. - Páginas

Proc. – Processo

SS. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Índice

RESUMO	IV
ABSTRACT	V
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	VI
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – UM BREVE ENQUADRAMENTO DA DEI NO CONTEXTO DA EMERGÊNCIA DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL	13
1. A necessidade de mecanismos de repressão da criminalidade organizada transnacional	13
1.1. Sobre a dimensão e as características da criminalidade organizada transnacional.	15
1.2. Sobre a criação de instrumentos de cooperação e o seu pendore securitário	19
2. A ineficácia da Decisão Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de dezembro: o mandado europeu de obtenção de prova em processo penal	22
2.1. Sobre o contexto da sua criação: talhando o caminho para um instrumento de obtenção e transferência de prova na União Europeia	22
2.2. Sobre o seu desenho: um instrumento de transferência de prova na União Europeia	26
3. Do Programa de Estocolmo à Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014	28
3.1. Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas (2009)	29
3.2. O Programa de Estocolmo e o respetivo Plano de Ação	30
CAPÍTULO II - A DECISÃO EUROPEIA DE INVESTIGAÇÃO EM MATÉRIA PENAL E A CONCRETIZAÇÃO DE UM ESPAÇO JUDICIÁRIO PENAL EUROPEU	34

1.	A proteção dos direitos fundamentais e a confiança mútua entre os Estados-	
	Membros: o que foi alcançado com a Diretiva 2014/41/UE	34
2.	Diretiva 2014/41/UE: traços gerais da Decisão Europeia de Investigação em matéria penal	37
2.1.	Os considerandos	37
2.2.	O articulado	44
2.2.1.	Parte geral: as traves-mestras	45
2.2.2.	Parte especial: especificidades sobre determinadas medidas de investigação	50
2.3.	A transposição da Diretiva 2014/41/UE para o ordenamento jurídico português...	52
3.	A obtenção de prova e a sua admissibilidade no espaço judiciário europeu	55
3.1.	Vinculação à medida de investigação indicada na DEI: a autoridade do Estado de emissão e a autoridade do Estado de execução	56
3.2.	O recurso a uma medida diversa da indicada na DEI e os motivos de recusa ou de não reconhecimento da DEI.....	58
3.2.1.	Recurso a um tipo diferente de medida de investigação: art. 10º da Diretiva .	59
3.2.2.	Motivos de não reconhecimento ou não execução: art. 11º da Diretiva	61
	 CAPÍTULO III – A EMERGÊNCIA DE UM NOVO LIMITE AO EFEITO-À-DISTÂNCIA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA FACE À AUSÊNCIA DE UMA PRÉVIA HARMONIZAÇÃO	65
1.	Entre a aplicação da <i>lex fori</i> e os princípios fundamentais do Estado de execução ..	65
1.1.	A garantia da admissibilidade da prova como o mote da sua produção.....	66
1.2.	Sobre o carreamento de prova produzida à luz da <i>lex loci</i>	68
2.	Entre a produção e a proibição da prova.....	72
2.1.	A impressão constitucional na construção das proibições de prova.....	74
2.1.1.	A razão de ser das proibições de prova e o seu efeito-à-distância	76
2.1.2.	A limitação intrínseca daquela razão de ser: os limites ao efeito-à-distância...	78
2.2.	O efeito-à-distância no tratamento da prova produzida nos termos da <i>lex loci</i>	82
3.	Entre a harmonização e a solução: os desenvolvimentos jurisprudenciais das instâncias jurisdicionais europeias	86
3.1.	Os desenvolvimentos da jurisprudência do TEDH: uma exclusão sustentada na iniquidade	87
3.1.1.	Uma proteção em três níveis: do art. 3.º da CEDH ao art. 8.º da CEDH	88

3.1.2.	Uma ponte para o progresso legislativo autorizado pelo art. 82.º, n.º 2, al. a), do TFUE	92
3.2.	Os desenvolvimentos da jurisprudência do TJUE: uma novidade assertiva.....	93
4.	Entre a solução e os problemas: a projeção de resoluções	95
	CONCLUSÃO	100

INTRODUÇÃO

A reciprocidade entre o Direito Penal e a prática do ilícito vem fomentando uma contínua mudança no primeiro, para melhor poder apresentar uma resposta ao segundo. Adicionando a esta já complicada fórmula o elemento da globalização e livre circulação de indivíduos no espaço europeu, às soluções orquestradas pelos Direito Penal e Direito Processual Penal são agora exigidos um maior grau de complexidade e uma maior capacidade de coordenação interestadual. Estamos a testemunhar, portanto, o desenvolver de uma nova estratégia de repressão penal de uma – em parte – também nova manifestação do crime: o crime organizado transnacional.

Ainda que se mantendo a inibição em abordar esta matéria como um potencial Direito Penal Europeu e um potencial Direito Processual Penal Europeu, não se deixa de reconhecer que a intervenção dos instrumentos implementados por mão das instituições da União Europeia assume um caráter não acessório, mas sim essencial à realização da justiça, em particular quando de crimes transnacionais se trate. Procura-se, aqui, acompanhar as duas características que mais dotam de complexidade o crime que nos propomos analisar na presente dissertação: organização e transnacionalização.

Ajustando-se a estas duas novas exigências – muitas vezes apresentadas como uma sofisticação do crime –, os Estados reconheceram a necessidade de propor uma abordagem uníssona a práticas desta natureza, por meio de mecanismos de cooperação. Começando-se pelo mandado de detenção europeu, e embalado pelos seus bons resultados, avançou-se para o desenho – hoje sabemos, precipitado – de um igual mandado de obtenção de prova (também europeu, portanto).

Claro está que esta breve descrição da dinâmica possibilitada pela DEI entre autoridades judiciárias de diferentes Estados espoleta, desde logo, uma série de questões relacionadas com a compatibilidade dos diferentes quadros legais que por meio deste instrumento são chamados a conjugar-se. São eminentes os quesitos relacionados com a natureza das autoridades envolvidas, as formalidades necessárias para a realização de determinadas medidas de investigação e a garantia da validade da prova produzida e consequentemente transmitida.

Pretende-se, assim, com esta dissertação cogitar sobre a viabilidade de um instrumento de cooperação como a DEI face a um palco processual penal europeu ainda tão pouco

harmonizado, e em que medida esta falta de harmonização implica os direitos fundamentais dos arguidos em processos penais transnacionais.

Para o efeito, talhou-se o estudo em três momentos de reflexão.

Num primeiro momento, propomo-nos a conhecer o contexto que motivou a criação da DEI. Importará aqui a análise da evolução da criminalidade a que os Estados têm hoje de dar resposta, e bem assim o atentar sobre a maturação da estratégia de prevenção e repressão penal por eles adotada. Refletindo sobre o caminho que foi sendo percorrido até à criação da Decisão Europeia de Investigação (DEI), observaremos a relutância que sempre caracterizou a abordagem dos trabalhos legislativos da União Europeia em sede de matéria penal e processual penal.

Num segundo momento, chegados à criação da DEI, exploraremos a Diretiva que lhe deu forma – contrapondo as suas regras e exceções – e procuraremos conhecer as soluções propostas para a compatibilização dos tantos direitos processuais penais que aqui podem ser chamados a se articular. Sendo a garantia de admissibilidade da prova nestes termos produzida uma questão fulcral para a devida concretização do propósito de um instrumento de cooperação desta natureza, refletiremos sobre em que medida esta é assegurada pelo atual articulado da Diretiva.

Num terceiro e final momento, procuraremos dotar a nossa exposição de ideias de algum pragmatismo, trazendo reflexões sobre a aplicação prática da DEI no atual contexto processual penal europeu. Para tal, serão exploradas as incompatibilidades processuais penais que do recurso à DEI podem emergir, bem como serão averiguadas as implicações práticas das lacunas da Diretiva nesta sede.

Acompanhando os desenvolvimentos jurisprudenciais das instâncias jurisdicionais europeias – em especial, o TEDH – sobre a reivindicação dos direitos do arguido em sede de produção de prova, refletiremos sobre a viabilidade de uma proposta de harmonização das proibições de prova no espaço judiciário europeu, ao abrigo do art. 82.º, n.º2, al. a), do TFUE.

A final, mantendo a proteção dos direitos fundamentais como mote, procuraremos trazer uma nova perspetiva para sustentar a necessidade de definição de uma política criminal europeia clara e consequente harmonização do direito processual penal no espaço judiciário europeu.

CAPÍTULO I – Um breve enquadramento da DEI no contexto da emergência da criminalidade organizada transnacional

1. A necessidade de mecanismos de repressão da criminalidade organizada transnacional

Numa realidade social que cada vez mais, pela sua crescente complexidade, chama para a sua regulação o cruzamento de diversos ordenamentos jurídicos, mostra-se de particular relevância a compreensão da arquitetura da cooperação internacional, tanto a nível dos instrumentos pelos quais é levada a cabo, como a nível do implicado equilíbrio dos vários interesses estaduais em questão. De substancial dificuldade mostra-se a cooperação judiciária internacional em matéria penal, em razão da especial proximidade do Direito Penal à manifestação de soberania e aos valores constitucionais de um respetivo Estado¹.

¹ O reconhecimento da insatisfatória resposta individual implica uma flexibilização do conceito de soberania, do qual o Direito Penal se mostra bastante próximo. Nesta esteira, não poderíamos deixar de trazer, aqui, algumas notas atinentes a esta matéria. No que ao conceito de soberania concerne, não podemos deixar de fazer referência BRITO, António, *Nota sobre o conceito de soberania*, Separata da Revista Scientia Iuridica, Braga: [s.n], 1959, p. 13: “[T]endo nós verificado que os factos, os fenómenos empíricos se não concebem senão a partir do *a priori* e que só *a priori* somos capazes de determinar o valor ontológico e gnosiológico e a realidade de tais factos ou fenómenos empíricos, eis-nos obrigados, para averiguar se a realidade da soberania, contida no conceito de soberania, se reduz ou não a factos e fenómenos empíricos, a escolher uma perspetiva de indagação inteiramente apriorística”; p. 40: “[A] Autoridade, o Poder que unifica a sociedade e sem o qual esta não existiria, não passa do próprio direito positivo nela atuante e que, deste modo, a soberania se reduz a uma noção ou dogma elaborado pela ciência jurídica a fim de exprimir certas características dum determinado momento ou forma assumidos pelo direito positivo — precisamente aquele em que o mesmo direito aparece sob a espécie de Estado, como organismo estadual”. Sobre a especial conexão entre o Direito Penal e os cidadãos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral – Tomo I – Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 13 e 14: “[P]orventura em nenhuma outra disciplina jurídica como nesta surgirá tão nítida relação de supra/infra-ordenação entre o Estado soberano, dotado do *ius puniendi*, e o particular submetido ao império daquele”. Ainda, Gomes Canotilho sublinha que “a desestatalização conduz também à desvalorização da lei como forma e instrumento central de atuação do estado de direito democrático”, pelo que “[a] articulação de uma teoria da lei europeia justifica, de facto, uma nova teoria do pluricentrismo da produção legislativa europeia”, em CANOTILHO, J.J. Gomes, “*Brançosos*” e

A necessidade de ser estabelecida uma abordagem coesa e harmoniosa entre os vários Estados foi-se mostrando cada vez mais veemente com o processo da globalização, do qual as distâncias temporal e geográfica resultaram metaforicamente encurtadas, razão pela qual se foi intensificando a necessidade de os ordenamentos jurídicos apresentarem respostas eficazes e céleres. A criminalidade organizada beneficiou consideravelmente deste processo de “compressão do mundo”², que lhe permitiu não apenas a sua proliferação, em resultado da migração propiciada, como também o seu *salto qualitativo*, aproveitando-se da evolução tecnológica que acompanhou este processo³. A complexidade que já se encontrava presente no domínio da criminalidade organizada, assumiu contornos mais desafiantes para o Direito com a sua elevação a criminalidade organizada transnacional.

Trata-se de uma criminalidade com características distintas das presentes na criminalidade tradicional, desde logo ao nível do *modus operandi*. Se nos crimes tradicionais, como o sejam o homicídio ou o furto, temos um autor que leva a cabo uma conduta cujo resultado se manifesta na ofensa de um bem jurídico com dignidade penal, num modo de atuar em que a conduta lesiva, o seu autor e o ofendido são facilmente definíveis, nos crimes associados à criminalidade organizada esta definição assume uma considerável complexidade⁴.

Interconstitucionalidade, Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, Reimpressão de 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 236 e 237.

² ROBERTSON, Roland, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London: Sages Publications, 2000, p.8: “Globalization as a concept refers both to the compression of the world and the intensification of consciousness of the world as a whole”.

³ Nesta esteira, Anabela Miranda Rodrigues explica-nos com clareza o impacto do processo da globalização na manifestação do crime: “O crime é um dos sintomas da emergência desta sociedade global e que, ao mesmo tempo, permite compreender a sua evolução: não só do ponto de vista das *ameaças* que a espreitam (com a infiltração da criminalidade nos centros de decisão políticos, económicos e financeiros), mas também porque o crime se *adapta* às novas formas de socialização. A nova criminalidade é expressão deste novo modelo de organização social para que tendem as sociedades contemporâneas”. Veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda, “Criminalidade organizada – que política criminal?”, in RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 108.

⁴ Veja-se, RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política criminal europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 14: “Trata-se de crimes qualificados criminologicamente como «*crimes of the powerful*», com uma configuração jurídica imprecisa e significativamente diversa da dos tipos de crimes do direito penal clássico (os «*crimes of the powerless*»)”.

Importará, então, conhecer as características desta criminalidade cujo contínuo desafio aos métodos clássicos de prevenção e repressão do crime motivaram os Estados a orquestrar uma cooperação judiciária internacional em matéria penal.

1.1. Sobre a dimensão e as características da criminalidade organizada transnacional

Introduzimos a criminalidade organizada com a apresentação, sucinta e esclarecedora, avançada pela autora Louise Shelley: “novo autoritarismo”⁵. É de uma prática do crime qualitativamente distinta da tradicional e que acompanha as novidades da sociedade⁶ com acutilante flexibilidade que aqui se trata, prática esta que, pela sua considerável sofisticação, coloca em causa a própria estrutura dos Estados de Direito e democráticos.

O quadro mental desenvolvido para o tratamento dos crimes tradicionais vê-se desafiado pelas características e *modus operandi* apresentados pelo crime organizado⁷. Se aqueles se caracterizam pela intenção de provocar dano ou lesão a um ofendido determinado, na criminalidade organizada o objetivo transcende a intenção de uma lesão pessoal, temporal e geograficamente delimitadas⁸. O cerne desta nova criminalidade é forjar o sistema jurídico e as regras estabelecidas para uma devida convivência em sociedade. Mais do que uma conduta individualmente considerada, é uma manifestação contra a sociedade e as regras pelas quais os

⁵ SHELLEY, Louise, Transnational organized crime: the new authoritarianism, *apud* ROTMAN, Edgardo, The Globalization of Criminal Violence, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 10, Fall 2000, Issue 1, 2000, p. 9, disponível na página eletrónica <https://scholarship.law.cornell.edu> (consultado em 01/06/2023).

⁶ Veja-se RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga, “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, in MULAS, Nieves Sanz (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: Editorial Comares, 2006, p. 158: “[R]econocer la existencia y peligrosidad de la criminalidad organizada, supone destapar, cual «efecto dominó», una serie de déficits sociales, económicos, culturales de nuestras sociedades «del bienestar»”.

⁷ Para efeitos de esclarecimento conceptual, cumpre-nos referir que a alusão a esta temática se encontra na doutrina sob três denominações possíveis: delinquência organizada, crime organizado e criminalidade organizada. As variações prendem-se tão-só com a origem da designação, sendo que a primeira foi a adotada pelo Direito Penal, a segunda consiste numa tradução literal da expressão anglo-saxónica “*organised crime*” e a terceira tem origem na Criminologia.

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política...*, *idem*, p. 13: “A dissociação que isto [a atuação estruturada e hierarquicamente organizada] produz entre a execução material direta e responsabilidade determina que o resultado lesivo possa aparecer significativamente separado, tanto no espaço como no tempo, da ação dos sujeitos mais importantes ligados à prática do crime”.

cidadãos se pautam em nome de uma pacífica vivência social, resultando a atuação das organizações criminosas no condicionamento do poder político⁹.

Pese embora a inexistência de uma delimitação conceptual universal daquilo em que consiste a criminalidade organizada, serão divisíveis em quatro¹⁰ as características da criminalidade organizada geralmente tidas como essenciais: i) presença de um grupo estruturado e ii) de carácter permanente que iii) pratica crimes graves com iv) o objetivo de obter um benefício económico ou material¹¹. Estes são os aspetos que se encontrarão presentes em qualquer tentativa de definição da criminalidade organizada, os quais podem ser adensados ou complementados por especificidades que, pese embora importantes, se encontram mais distantes do núcleo essencial desta forma de delinquência.

Como exemplo de uma apresentação adensada das particularidades da criminalidade organizada, o autor Howard Abadinsky avançou, em 1980, uma série de características comumente presentes nas organizações criminosas, características que o mesmo explica não serem cumulativas, mas cuja verificação cumulada manifesta a presença de um grupo criminoso de maturação completa. Este elenco de características, de natureza vária, consiste em ausência de uma ideologia, organização hierárquica dos membros, limitada filiação, subcultura própria, existência tendencialmente perpétua, disposição para o recurso à violência, vertente monopolística e existência de regras explícitas que regulam as atuação e estruturação da organização¹².

⁹ Veja-se DAVIN, João, *A criminalidade organizada transnacional. A cooperação judiciária e policial na UE*, 2ª edição revista e aumentada, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p.9: “[O] seu grau de ofensividade face às sociedades ditas democráticas cresceu, de forma significativa, nos últimos anos do século XX, permitindo-lhes, de alguma forma condicionar o poder político, as instituições legitimamente eleitas e, mais grave e preocupante, impor as suas normas e formas de atuação”.

¹⁰ Esta enunciação de quatro elementos acompanha a definição de “grupo criminoso organizado” apresentada pela Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (2000), na alínea a) do seu artigo 2º.

¹¹ Veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política...*, *idem*, p. 13: “Na definição encontrada, em 1994, pelo Grupo «Droga e Crime Organizado», da União Europeia, um ato ou grupo criminoso pode integrar o domínio da criminalidade desde que «implique uma colaboração entre mais de duas pessoas, haja suspeita de cometimento grave e o móbil seja determinado por ambição de lucro e/ou poder»”.

¹² Veja-se ABADINSKY, Howard, *Organized Crime*, 11th edition, Boston: Cengage learning, 2017, pp. 2 e 4: “Organized crime is devoid of political goals, is hierarchical, has limited or exclusive membership, constitutes a unique subculture, perpetuates itself, exhibits a willingness to use illegal violence, is monopolistic [and] is governed by explicit rules and

Como reflexo da sociedade que é¹³, a dimensão transnacional da criminalidade organizada mostra-se relacionada com a própria transnacionalização das operações comerciais, dada a sua proximidade com a estrutura e a atuação do mercado legal¹⁴. Por vingar com a satisfação da procura de bens ou serviços ilegais, a organização criminosa visa uma estruturação que lhe permita a maximização do lucro, mas sem descurar o objetivo de minimizar os riscos de persecução penal. É precisamente nesta ótica que a dimensão transnacional eleva a complexidade de prevenção e repressão desta criminalidade, na medida em que as organizações criminosas refratam a sua atuação com base nos ordenamentos jurídicos que lhe servem de palco de atuação¹⁵.

A finalidade lucrativa da criminalidade organizada¹⁶ encontra-se profundamente relacionada com a infiltração das organizações criminosas no mercado legal e no mundo político, na medida em que o primeiro permite o branqueamento de capitais e o segundo garante a impunidade dos autores do crime¹⁷. A relação entre os planos lícito e ilícito tende a resultar no

regulations. [...] A criminal group will pass through stages of development, and, if sufficiently stable, at some point mature into an organization with most, if not all, of the characteristics”.

¹³ TORRÃO, Fernando, “Direito Penal, globalização e pós-modernidade — desconstrução do paradigma liberal?”, in BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro & PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (org.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, p. 74: “[N]ão deixará seguramente de ser verdade — e a História parece comprová-lo — que às particulares características estruturantes das mais diversas sociedades têm vindo a fazer-se corresponder, ao menos tendencialmente, específicas manifestações de criminalidade”.

¹⁴ O autor Howard Abadinsky, na obra supracitada, cita Angela Patrignani, que destaca a crescente aproximação entre o modo de atuação e organização dos grupos criminosos organizados e as organizações empresariais lícitas: “*is increasingly similar to a transnational commercial company combining rigid hierarchies and territorial rooting with flexible structures that are easily adaptable to changing circumstances*”. Cfr. ABADINSKY, Howard, *idem*, p. 9.

¹⁵ Veja-se DAVIN, João, *A criminalidade organizada...*, *idem*, p. 114: “No caso da criminalidade organizada transnacional deve ainda salientar-se a deliberada utilização de vários ordenamentos jurídicos em diversos estádios da atuação criminal com o deliberado e, muitas vezes, amplamente conseguido propósito de dificultar a investigação e a recolha de material probatório relativamente ao ilícito cometido”.

¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política...* *idem*, pp. 13-14: “De um ponto de vista material, a criminalidade organizada é uma atividade económica em sentido amplo — ou, em todo o caso, lucrativa, embora possa ir além disso — caracterizada por efeitos danosos, normalmente económicos, mas também políticos e sociais”.

¹⁷ Também neste sentido, DAVIN, João, *A criminalidade organizada...* *idem*, p. 9: “[O] seu grau de ofensividade face às sociedades democráticas crescer de forma significativa nos últimos anos do século XX permitindo-lhes, de alguma

esvanecer de limites bem definidos entre o mundo legal e o mundo ilegal, limites estes geralmente fáceis de se definir no seio da criminalidade tradicional.

A capacidade corruptiva¹⁸ das organizações criminosas (e a suscetibilidade de ser corrompido, do lado das instituições legais da sociedade¹⁹) apresenta-se como um dos fatores mais relevantes da criminalidade organizada e, bem assim, como motor da sua expansão, tanto quantitativa como qualitativa. Mostra-se de substancial relevo reiterar como consequência indissociável desta prática o elevado grau de danosidade social.

A disseminação das raízes das organizações criminosas para a sociedade viu-se intensificada com o processo de globalização, que o autor Roland Robertson apresenta como “compression of the world”²⁰. O impulso que a globalização deu ao desenvolvimento da criminalidade organizada transnacional poderá resumir-se em dois vetores. Por um lado, a facilitação na circulação de informação, capital e pessoas propiciou a sua expansão geográfica. Por outro lado, a segmentação da sociedade em dois grandes grupos, de incluídos e excluídos, propiciou a sua expansão numérica, por via da criação de um grupo de indivíduos suscetíveis de serem recrutados, face ao seu sentimento de não pertença à sociedade.

O mundo globalizado, aliado aos avanços tecnológicos, permitiu o encurtamento metafórico das distâncias no espetro do tempo²¹. Na esteira desta “compressão do mundo”, as fronteiras físicas foram esvanecendo, facilitando o fluxo de capital, de mercadorias e de pessoas,

forma, condicionar o poder político, as instituições legitimamente eleitas e, mais grave e preocupante, impor as suas normas e formas de atuação”.

¹⁸ Veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política...*, *idem*, p. 14: “Destacam-se a sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, bem como a corrupção de funcionários e governantes”.

¹⁹ Sobre a questão da corrupção, HASSEMER, Winfried, Limites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada. Tesis y Razones, (trad. Alfredo Chirino Sánchez), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 6, nº 23 – julho-setembro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998, p. 26: “*El proprium de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraria en funcionamiento una nueva forma de criminalidad*”.

²⁰ ROBERTSON, Roland, *Globalization: Social Theory...*, *idem*, p.8: “*Globalization as a concept refers both to the compression of the world and the intensification of consciousness of the world as a whole*”.

²¹ Neste sentido, TORRÃO, Fernando, “Direito Penal...”, *idem*, p. 61: “Tornou-se, desta feita, inquestionável que, na sua mais recente etapa, foi pela via da comunicação que o processo de globalização sofreu um colossal desenvolvimento, aproximando, sem precedentes, do ponto de vista espaço-temporal, as cada vez mais complexas teias das relações humanas a vários níveis, nomeadamente a nível económico, político, tecnológico e cultural”.

efeito do qual as organizações criminosas não foram vedadas. Foram então reunidas as convenientes condições para o robustecimento das bases da criminalidade organizada, cuja perpetuação é alimentada pelas fragilidades da sociedade e o objetivo lucrativo se compagina com a era do capitalismo.

Face a esta conjuntura, urgiu aos Estados uma reunião de esforços para garantir a não impunidade destas práticas ilícitas tão atentatórias dos pilares mais básicos do Estado de Direito. O crescente número de mecanismos de cooperação entre os Estados reflete não apenas a seriedade destes, como também a ineficácia dos prévios instrumentos de cooperação, seja pelo seu mau desenho *ab initio*, seja por já haverem sido ultrapassados pela realidade. São hoje vários os cenários que ultrapassam a capacidade de resposta preventiva e repressiva dos Estados individualmente considerados, pelo que uma atuação em rede²² e harmonizada se mostra o mais adequado para fazer *jus* ao princípio da justiça universal.

1.2. Sobre a criação de instrumentos de cooperação e o seu pendor securitário

Uma resposta assentada na cooperação sabia-se ser desejável tanto num plano substantivo, nomeadamente a nível de uma harmonização dos tipos legais de crime nos vários ordenamentos jurídicos, como num plano adjetivo, em particular a nível de uma articulação da recolha de prova em processo penal.

Como momento preparatório, concertaram-se os esforços e hasteou-se uma noção de criminalidade organizada que valesse como plataforma para o desenvolvimento de planos de ação no seio internacional, noção esta que não foi apresentada segundo uma definição rígida, mas antes como uma realidade cuja presença seria de se concluir mediante a verificação de certos critérios. Ainda que com a possibilidade de serem encontradas algumas nuances, estes critérios contendem com a definição de “grupo criminoso organizado” apresentada na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional²³, celebrada em 2000. Na alínea a) do artigo 2º desta Convenção define-se aquele como “um grupo estruturado de três ou mais

²² Expressão de François Ost e Michel van de Kerchove: “*De la pyramide au réseau?*”, na obra conjunta OST, François e KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit*, Bruxelles: Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 10.

²³ Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, 15.11.2000, publicada em Diário da República I-A, n.º 79, de 02.04.2004.

personas, existindo durante um período de tempo e atuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro benefício material”.

A inabitual complexidade associada à criminalidade organizada, em especial no que concerne ao estabelecimento de um vínculo entre quem pensa a atuação criminosa e quem a leva a cabo, culmina na geral ineficácia dos meios de persecução penal tradicionais, aptos para os crimes clássicos. A contínua ineficácia dos meios lançados para contrariar os efeitos nefastos desta criminalidade resulta, por sua vez, na tentação de agravar, do ponto de vista dos direitos fundamentais dos arguidos (numa fase pós-inquérito) e dos suspeitos (numa fase pré-inquérito), as medidas utilizadas para a recolha de prova. Das várias finalidades associadas ao processo penal, perante a repetida ineficácia das medidas que um Estado de Direito nos permite, invoca-se com preferível entoação a descoberta da verdade material.

Importará, nesta esteira, recuperar o pensamento de Hassemer, segundo o qual se espera do Estado uma *prevalência moral* sobre o delito²⁴. O alerta deixado sobre a necessidade urgente de uma atuação eficaz por parte dos Estados para a prevenção e repressão da criminalidade organizada transnacional vê-se acompanhado por observações que deixam o, também, alerta de que a solução não passará pela acentuação do pendor securitário das medidas legislativas e dos planos de atuação²⁵. Veja-se, aliás, que o acentuar do pendor securitário traduz-se no tendencial aniquilamento pelo respeito dos direitos fundamentais no seio do processo penal. Acrescente-se, igualmente, que a tentação de recuar cada vez mais no tempo a chamada de intervenção do Direito Penal leva à adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais ainda fora de um verdadeiro processo penal²⁶. Portanto, uma tal estratégia de atuação implica minar o

²⁴ HASSEMER, Winfried, *Límites del Estado...*, *idem*, p. 29: “*El Estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito (...). El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal*”.

²⁵ Entre outros, RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga, “Criminalidad Organizada...”, *idem*, p. 170: “*Dentro de los modelos penales para diseñar respuestas contra la criminalidad organizada ha de optarse por respuestas contundentes en función de la peligrosidad social de este fenómeno, sin soslayar principios fundamentales del Derecho Penal*”.

²⁶ HASSEMER, Winfried, *Límites del Estado...*, *idem*, p. 29: “*Estos cuestionables métodos de investigación [recurso a agentes encubiertos] son utilizados en el proceso de instrucción, es decir en un estadio, en el cual la presunción de inocencia impera sin restricciones (y además estos métodos se dirigen no sólo tanto contra sospechosos sino que también contra personas no directamente involucradas en las investigaciones)*”.

Estado de Direito para o proteger de ser minado. Este paradoxo não pode ser perspectivado como solução.

Foi neste jogo de equilíbrios entre eficácia da persecução penal e proteção dos direitos fundamentais que a elaboração de planos de cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados europeus foi sendo levada a cabo, sendo certo haver sido o pendor securitário a vingar num primeiro momento, depois moderado pela emergente preocupação com as garantias processuais no traçar da política criminal europeia.

Começando, cronologicamente, pelo Conselho da Europa e acabando no quadro da União Europeia, os vários países europeus foram acordando uma abordagem concertada a esta nova e desafiante realidade. A cooperação judiciária internacional em matéria penal desenvolvida assentou, num primeiro momento, dada a proximidade evidente entre a jurisdição penal e o exercício da soberania, no reforço de medidas de auxílio judiciário, por via da qual se mostrou possível uma assistência entre os Estados nas várias fases do processo penal. Este auxílio, em razão da contínua, embora cautelosa, aproximação dos Estados membros nestas matérias, foi dando lugar a uma cooperação assente no reconhecimento mútuo, por via da qual se mostrou possível uma agilização dos mecanismos desta natureza e cujo exercício se viu consideravelmente mais aproximado de uma verdadeira colaboração.

Vejamos, nas suas formas clássicas, a cooperação desta índole manifesta-se por via do recurso a medidas de extradição, auxílio judiciário, transmissão de processos penais, execução de decisões penais estrangeiras, transferência e vigilância de pessoas condenadas²⁷.

No que ao nosso objeto de estudo concerne, a modalidade de cooperação judiciária internacional em matéria penal de relevância é a operada por via do auxílio judiciário mútuo, que tem lugar nas fases de inquérito ou de instrução dos processos penais. Em especial, e a título de segundo grau de afunilamento das matérias de cooperação judiciária em matéria penal, de entre as várias entidades supranacionais com poder para a elaboração de mecanismos desta natureza, merecerão particular atenção no nosso estudo as que advêm da cooperação a nível da União Europeia.

²⁷ Cfr. TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *Manual de cooperação judiciária internacional em matéria penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2018, pp. 19 - 24.

2. A ineficácia da Decisão Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de dezembro: o mandado europeu de obtenção de prova em processo penal

Os primeiros mecanismos lançados para a repressão da criminalidade organizada assentavam numa cooperação que tinha por base uma conceção de soberania ainda pouco flexível para o entendimento do exercício da cooperação como ato concretizador daquela. Por essa razão, a via convencional mostrou-se inicialmente comedida²⁸.

Do lado do Conselho da Europa, visando-se uma primeira aproximação entre os Estados europeus, foi elaborada a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, celebrada em Estrasburgo, em 1959²⁹, à qual se seguiram dois Protocolos Adicionais, o primeiro em 1978 e o segundo em 2001³⁰. No número 1 do artigo 1º desta Convenção, avançou-se que “[a]s Partes Contratantes comprometem-se, de acordo com as disposições da presente Convenção, a conceder mutuamente o mais amplo auxílio judiciário possível, nos processos relativos a infrações cuja repressão seja da competência das autoridades judiciárias da Parte requerente no momento em que o auxílio for solicitado”.

Acontece que o escopo limitado de atuação deste instrumento, aliado à possibilidade de recusa do pedido de auxílio por razões de natureza vária, minou o êxito desta tentativa de aproximação dos Estados.

2.1. Sobre o contexto da sua criação: talhando o caminho para um instrumento de obtenção e transferência de prova na União Europeia

²⁸ Cfr. TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *Manual...*, *idem*, p. 28: “[O]s primeiros intentos da cooperação internacional em matéria penal baseados na via convencional resultaram num relativo fracasso, pois os mesmos não haviam superado plenamente a conceção da cooperação como ato de soberania”.

²⁹ Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, 20.04.1959, publicada em Diário da República I-A, n.º 161, 14.07.1994.

³⁰ Referimo-nos aqui ao Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, 17.03.1978, publicado em Diário da República I-A, n.º 186, de 12.08.1994, e ao Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, 08.11.2001, publicado em Diário da República I-A, n.º 49, de 09.03.2006.

Recuando um pouco na linha cronológica, encontramos no ano de 1985 um momento de crucial importância na matéria da cooperação no seio do espaço europeu, ainda que no seu cerne tenha motivações económicas. Referimo-nos ao Acordo de Schengen, celebrado a 14 de junho de 1985, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns entre estes países. Este acordo começou por vigorar tão-só entre cinco países europeus, mas a sua adesão generalizada na Europa não tardou, resultando na celebração da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, a 19 de junho de 1990, que, por sua vez, se viu integrada no quadro jurídico da União Europeia em 1999³¹.

Deste desvanecimento do controlo de fronteiras, cujo propósito consistia na materialização de um espaço de livre circulação na Europa, beneficiaram também os canais de circulação do crime, circunstância que não tardou a ser percecionada pelos Estados europeus e que motivou a adoção de medidas compensatórias³², de entre as quais o reforço da cooperação judicial³³.

Nesta esteira, a tónica no auxílio judiciário mútuo acentuou-se, sendo certo que a criação da União Europeia veio facilitar consideravelmente a concretização do objetivo traçado pela Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 1959³⁴. Com a elaboração, neste novo espaço europeu, de Tratados crescentemente dispostos à adaptação a novos cenários de cooperação³⁵, reuniram-se as condições para, no ano de 2000, se elaborar, na cidade de

³¹ Cfr. DAVIN, João, *A criminalidade organizada...*, *idem*, pp. 124 e 125.

³² Neste sentido, CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 416: “[A]o suprimirem os controlos fronteiriços internos, estes instrumentos facilitaram de modo sensível a circulação dos cidadãos entre os Estados participantes, pelo que foi necessário criar «mecanismos compensatórios» de cooperação judiciária e policial que evitassem um enfraquecimento da segurança dos Estados (entre os quais se encontra o Sistema de Informações de Schengen [SIS], destinado a controlar a circulação de pessoas suspeitas ou procuradas por algum Estado-membro)”.

³³ Cfr. DAVIN, João, *A criminalidade organizada...*, *idem*, p. 125: “o reforço da cooperação judicial através de um sistema de extradição mais rápido e uma melhor transmissão de execução das sentenças penais”.

³⁴ Numa palavra, “Com o Ato Único Europeu de 1 de Julho de 1987 (que constitui a primeira grande revisão dos tratados comunitários) surge o conceito de uma Comunidade Europeia sem fronteiras. [...] Associada a esta ideia aparece uma outra que foi apelidada de “espaço judiciário europeu”, in DAVIN, João, *A criminalidade organizada...*, *idem*, p. 120.

³⁵ Anabela Miranda Rodrigues guia-nos com clareza nesta viagem temporal da maturação do espaço, hoje, designado por “União Europeia”, explicando-nos que desde o Tratado de Paris, de 1951, por via do qual se instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a construção europeia não cessou de progredir, numa evolução passível

Bruxelas, a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, em cujo preâmbulo se esclarece o objetivo de complementaridade da Convenção elaborada em 1959 e, com novidade no que aos instrumentos desta natureza concerne, se destaca a premência da proteção dos direitos humanos no seio do desenvolvimento da cooperação judiciária em matéria penal³⁶, proteção esta que tende a resultar frustrada quando o foco recai sobre a eficácia da persecução penal.

No que à evolução do palco de elaboração de mecanismos de cooperação em matéria penal concerne³⁷, importa salientar, a título de enquadramento cronológico, que o Tratado de Amesterdão, de 1997, lançou as bases, por via da sua clara referência à criação de um espaço de liberdade, justiça e segurança, para o reforço da cooperação judiciária penal. Ora, no sentido de densificar o percurso a seguir para a concretização do objetivo de criação daquele espaço, tiveram lugar a Cimeira de Cardiff, de 1998, onde se abordou a questão da noção de

de ser sintetizada com os Tratados de Roma, de 1957 (resultantes na criação da Comunidade Económica Europeia e na Comunidade de Energia Atómica), o Tratado de Maastricht, de 1992 (do qual resultou a instituição da União Europeia, alicerçada em três pilares, divisíveis em assuntos de economia, de política externa e segurança comum e de cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos) e o Tratado de Amesterdão, de 1997 (do qual resultou a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça). Veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma...*, *idem*, pp. 19 e ss.

³⁶ Encontramos no 4º parágrafo do preâmbulo desta Convenção o sublinhar do “interesse comum dos Estados membros em garantir que o auxílio judiciário mútuo decorra com rapidez e eficácia, de forma compatível com os princípios fundamentais da sua legislação nacional e que respeite os direitos individuais e os princípios da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950”.

³⁷ Continuamos, aqui, a seguir-nos pelos desenvolvimentos encontrados em RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma...*, *idem*, pp. 19 e ss., e bem assim pelas sintéticas apresentações avançadas tanto em TRIUNFANTE, Luís de Lemos, Admissibilidade e validade da prova na Decisão Europeia de Investigação, *Revista Julgar Online*, abril de 2018, pp. 3 e ss., disponível na página eletrónica <<http://julgar.pt/admissibilidade-e-validade-da-prova-na-decisao-europeia-de-investigacao/>>, como em DAVIN, João, *A criminalidade organizada*, *idem*, pp. 119 e ss..

reconhecimento mútuo e matéria penal³⁸, e o Conselho Europeu de Tampere³⁹, em 1999, dedicado precisamente à articulação entre a definição de um espaço de liberdade, justiça e segurança e o fenómeno da criminalidade organizada, e onde se apresentou o princípio do reconhecimento mútuo como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia.

A já reconhecida dificuldade de elaboração de planos de cooperação em matéria penal, vê a sua complexidade acrescida quando direcionada para a recolha de provas assente numa colaboração entre Estados com jurisdições penais e valores constitucionais não coincidentes⁴⁰. Na desafiante tarefa de criação de uma realidade que se poderá designar por processo penal europeu⁴¹, a abordagem à produção de material probatório mostrou-se cautelosa, tão cautelosa que o primeiro mecanismo lançado sobre esta dimensão processual resultou ineficaz.

A temática da obtenção de elementos de prova começou a destacar-se a partir de 2001, com o “Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais”⁴², programa este que apresentou como medida n.º 5 o objetivo de “[p]ermitir a admissibilidade das provas, evitar o seu desaparecimento e facilitar a execução das decisões de busca e apreensão, a fim de assegurar a obtenção rápida dos meios de prova no âmbito de um processo penal (ponto 36 das conclusões do Conselho Europeu de Tampere)”.

A partir daqui, aproximamo-nos exponencialmente da elaboração de medidas concretas atinentes à obtenção de elementos de prova em contexto transnacional. Mais precisamente, do

³⁸ Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma...*, *idem*, p. 54: O reconhecimento mútuo deveria valer — foi salientado —, quer para os julgamentos, quer para as decisões tomadas nas fases preparatórias dos julgamentos, neste caso, especialmente as que permitem às autoridades competentes agir rapidamente para obter meios de prova e apreender bens fáceis de transferir de um lugar para o outro”.

³⁹ Como manifestação da relevância deste Conselho, Luís de Lemos Triunfante enuncia que “[o] Conselho de Tampere de 1999 constitui o “*starting point*” nesta matéria”, in TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *Admissibilidade e validade da prova...*, *idem*, p. 3.

⁴⁰ “Trata-se, sobretudo, de que a lei penal é a que tradicionalmente encarna de forma mais imediata os valores e a cultura jurídica de um povo e, por isso, continua a pertencer ao núcleo duro da sua soberania. Neste plano, a matéria penal é extremamente sensível”, RODRIGUES, Anabela Miranda, “Criminalidade organizada ...”, *idem*, p. 121.

⁴¹ Quanto à criação de um “processo penal europeu”, PITON, André Paulino, *A anatomia de um processo penal europeu*, Rei dos Livros, 2022.

⁴² “Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais” (2001/C 12/02), Jornal Oficial (UE) n.º C 12, 15.1.2001.

Conselho Europeu de 4 e 5 de novembro de 2004 resultou a aprovação do “Programa de Haia”⁴³, de onde constou um Plano de Ação que definiu dez prioridades políticas, de entre as quais o fomento de uma “cultura judiciária europeia”, tanto no plano da justiça civil, como no plano da justiça penal. No domínio que aqui nos interessa, estabeleceu-se como prioridade “a aproximação das disposições [penais] e o estabelecimento de normas mínimas relativas a diversos aspetos do direito processual (por exemplo, o princípio *ne bis in idem*, o tratamento das provas ou os julgamentos *in absentia*)” com o propósito de “desenvolver a confiança mútua e prosseguir o reconhecimento mútuo”, que se ambicionam como substitutos da assistência mútua tradicional. Para tal, indicou-se, no anexo relativo às medidas concretas a adotar na temática do reforço da justiça, a proposta relativa à conclusão do mandado europeu de obtenção de provas (2008).

2.2. Sobre o seu desenho: um instrumento de transferência de prova na União Europeia

Face a esta conjuntura, foi adotada a Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de dezembro de 2008⁴⁴, relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais. A necessidade de um mecanismo incidente sobre o tratamento do material probatório em contexto transnacional era patente. Contudo, a adoção do mandado europeu de obtenção de prova não se mostrou capaz de saciar a resposta que o cenário que lhe servia de atuação exigia.

O âmbito de aplicação limitado deste mandado, manifesta no artigo 4º da Decisão-Quadro 2008/978/JAI, condenou-o ao fracasso⁴⁵. Começando por reiterar no seu n.º1 que o mandado europeu de obtenção de provas visa permitir ao Estado de emissão requerer provas que

⁴³ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de maio de 2005: “Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça” [COM(2005) 184 final], Jornal Oficial (UE) n.º C 236, 24.09.2005.

⁴⁴ Decisão-Quadro 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, Jornal Oficial (UE), L 350, 30.12.2008.

⁴⁵ Neste sentido, TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *Admissibilidade e validade da prova...*, *idem*, p. 4: “Nesse pacote [de medidas do Programa de Haia], 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 prática”.

se encontrem na posse do Estado de execução, encontramos no seu n.º 2⁴⁶ uma série de restrições, agrupadas em cinco alíneas, ao requerimento do Estado de emissão, restrições estas reconduzíveis a um fim de inibição de condução de procedimentos de investigação⁴⁷. Dúvidas houvesse quanto a este fim, parece-nos esclarecedor o n.º 4 deste artigo 4º quando determina que as provas sobre as quais incidem as restrições elencadas no n.º 2 são passíveis de requerimento caso estas “já se encontrem na posse da autoridade de execução antes da emissão do mandado”.

Nesta esteira, bem se entende que a elaboração do mandado europeu de obtenção de provas perspetivou como finalidade tão-só admitir a *transferência* de material probatório, excluindo a possibilidade de requerer a sua *obtenção*⁴⁸. Resulta clara a insuficiente concretização do princípio do reconhecimento mútuo e do exercício de confiança mútua entre os Estados de emissão e de execução no desenho dado a este instrumento de cooperação.

A finalidade de criação de um espaço judiciário europeu não se veria conseguida por meio de um mecanismo que não permitisse aos Estados delegar tarefas de investigação no seio dos processos penais e garantir o reconhecimento do valor probatório dos resultados das mesmas.

⁴⁶ “2. O mandado europeu de obtenção de provas não é emitido para requerer à autoridade de execução que:

- a) Conduza interrogatórios, tome declarações ou inicie outros tipos de audições que envolvam suspeitos, testemunhas, peritos ou qualquer outra parte;
- b) Efetue exames físicos ou recolha elementos materiais ou dados biométricos diretamente de um corpo, incluindo amostras de ADN ou impressões digitais;
- c) Obtenha informações em tempo real, designadamente através da interceção de comunicações, de vigilância discreta ou do controlo de contas bancárias;
- d) Efetue análises de objetos, documentos ou dados existentes; nem que
- e) Obtenha dados de comunicações conservados por fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou por redes públicas de comunicações”.

⁴⁷ Neste sentido, TRIUNFANTE, Luís de Lemos, *Admissibilidade e validade da prova...*, *idem*, pp. 14-15: “O MEOP [mandado europeu de obtenção de prova] dizia respeito à prova já existente, ou seja, objetos, documentos e dados que já estavam na posse do Estado Membro de execução antes do Mandado ser emitido”.

⁴⁸ Neste sentido, KLIP, André, Obrigações decorrentes da Diretiva sobre a Decisão Europeia de Investigação para os Estados-Membros – o exemplo de Portugal e dos Países Baixos, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 33: “Foi neste aspeto em particular que a antecessora da Diretiva 2014/41/UE relativa à Decisão Europeia de Investigação — a Decisão-Quadro 2008/978/JAI, relativa a um mandado europeu de obtenção de provas — tinha sido considerada insuficiente, necessitando de ser substituída, pois apenas dizia respeito a prova já existente”.

3. Do Programa de Estocolmo à Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014

Pese embora o insucesso da primeira tentativa de regulação da articulação de material probatório entre autoridades judiciais de Estados distintos, traduziu-se num importante momento que abriu caminho à elaboração de um instrumento que conseguisse, a final, a materialização dos objetivos de uma verdadeira integração europeia e de uma resposta harmonizada às ameaças apresentadas pela criminalidade transnacional à construção de um espaço de liberdade, justiça e segurança na União Europeia.

Num primeiro momento, reiterando-se a necessidade de reflexão acerca da necessidade de um eficaz regime de obtenção de prova em processos penais de dimensão transfronteiriça, com o “Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas”, motivou-se a orientação dos trabalhos europeus para a edificação do ambicionado espaço judiciário europeu.

Num segundo momento, cultivando-se os frutos das reflexões impulsionadas, foi apresentado, pelo Conselho Europeu, o Programa de Estocolmo, por via do qual se procurou sublinhar que os trabalhos a operar viam a sua eficácia submetida à condição de reforço da confiança mútua entre os Estados-membros e de estabelecimento de normas mínimas de Direito Penal, tanto atinentes à definição das infrações penais, como atinentes às respetivas sanções. Neste programa destacou-se, ainda, o convite à Comissão Europeia de apresentação de um Plano de Ação que concretizasse os objetivos sublinhados.

Tanto o Livro Verde em questão como o Programa de Estocolmo e respetivo Plano de Ação refletem a atenção que o Tratado de Lisboa⁴⁹ veio destacar sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, destaque levado especialmente a cabo por via da integração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁰ no quadro jurídico da União Europeia, assim lhe atribuindo o

⁴⁹ Tratado de Lisboa, que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, (2007/C 306/01), Jornal Oficial (UE) n.º C 306, de 17.12.2007. Em rigor, o Tratado de Lisboa veio reformar o quadro jurídico europeu, por via de dois Tratados: o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁵⁰ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C 202/2), com texto aprovado no Conselho Europeu de Biarritz, em outubro de 2000, proclamada no Conselho Europeu de Nice, em dezembro de 2000, e com entrada em vigor com o Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009. Jornal Oficial (UE) n.º C 202, 7.6.2016.

caráter juridicamente vinculativo de que ainda não era dotada, e por via da adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950⁵¹.

3.1. Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-

Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas (2009)

No sentido de contrariar a contínua frustração dos objetivos de prevenção e repressão da criminalidade transnacional, a Comissão Europeia publicou, em 2009, o “Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas”.

Não se tratando de um instrumento europeu de caráter vinculativo, mas tão-só promotor de reflexões em torno de uma determinada temática, o Livro Verde em apreço visou constituir o ponto de partida para o desenvolvimento legislativo de um novo mecanismo de cooperação judiciária em matéria penal sobre a obtenção e transferência de prova em contexto transfronteiriço.

De entre as suas considerações introdutórias, resulta sublinhada deste Livro Verde a relação próxima entre a obtenção de provas em matéria penal e a não obstrução da justiça penal em razão das diferenças dos sistemas jurídicos que servem de palco à criminalidade organizada transnacional⁵². Faz-se menção ao objetivo de criação de um sistema de obtenção de prova em processos nos quais contactem mais do que um ordenamento jurídico, derivado da Comunicação da Comissão “Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos”⁵³, objetivo este que a Comissão esclareceu ser atingível por meio de introdução de um único instrumento jurídico, substituto dos instrumentos já existentes sobre a matéria da obtenção de prova. Em especial, alude-se aqui à Decisão-Quadro 2008/978/JAI sobre o mandado europeu de

⁵¹ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 04.11.1950, publicado em Diário da República I, n.º 236, de 13.10.1978.

⁵² Veja-se Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas, COM (2009) 624 final, p. 2: “Perante a criminalidade transfronteiras, a ação da justiça não deve ser obstruída pelas diferenças entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros e a falta de reconhecimento mútuo das decisões judiciais. A este propósito, é particularmente importante incentivar uma cooperação efetiva no que diz respeito à obtenção de provas em matéria penal”.

⁵³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu “Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos”, COM (2009) 262 final.

obtenção de provas e à Decisão-Quadro 2003/577/JAI sobre decisões de congelamento de bens ou de provas⁵⁴.

Assim, explica-se no Livro Verde que “a regulamentação relativa à obtenção de provas em matéria penal atualmente em vigor na UE compreende vários instrumentos que coexistem entre si e que são baseados em princípios subjacentes distintos, designadamente o princípio do auxílio judiciário mútuo e o princípio do reconhecimento mútuo”, situação que se entende “comprometer a eficácia da cooperação transfronteiras”⁵⁵.

A substituição dos mecanismos existentes por um sistema coeso e assente no princípio do reconhecimento mútuo relativo à obtenção e transferência de provas entre autoridades judiciárias de Estados membros era perspectivada, então, como a solução mais eficaz.

O sistema a criar queria-se mais abrangente do que os mecanismos até então desenvolvidos sobre esta matéria, mostrando-se como ponto essencial a sua cobertura de não apenas material probatório já existente no Estado de execução, como também as provas que, pese embora ainda não existentes, se encontrem disponíveis neste Estado ou cuja disponibilidade possa ser conseguida por via de uma investigação suplementar.

Todas estas indicações foram, portanto, tidas em conta nos posteriores desenvolvimentos atinentes à elaboração de um mecanismo concretizador de uma verdadeira confiança mútua entre os Estados membros. O Programa de Estocolmo veio densificar as diretrizes avançadas neste Livro Verde, apresentando um roteiro dos trabalhos a desenvolver na União Europeia entre os anos 2010 e 2014 para o desenvolvimento do espaço de justiça, liberdade e segurança.

3.2. O Programa de Estocolmo e o respetivo Plano de Ação

Tendo por mote a concretização de um espaço europeu aberto e seguro que sirva e proteja os seus cidadãos, o Conselho Europeu apresentou, em dezembro de 2009, uma série de

⁵⁴ Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas, Jornal Oficial (UE) n.º L 196, 02.08.2003.

⁵⁵ Livro Verde sobre a obtenção de provas..., *idem*, pp. 4-5.

prioridades políticas a observar entre os anos 2010 e 2014, sob a designação de Programa de Estocolmo⁵⁶.

Começando por relembrar que o regime fragmentado que orienta a cooperação judiciária internacional em matéria penal na União Europeia frustra a finalidade de realização de um coeso espaço europeu de justiça, o Conselho Europeu indicou uma série de medidas cuja verificação permitiria o objetivo visado.

No que ao espaço da justiça penal concerne, o foco foi direcionado para a adoção de regras mínimas comuns de direito penal, com o intuito de reforço da confiança mútua entre os Estados. O Conselho Europeu mostrou-se claro quanto a este objetivo, havendo destacado que “considera que devem ser prosseguidos os trabalhos com vista à criação de um sistema global de obtenção de provas nos casos com dimensão transfronteiras, com base no princípio do reconhecimento mútuo”, uma vez que “[o]s instrumentos existentes neste domínio constituem um regime fragmentário”⁵⁷, como havia resultado sublinhado no Livro Verde *supra* tratado.

No quadro do estabelecimento de regras mínimas comuns, os líderes europeus concordaram na necessidade de “um certo nível de aproximação das legislações a fim de promover um entendimento comum entre os juizes e procuradores, e assim propiciar a aplicação correta do princípio do reconhecimento mútuo, tendo em conta as diferenças existentes entre os sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros”⁵⁸. Esta aproximação legislativa deveria ser acompanhada, a título de reforço da confiança mútua, de desenvolvimentos sobre a formação dos vários agentes da justiça (capítulo 3.2.1.), as redes de informação (capítulo 3.2.2.), a avaliação do desenvolvimento do reconhecimento mútuo (capítulo 3.2.3.), a melhoria dos instrumentos de cooperação (capítulo 3.2.4.), o acompanhamento da implementação da legislação europeia (capítulo 3.2.5.) e a detenção (capítulo 3.2.6.)⁵⁹.

Relembrando a debilidade e tendencial ineficácia de uma abordagem individualmente considerada no domínio da criminalidade organizada transnacional, o Conselho Europeu sublinhou

⁵⁶ “Programa de Estocolmo: Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos”, Jornal Oficial (UE), n.º C 115, 04.05.2010.

⁵⁷ *Idem*, n.º C 115/12.

⁵⁸ *Idem*, n.º C 115/14.

⁵⁹ *Idem*, n.º C 115/113 – C 115/114.

não apenas o interesse de uma ação conjunta entre os Estados-Membros, como a necessidade de essa ação operar a jusante, no plano da prevenção desta criminalidade⁶⁰.

Com o fim de realizar estas medidas e materializar as prioridades avançadas, a Comissão Europeia apresentou, sob o convite do Conselho Europeu, o Plano de Ação de aplicação do Programa de Estocolmo, em 2010. Neste reiterou-se a necessidade de uma base processual sólida no seio da União Europeia, sendo que o propósito de fortificar o espaço judiciário europeu implica “instrumentos indispensáveis, designadamente um sistema abrangente de obtenção de provas em casos transfronteiros e um melhor intercâmbio de informações entre as autoridades dos Estados-Membros sobre as infrações cometidas”⁶¹.

Deste Plano de Ação constou o compromisso de a Comissão Europeia apresentar, até 2011, uma Proposta legislativa sobre um regime abrangente relativo à obtenção de provas em matéria penal com base no princípio do reconhecimento mútuo e com cobertura sobre todos os tipos de provas. Este comprometimento foi apresentado, precisamente, no sentido de dar forma à aplicação do reconhecimento mútuo no Direito Penal, domínio em que o Conselho Europeu convidou a Comissão Europeia a “propor, após uma avaliação de impacto, um sistema englobante destinado a substituir todos os instrumentos existentes neste domínio, incluindo a Decisão-Quadro, sobre o mandado europeu de obtenção de provas, o qual abranja tanto quanto possível todos os tipos de provas, contenha prazos de execução e limite tanto quanto possível os motivos de recusa”, e bem assim “explorar se determinadas medidas de investigação podem ser executadas pelas autoridades policiais ou judiciárias do Estado-Membro requerente/emissor em articulação e de acordo com as autoridades do Estado de execução”⁶².

A materialização dos objetivos ideados ao longo desta linha cronológica, em que sempre se sublinhou a necessidade de eficácia de prevenção e repressão da criminalidade transfronteiriça

⁶⁰ *Idem*, n.º C 115/20: “A melhor forma de reduzir o nível da criminalidade é tomar medidas eficazes que a impeçam sequer de surgir [...]. Os cidadãos europeus, cujas experiências se assemelham, são afetados de formas idênticas, no seu dia-a-dia, pela criminalidade e pela insegurança que esta provoca. [...] [A] dimensão transfronteiras reforça a importância de se aumentar e desenvolver, a nível europeu, o conhecimento da forma como a criminalidade está interligada nos Estados-Membros, apoiando-os na sua ação individual ou conjunta e apelando a que as instituições da UE atuem, quando necessário”.

⁶¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Realização de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça para os cidadãos europeus Plano de Ação de aplicação do Programa de Estocolmo, COM (2010) 171 final.

⁶² *Idem*, n.º C 115/12.

e agora se pauta também pelo não desrespeito dos direitos fundamentais dos arguidos ou suspeitos, foi alcançada, a final, por via da adoção da Decisão Europeia de Investigação em matéria penal.

CAPÍTULO II - A Decisão Europeia de Investigação em matéria penal e a concretização de um espaço judiciário penal europeu

1. A proteção dos direitos fundamentais e a confiança mútua entre os Estados-

Membros: o que foi alcançado com a Diretiva 2014/41/UE

Resulta clara, das considerações até ao momento tecidas, a relevância assumida pela criminalidade organizada transnacional no traçar das diretrizes da cooperação judiciária internacional em matéria penal na União Europeia. A contínua necessidade de reforço da cooperação neste domínio culminou na fomentação de uma cultura comum no espaço europeu, com base na qual se conseguirá uma abordagem preventiva e repressiva da criminalidade que tanto atenta à segurança dos cidadãos europeus.

O Tratado de Lisboa, com entrada em vigor a 1 de dezembro de 2009, parece-nos apresentável como a peça que estava em falta para a construção de uma ponte entre os objetivos, repetidamente enunciados, de repressão da criminalidade e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Com a integração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE) no quadro jurídico⁶³, aclamou-se o, já conhecido mas ainda sem natureza juridicamente vinculativa, compromisso da União Europeia de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Construída esta ponte, resultou garantido para os Estados-Membros que a operação dos mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal se pautaria pelo respeito dos mais básicos direitos dos cidadãos visados nos processos em questão⁶⁴.

⁶³ Leia-se o nº1 do art. 6º do Tratado de União Europeia (versão consolidada): “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

⁶⁴ Nesta esteira mostra-se de considerável interesse a reflexão apresentada por Maria Fernanda Palma, a título do princípio do reconhecimento mútuo no seio da cooperação judiciária em matéria penal: “O princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais [...] tornou-se desde Tampere e posteriormente ao Tratado de Lisboa, um verdadeiro princípio jurídico. [...] [U]m mínimo de harmonização de Direitos é incontornável para que o princípio funcione com pujança, como acontece no mandado de detenção europeu, nos casos em que se prevê a dispensa da dupla incriminação. Quando a harmonização não exista, [...] ter-se-á de criar um conjunto mínimo de regras semi

Maturada a necessária confiança para a eficaz aplicação do reconhecimento mútuo entre os vários Estados da União Europeia, viram-se reunidas as condições para o desenho de um instrumento de cooperação com maior âmbito de aplicação e com substancial afunilamento dos motivos de recusa da sua aplicação, sem deixar de se reiterar como limite da sua aplicação a restrição de direitos fundamentais violadora das exigências previstas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁵.

Importante desenvolvimento igualmente proporcionado pelo Tratado de Lisboa, encontra-se na Agência da União Europeia para a cooperação judiciária em matéria penal (Eurojust). Atualmente com o Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho⁶⁶ (doravante, Regulamento de 2018) como base legal, a Eurojust foi inicialmente criada pela Decisão 2002/187/JAI⁶⁷, a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade, incumbindo-lhe estimular e melhorar a coordenação e a cooperação entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros. De relevo no tocante ao campo de atuação desta unidade da União Europeia⁶⁸, mostrou-se a Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16 de dezembro de

processuais e semi substantivas que permitam um sistema de controle da execução por um Estado do mandado ou da ordem de investigação emitida pelo outro. Neste caso, o subprincípio é a confiança em que, para os efeitos jurídicos em causa, a diferente legislação penal ou processual penal não viola os critérios fundamentais do Estado de Direito, a ordem dos direitos fundamentais e os princípios da justiça” (sublinhado nosso). Cfr. PALMA, Maria Fernanda, Introdução – O reconhecimento mútuo de decisões judiciais como princípio jurídico, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018, p. 17.

⁶⁵ Sobre a relevância da adesão da União Europeia à CEDH e a vinculação jurídica da CDFUE, KLIP, André, “Repensando o Direito Penal Europeu”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Volume 1*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 725: “É necessária uma nova perspetiva da responsabilidade dos Estados-membros pela garantia dos direitos humanos, que não deve depender do facto de a violação provir de apenas um ou de vários Estados, ou da própria União. Os direitos humanos não devem ser assegurados na esfera de jurisdição de um só Estado-membro, mas dentro do espaço de liberdade, segurança e justiça como um todo”.

⁶⁶ Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust), e que substitui e revoga a Decisão 2002/187/JAI do Conselho, Jornal Oficial (UE) L n.º 295, de 21.11.2018.

⁶⁷ Decisão do Conselho, de 28 de fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (2002/187/JAI), Jornal Oficial (UE) n.º 063, de 06.03.2002.

⁶⁸ A urgência desta finalidade encontra-se destacada no segundo considerando da Decisão de 2002: “A melhoria efetiva da cooperação judiciária entre os Estados-Membros impõe a adoção urgente, a nível da União, de medidas estruturais destinadas a facilitar a melhor coordenação possível das ações de investigação e dos procedimentos penais

2008⁶⁹, por via da qual se veio alterar o regime jurídico previamente apresentado, com o propósito de reforçar a sua eficácia operacional.

Do Regulamento de 2018 resulta clara a convergência entre as funções da Eurojust e o propósito da Decisão Europeia de Investigação (doravante, DEI), como mecanismo de cooperação judiciária que é. Na alínea b) do n.º 2 do art. 2º do mesmo, sob a epígrafe *Funções da Eurojust*, sublinha-se que no exercício das suas funções, a Eurojust “[f]acilita a execução dos pedidos de cooperação judiciária e das decisões relativas à cooperação judiciária, incluindo os pedidos e as decisões baseados em instrumentos que dão execução ao princípio do reconhecimento mútuo”.

A estreita correlação entre a eficácia da aplicação da DEI e a facilitada comunicação entre autoridades judiciárias propiciada pela Eurojust não se encontra, contudo, expressa na Diretiva que implementa a DEI⁷⁰. Não obstante, é incontestável que esta se trata de uma unidade de apoio indispensável à edificação de um espaço judiciário europeu em matéria penal, precisamente por promover o encontro entre os vários sistemas legais que coexistem neste espaço, por via da apresentação de soluções flexíveis⁷¹.

dos Estados-Membros que abrangam o território de vários Estados-Membros, no pleno respeito dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁶⁹ Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao reforço da Eurojust e que altera a Decisão 2002/187/JAI relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade, Jornal Oficial (UE) n.º L 138 de 04.06.2009.

⁷⁰ O que Francisco Jiménez-Villarejo reflete como sendo uma *oportunidade perdida*: “*Sorprendentemente, la Directiva de la OEI mantiene un elocuente silencio sobre el papel de Eurojust en su articulado, donde solo encontramos una fugaz, restrictiva y desafortunada referencia a Eurojust (a título de ejemplo y equiparándola a las fuerzas policiales), en el considerando (13) de su Preámbulo, como un posible canal de transmisión de los formularios de OEI, en la fase de emisión de la OEI, junto con la RJE*”. Cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco, El Papel de EUROJUST en la orden europea de investigación. La transposición de la Directiva en España, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018, p. 65.

⁷¹ Resumindo o relevante contributo da Eurojust na aplicação de mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal, CLUNY, António, A Decisão Europeia de Investigação e a importância do papel que, na sua aplicação, pode vir a ter a Eurojust, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018, p. 26: “Com efeito, enquanto palco único, comum, especializado e permanente do relacionamento de autoridades judiciárias nacionais, a Eurojust contribui para a compreensão recíproca das razões político-culturais que foram moldando os diferentes sistemas judiciais dos estados membros, proporcionando, simultaneamente, soluções que se enquadram no espírito do direito e jurisprudência europeus”.

O desafio de construção de um espaço penal europeu encontrou um sustentado apoio na afirmada preocupação pela proteção dos direitos fundamentais no seio da União Europeia. Perante a garantia de que tal proteção é assumida de um modo tendencialmente homogêneo no espaço europeu, fomentou-se entre os Estados uma crescente confiança mútua, indispensável para a boa concretização do princípio do reconhecimento mútuo em contexto de cooperação judiciária em matéria penal. A DEI apresentou-se, nesta linha, como expoente máximo da concretização deste princípio.

2. Diretiva 2014/41/UE: traços gerais da Decisão Europeia de Investigação em matéria penal

A Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal (doravante, Diretiva)⁷², enquadrando a sua elaboração na necessidade de concretização do princípio do reconhecimento mútuo e de criação de um instrumento único de obtenção de prova em processos penais de dimensão transnacional assente nesse princípio, reitera a preocupação pelo zelo dos direitos fundamentais nos procedimentos de obtenção de prova.

O frisar da preocupação pela proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos ao longo da apresentação da Diretiva, tanto nos seus considerandos como no seu articulado, mostra-se um ponto que muito assiste a confiança que os Estados-Membros depositam entre eles na matéria de obtenção de prova em processos penais transfronteiriços.

Resta saber, porém, como foi levada a cabo a esperada atenuação do expresso calibre securitário e repressivo dos desenvolvimentos, até então, levados a cabo em matéria de cooperação em matéria penal.

2.1. Os considerandos

No que respeita à apresentação das considerações expostas pelos líderes europeus, a título de contextualização do articulado da Diretiva, estas parecem-nos agrupáveis segundo seis

⁷² Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal, Jornal Oficial (UE) n.º L 130, 01.05.2014.

temáticas, interligadas, claro está, entre si. Assim, sugerimos a leitura dos considerandos apresentados, segundo o seguinte roteiro:

- i. Enquadramento histórico: considerandos (1) a (6);
- ii. Traços gerais da DEI: considerandos (7) a (16);
- iii. Proteção dos direitos fundamentais: considerandos (17) a (20) e (39) a (42);
- iv. Novidade dos prazos, recursos e despesas: considerandos (21) a (23);
- v. Desenvolvimentos sobre as medidas de investigação: considerandos (24) a (34);
- vi. Considerações de caráter formal: considerandos (35) a (38) e (43) a (46).

i. Enquadramento histórico: considerandos (1) a (6)

Dos considerandos (1) a (6), é apresentada a evolução da abordagem europeia sobre as estratégias de cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados-membros, no sentido dos desenvolvimentos tratados no capítulo anterior do nosso estudo. Começando por sublinhar no considerando (1) o objetivo da União Europeia de desenvolvimento de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, relembra-se no considerando (2) a definição do princípio do reconhecimento mútuo como pedra angular da cooperação judiciária em matéria penal, derivada do Conselho de Tampere de 1999 e hoje plasmada no art. 82º n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE). Os considerandos subsequentes são dedicados aos vários instrumentos⁷³ que foram sendo implementados no sentido de conseguir o

⁷³ “(3) A Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho [relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas] respondeu à necessidade de reconhecimento mútuo imediato das decisões que visam impedir a destruição, transformação, movimentação, transferência ou alienação de elementos de prova. Todavia, dado que o instrumento se restringe à fase de congelamento, a decisão de congelamento tem de ser acompanhada de um pedido separado de transferência dos elementos de prova para o Estado que emite a decisão («Estado de emissão»), em conformidade com as regras aplicáveis ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Isto resulta num procedimento em duas fases que prejudica a sua eficácia. Além disso, este regime coexiste com os instrumentos tradicionais de cooperação, pelo que raras vezes as autoridades competentes utilizam a prática. (4) A Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho relativa ao mandado europeu de obtenção de provas foi adotada para aplicar o princípio do reconhecimento mútuo para efeitos de obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais. Todavia, o referido mandado europeu só é aplicável aos elementos de prova já existentes, pelo que abrange um espectro limitado da cooperação judiciária em matéria penal no que respeita à prova. Em virtude do seu âmbito de aplicação limitado, as autoridades competentes têm sido livres de utilizar o novo regime

desenvolvimento visado, sendo que nos considerando (5) e (6) se culmina na conclusão apresentada pelo Programa de Estocolmo de 2009, de necessidade de substituição do regime fragmentário que servia de base à cooperação em apreço, por um sistema global de obtenção de prova em matéria penal assente no princípio do reconhecimento mútuo.

ii. Traços gerais da DEI: considerandos (7) a (16)

Apresentada esta brevíssima resenha histórica, o segundo grupo de considerandos passa a desenvolver em que medida a DEI implementada por esta Diretiva concretiza os objetivos ambicionados em matéria de investigação penal. Destes, resulta esclarecido que se visou com a elaboração da DEI a aplicação de um instrumento único em sede de obtenção de prova em processos penais transnacionais, através do qual um Estado (Estado de emissão) requer a outro (Estado de execução) que determinadas medidas de investigação sejam executadas no território deste último, em razão de um processo penal em curso na jurisdição daquele⁷⁴, sendo certo que a execução da medida de investigação deverá ser levada a cabo na esteira do respeito pelos direitos fundamentais consagrados na CDFUE⁷⁵.

De entre este segundo grupo de considerações, importará ressaltar a ideia apresentada no considerando (11), ideia a cujo desenvolvimento não nos dedicaremos neste momento, mas cujo destaque não nos é permitido ignorar. De acordo com este considerando, a medida de investigação indicada na DEI apenas poderá ser recusada pela autoridade de execução perante a verificação de algum dos motivos admitidos no articulado da Diretiva. Encontramos aqui a

ou os procedimentos de auxílio judiciário mútuo, que, em todo o caso, continuam a ser aplicáveis aos elementos de prova não abrangidos pelo mandado europeu de obtenção de provas”.

⁷⁴ *Idem*, n.º L 130/2: “(7) Esta nova abordagem deve assentar num instrumento único, denominado decisão europeia de investigação (DEI). Deve ser emitida uma DEI para que uma ou várias medidas específicas de investigação sejam realizadas no Estado que executa a DEI («Estado de execução») tendo em vista a recolha de elementos de prova. A execução deve incluir a obtenção de elementos de prova que já estejam na posse da autoridade de execução”.

⁷⁵ *Idem*, n.º L 130/2: “(12) Ao emitir uma DEI, a autoridade de emissão deverá prestar especial atenção a que fique assegurada a plena observância dos direitos consagrados no artigo 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («a Carta»). A presunção de inocência e o direito à defesa em processo penal são uma pedra angular dos direitos fundamentais reconhecidos na Carta no domínio penal. Qualquer limitação desses direitos por uma medida de investigação ordenada nos termos da presente diretiva deverá obedecer aos requisitos estabelecidos no artigo 52º da Carta no que diz respeito à necessidade, à proporcionalidade e aos objetivos dessa medida, em especial a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

superação daquele que se mostrou ser um dos grandes obstáculos do instrumento de obtenção de prova antecedente à DEI — o mandado europeu de obtenção de prova em matéria penal. Todavia, a Diretiva apresenta, no mesmo considerando, uma válvula de escape a esta vinculação à execução da medida de investigação: o princípio da proporcionalidade. Resulta, então, do considerando (11) que a medida de investigação deverá mostrar-se conforme às exigências derivadas do princípio da proporcionalidade, exigências estas que devem ser, desde logo, tidas em conta pela autoridade de emissão, e verificadas pela autoridade de execução.

iii. Proteção dos direitos fundamentais: considerandos (17) a (20) e (39) a (42)

Como foi anteriormente avançado, o respeito pelos direitos consagrados na CDFUE e na CEDH orientou os líderes europeus na apresentação da DEI, pelo que se mostra compreensível que esta preocupação resulte frisada ao longo do preâmbulo da Diretiva. Em especial no terceiro grupo de considerandos, encontramos, inclusive, referência à possibilidade de invocação dos direitos fundamentais como motivo de não reconhecimento ou não execução da medida de investigação indicada na DEI⁷⁶.

Relembrando o reconhecimento dos direitos e princípios fundamentais⁷⁷ protegidos pela CDFUE, presente no art. 6º do Tratado da União Europeia (doravante, TUE), compreende-se dos

⁷⁶ *Idem*, n.º L 130/6: “(39) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos pelo artigo 6º do TUE e pela Carta, nomeadamente no seu Título VI, pelo direito internacional e pelos acordos internacionais em que a União ou todos os Estados-Membros são partes, incluindo a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e pelas constituições dos Estados-Membros nos respetivos âmbitos de aplicação. Nenhuma disposição da presente diretiva pode ser interpretada como proibição da recusa de execução uma DEI quando existam razões para crer, com base em elementos objetivos, que essa decisão 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”.

⁷⁷ De entre os quais o princípio *ne bis in idem*, como resulta do primeiro considerando deste grupo. *Idem*, n.º L 130/3: “(17) O princípio *ne bis in idem* é um princípio fundamental do direito da União, tal como reconhecido na Carta e desenvolvido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Por conseguinte, a autoridade de execução deverá estar habilitada a recusar a execução da DEI se a execução for contrária a esse princípio. Dada a natureza preliminar do processo subjacente à DEI, a sua execução não deverá ser recusada quando visar determinar um eventual conflito com o princípio de *ne bis in idem* ou quando a autoridade de emissão tiver dado garantias de que os elementos de prova transferidos em resultado da execução da DEI não serão utilizados para perseguir judicialmente,

considerandos (18) e (19) a correlação entre a concretização de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça e a confiança de que os direitos fundamentais são respeitados por todos os Estados-Membros deste espaço⁷⁸.

iv. Novidade dos prazos, recursos e despesas: considerandos (21) a (23)

De particular importância, em resultado não apenas da sua novidade, como igualmente em razão da concretização da orientação deixada no Programa de Estocolmo relativa à instituição de prazos, resultam os esclarecimentos apresentados no quarto grupo de considerandos. Assim, encontramos nestes três considerandos notas atinentes à existência de prazos pautados pela celeridade⁷⁹, à possibilidade de impugnação da DEI⁸⁰ e ao Estado a que cumpre suportar as despesas derivadas da execução da DEI⁸¹.

ou aplicar sanções a uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada noutro Estado-Membro pelos mesmos factos”.

⁷⁸ *Idem*, n.º L 130/3: “(18) Tal como sucede com outros instrumentos de reconhecimento mútuo, a presente diretiva não tem por efeito modificar a obrigação de respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais consagrados no art. 6º do Tratado da União Europeia (TUE) e na Carta. Para o tornar claro, deverá ser inserida no texto uma disposição específica nesse sentido. (19) A criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça na União baseia-se na confiança mútua e na presunção de que os outros Estados-Membros cumprem o direito da União e, em particular, respeitam os direitos fundamentais. No entanto, essa presunção é refutável. Em consequência, se houver motivos substanciais para supor que a execução de uma medida de investigação indicada na DEI se traduziria 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”.

⁷⁹ *Idem*, n.º L 130/3: “(21) Os prazos-limite são necessários para garantir que a cooperação em matéria penal entre os Estados-Membros seja rápida, eficaz e coerente. A decisão relativa ao reconhecimento ou à execução, bem como a execução efetiva da medida de investigação deverão processar-se com as mesmas celeridade e prioridade que em processos nacionais similares. Deverão ser estabelecidos prazos para garantir uma decisão ou execução num prazo razoável ou para cumprimento dos trâmites processuais do Estado de emissão”.

⁸⁰ *Idem*, n.º L 130/4: “(22) As vias de recurso contra uma DEI deverão ser pelo menos idênticas às que existem em processos nacionais contra a medida de investigação em causa. Os Estados-Membros garantem, de acordo com a lei nacional, a aplicabilidade destas vias de recurso, incluindo a informação em tempo útil a qualquer parte interessada sobre as possibilidades de interpor recurso. Quando as objeções à DEI forem apresentadas pela parte interessada no Estado de execução relativamente aos fundamentos materiais da emissão da DEI, é conveniente que a autoridade de emissão seja informada dessa contestação, e disso seja dado conhecimento à parte interessada”.

⁸¹ *Idem*, n.º L 130/4: “(23) As despesas ocasionadas pela execução da DEI no território do Estado de execução deverão ser custeadas exclusivamente por esse Estado. Esta solução é conforme ao princípio geral do reconhecimento mútuo.

v. Desenvolvimentos sobre as medidas de investigação: considerandos (24) a (34)

O quinto grupo de considerandos mostra-se de considerável relevância prática, na medida em que adianta uma série de regras a que cumpre à DEI respeitar. Começando-se por reiterar a ideia de instituição de um instrumento único de obtenção de prova em processos penais de dimensão transfronteiriça com a implementação da DEI, os considerandos (24) e (25) assumem especial pertinência no sublinhar dos pontos distintivos deste instrumento de cooperação. Resulta destes não apenas o esclarecimento do lato âmbito de aplicação da DEI, que pode ser emitida para uma panóplia de modalidades de recolha de elementos de prova⁸², como também o salientar da possibilidade de a DEI ser aplicada em qualquer fase do processo penal, inclusive a fase de julgamento⁸³.

Contudo, a execução da DEI pode ocasionar despesas excecionalmente elevadas ao Estado de execução. Tais despesas excecionalmente elevadas podem ser, por exemplo, pareceres complexos de peritos, grandes operações policiais ou atividades de vigilância durante um longo período de tempo. Isso não deverá impedir a execução da DEI, e as autoridades de emissão e execução deverão procurar determinar quais são as despesas consideradas excecionalmente elevadas. A questão das despesas poderá ser objeto de consultas entre o Estado de emissão e os Estados de execução, aos quais se recomenda que resolvam esta questão na fase de consultas. Em último recurso, a autoridade de emissão pode decidir retirar a DEI ou mantê-la, sendo cobertas pelo Estado de emissão as despesas consideradas excecionalmente elevadas pelo Estado de execução e absolutamente necessárias para a tramitação do processo. Este mecanismo não constitui motivo adicional de recusa, e não deverá de modo algum ser utilizado de forma abusiva para adiar ou impedir a execução da DEI”.

⁸² *Idem*, n.º L 130/4: “(24) A DEI estabelece um regime único para a obtenção de elementos de prova. Todavia, são necessárias regras adicionais para certos tipos de medidas de investigação que deverão ser indicadas na DEI, como sejam a transferência temporária de pessoas detidas, a audição por videoconferência ou conferência telefónica, a obtenção de informações relacionadas com contas ou operações bancárias, as entregas vigiadas, ou as investigações encobertas. A DEI abrange medidas de investigação que impliquem a recolha de elementos de prova em tempo real, de forma ininterrupta e durante um determinado período, embora sempre que necessário devam ser acordadas disposições práticas entre o Estado de emissão e o Estado de execução a fim de ter em conta as diferenças existentes entre as legislações nacionais”.

⁸³ *Idem*, n.º L 130/4: “(25) A presente diretiva estabelece regras para a execução de medidas de investigação, em todas as fases do processo penal, inclusive a fase de julgamento, se necessário com a participação das pessoas em causa com vista à recolha de provas. Por exemplo, a DEI pode ser emitida para a transferência temporária dessa pessoa para o Estado de emissão ou para uma audição por videoconferência. No entanto, se essa pessoa deve ser transferida para outro Estado-Membro para efeitos de ação judicial, incluindo a apresentação a julgamento, há que emitir um mandado de detenção europeu em conformidade com a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho”.

Os considerandos (27) a (34) dedicam-se a medidas específicas de investigação, sujeitas a regras adicionais. Assim, encontramos, nestes, esclarecimentos sobre elementos de prova relativos a contas em bancos ou instituições financeiras não bancárias⁸⁴ e a interceção de telecomunicações⁸⁵.

vi. Considerações de carácter formal: considerandos (35) a (38) e (43) a (46)

O último grupo de considerandos dedica-se a esclarecimentos atinentes à compatibilização da DEI com obrigações derivadas de outras convenções ou com outros instrumentos de cooperação em processos penais. Nesta esteira, resulta sublinhada a precedência da Diretiva entre os Estados-Membros sobre as convenções celebradas atinentes à assistência mútua⁸⁶. Para além do mais, encontramos também referência à participação na adoção e aplicação da DEI por parte do Reino Unido e à não participação na adoção e não aplicação da DEI por parte da Irlanda e da Dinamarca⁸⁷.

⁸⁴ *Idem*, n.º L 130/4: “(27) Pode ser emitida uma DEI para obter elementos de prova relativos às contas de qualquer tipo em bancos ou instituições financeiras não bancárias, de que é titular a pessoa sujeita a processo penal. Esta possibilidade deve ser entendida em sentido lato, de forma a incluir não só os suspeitos ou arguidos como também quaisquer outras pessoas relativamente a quem tais informações sejam consideradas necessárias pelas autoridades competentes no decurso do processo penal”.

⁸⁵ *Idem*, n.º L 130/5: “(30) As possibilidades de cooperação ao abrigo da presente diretiva relativas à interceção de telecomunicações não deverão ficar limitadas ao conteúdo das telecomunicações, poderão abranger também a recolha de dados de tráfego e localização a elas associados, o que permitirá às autoridades competentes emitir uma DEI para obtenção de dados sobre telecomunicações menos intrusiva. Uma DEI emitida para obtenção de dados de tráfego e localização relativos a telecomunicações deverá ser tratada segundo o regime geral de execução das DEI e pode ser considerada, consoante a lei do Estado de execução, como uma medida de investigação intrusiva”.

⁸⁶ *Idem*, n.º L 130/5: “(35) Sempre que seja feita referência à assistência mútua em instrumentos internacionais pertinentes, tais como convenções celebradas no âmbito do Conselho da Europa, deverá entender-se que, nas relações entre os Estados-Membros por ela vinculados, a presente diretiva tem precedência em relação a essas convenções”.

⁸⁷ *Idem*, n.º L 130/6: “(43) Nos termos do artigo 3º do Protocolo n.º 21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça, anexo ao TUE e ao TFUE, o Reino Unido notificou a sua intenção de participar na adoção e na aplicação da presente diretiva”.

Idem, n.º L 130/6: “(44) Nos termos dos artigos 1º e 2º e do artigo 4º-A, n.º 1 do Protocolo n.º 21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça, anexo ao TUE e ao TFUE, e sem prejuízo do artigo 4º do Protocolo acima referido, a Irlanda não participa na adoção da presente diretiva e não fica a ela vinculada nem sujeita à sua aplicação”.

2.2. O articulado

No que respeita ao articulado, a sua exposição coincide em certa medida com alguns desenvolvimentos adiantados nos considerandos da Diretiva, em especial os que se dedicam à exploração de questões práticas da DEI, como o sejam as medidas de investigação admitidas, a existência de prazos para o reconhecimento e a execução da medida e a possibilidade de a DEI ser recorrida.

Os trinta e nove artigos desta Diretiva encontram-se dispostos em sete capítulos, designando-se o capítulo I por “Decisão Europeia de Investigação” (arts. 1º a 5º), o capítulo II por “Procedimentos e garantias no Estado de emissão” (arts. 6º a 8º), o capítulo III por “Procedimentos e garantias no Estado de execução” (arts. 9º a 21º), o capítulo IV por “Disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação” (arts. 22º a 29º), o capítulo V por “Interceção de telecomunicações” (arts. 30º e 31º), o capítulo VI por “Medidas provisórias” (art. 32º) e o capítulo VII por “Disposições finais” (arts. 33º a 39º).

Cumprе esclarecer, desde já, que esta análise não visa uma avaliação exaustiva de todos os artigos, por não confluir com o propósito das reflexões a que nos propomos neste estudo. Não obstante, não podemos deixar de expor a generalidade dos artigos, sob pena de incompletude da nossa análise. Ainda assim, e na medida em que a apresentação dos vários aspetos tidos em conta na elaboração deste novo instrumento de cooperação foi desenvolvida aquando da análise dos considerandos, dedicamo-nos, agora, à aplicação da DEI, pelo que os artigos enfatizados serão essencialmente aqueles que relevam em particular nesta aplicação, deixando de parte o último capítulo, dedicado a considerações de caráter formal.

Desta feita, para efeitos de análise do articulado da Diretiva, expomos a mesma segundo duas partes⁸⁸: a parte geral, que compreende os capítulos I, II e III, e a parte especial, que compreende os capítulos IV, V e VI.

Idem, n.º L 130/6: “(45) Nos termos dos artigos 1º e 2º do Protocolo n.º 22 relativo à posição da Dinamarca, anexo ao TUE e ao TFUE, a Dinamarca não participa na adoção da presente diretiva e não fica a ela vinculada nem sujeita à sua aplicação”.

⁸⁸ Acompanhamos, nesta organização da análise, a exposição apresentada no artigo GUERRA, José Eduardo & TRINDADE, José de Luís, A Decisão Europeia de Investigação (DEI) e o papel da Eurojust, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 81 a 111.

2.2.1. Parte geral: as traves-mestras

Como introdução à análise do articulado desta Diretiva, não poderíamos deixar de iniciá-la com o artigo 1º, por nele encontrarmos uma apresentação sintetizada daquilo em que a DEI consiste, que se mostra congruente com a concretização do princípio do reconhecimento mútuo (art. 1º n.º 2) e respeitadora dos direitos fundamentais, a que a União Europeia se comprometeu no art. 6º do TUE (art. 1º n.º 4). A DEI é aqui apresentada como o instrumento de cooperação judiciária em matéria penal por excelência no seio da União Europeia, por via do qual os Estados-Membros conseguem um verdadeiro auxílio no desenrolar dos seus processos penais com dimensão transfronteiriça, em especial numa das suas dimensões fulcrais: o material probatório.

Resulta, assim, do n.º 1 do art. 1º que “[a] decisão europeia de investigação (DEI) é uma decisão judicial emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro («Estado de emissão») para que sejam executadas noutro Estado-Membro («Estado de execução») uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova em conformidade com a presente diretiva”, sendo certo que esta emissão também é possível para a obtenção de “elementos de prova que já estejam na posse das autoridades competentes do Estado de execução”.

O n.º 3 deste artigo introduz uma importante novidade⁸⁹ no que concerne aos direitos da defesa no seio de processos penais de dimensão transnacional. Segundo este preceito, 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”.

⁸⁹ Veja-se TRIUNFANTE, Luís de Lemos, Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, *Revista do Ministério Público* 147, julho-setembro 2016, pp. 73 a 110: “A prática judiciária existente até à Diretiva determinada que enquanto a acusação podia aceder às provas existentes no estrangeiro com recurso ao princípio do reconhecimento mútuo, a defesa limitava-se a recorrer aos canais tradicionais de cooperação judiciária internacional” (pp. 90 e 91). É no sentido de nivelar o princípio da igualdade de armas no processo penal que a Diretiva apresenta esta inovação no art. 1º n.º 3, entendida como “um primeiro passo para se conseguir um sistema que providencie ao arguido/acusado a possibilidade de obter prova num contexto transfronteiriço, embora ainda pareça insuficiente para proteger de formas adequada os direitos de defesa e princípio da igualdade de armas” (p. 92). No mesmo sentido, BELFIORE, Rosanna, The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence gathering across the EU, *EuCLR. European Criminal Law Review*, volume 5, no. 3/2015, pp. 318 e ss.

A boa aplicação deste art. 1º pressupõe, claro está, o devido entendimento das definições previstas no art. 2º da Diretiva, em particular sobre as autoridades que legitimamente podem emitir e executar uma DEI.

Nesta esteira, o art. 2º determina que, para efeitos da Diretiva, se entende por *autoridade de emissão* “um juiz, tribunal, juiz de instrução ou magistrado do Ministério Público competente no processo em causa” (art. 2º alínea c), subalínea i)) ou “qualquer outra autoridade competente definida pelo Estado de emissão e que, no caso em apreço, atue enquanto autoridade de investigação num processo penal com competência para ordenar a obtenção de elementos de prova”, sendo certo que, por se tratar a DEI de uma decisão judicial, a sua emissão por uma tal autoridade deverá ser “validada por um juiz, por um tribunal, por um juiz de instrução ou por um magistrado do Ministério Público no Estado de emissão” (art. 2º alínea c), subalínea ii)).

Quanto às entidades que podem ser admitidas como *autoridade de execução*, o mesmo artigo determina que será entendida como tal “uma autoridade com competência para reconhecer a DEI e garantir a sua execução de acordo com a presente Diretiva e com os procedimentos aplicáveis num processo nacional semelhante” (art. 2º alínea d) da Diretiva).

Atendendo ao objetivo de superação do limitado âmbito de aplicação do instrumento de cooperação antecedente (referimo-nos ao mandado europeu de obtenção de prova em matéria penal), a DEI é um instrumento que pode ser utilizado para requerer qualquer tipo de medida de investigação, desde que não contenda com o domínio das equipas de investigação conjunta (art. 3º), e pode ser emitida tanto no âmbito de processos penais, como no âmbito de processos instaurados por autoridades administrativas ou judiciais relativamente a atos que configurem uma infração à lei, desde que da sua decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente em matéria penal (art. 4º).

Estando em causa um destes processos, a autoridade de emissão poderá emitir uma DEI no sentido de que determinada medida de investigação em matéria penal seja executada, sendo que para tal lhe cumpre o envio — nos termos do art. 7º — do formulário previsto no anexo A da Diretiva para a autoridade de execução, do qual deve constar o conteúdo mínimo apresentado no art. 5º.

A validade da DEI, porém, encontra-se condicionada ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, de avaliação casuística (art. 6º, n.º 2), pelo que a autoridade de emissão deverá certificar-se de que a medida de investigação indicada na DEI é “necessária e proporcionada” para o propósito do processo em causa, sendo que esta avaliação deverá ser levada a cabo “tendo em

conta os direitos do suspeito ou do arguido” (art. 6º, n.º 1 al. a)). No sentido de privar a autoridade de emissão de extravasar os seus poderes por via da emissão de uma DEI, resulta também sublinhado do art. 6º que a DEI só poderá ser emitida se “[a] medida ou medidas de investigação indicadas na DEI poderiam ter sido ordenadas nas mesmas condições em processos nacionais semelhantes” (art. 6º, n.º 1 al. b))⁹⁰.

A autoridade de execução pode também intervir para efeitos de controlo de proporcionalidade, prevendo o art. 6º n.º 3 a possibilidade de, perante “razões para considerar que as condições previstas no n.º 1 não estão preenchidas”, esta autoridade “consultar a autoridade de emissão quanto à importância de executar a DEI”, sendo que “[a]pós essa consulta, a autoridade de emissão pode decidir retirar a DEI”⁹¹.

Pese embora o entendimento regra de que o Estado de emissão se encontra em posição de preferência, no tocante à escolha da medida de investigação, encontramos do lado do Estado de execução algumas prerrogativas, prerrogativas estas que nos aproximam da problemática que visamos tratar no nosso estudo. É no capítulo III que a Diretiva dá a conhecer não apenas as obrigações, como também as prerrogativas que assistem ao Estado de execução, em

⁹⁰ No sentido da falta de exigência das condições de emissão de uma DEI, SILVA, Ana Paula Gonzatti da, A Decisão Europeia de Investigação em matéria penal: uma breve análise, Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 28º, n.º 3, setembro-dezembro 2018, p. 525: “É criticável a existência de somente dois requisitos para a emissão de uma DEI, sem alusão à gravidade da infração, pois pode favorecer um uso indiscriminado e desproporcional deste instrumento, embora haja clara alusão à proporcionalidade. Mas por outro [lado], caso se deseje de facto rumar para o princípio do reconhecimento mútuo, parece salutar que o E-ex [Estado de execução] confie (mas não cegamente) que aquela decisão só foi emitida pelo E-em [Estado de emissão] porque era necessária. Somado a isso, a União tem se manifestado sobre a proporcionalidade na emissão de ordens europeias, como o MDE, o que pode servir de parâmetro para que uma DEI seja emitida”.

⁹¹ Sobre a falta de clareza desta disposição, TRIUNFANTE, Luís de Lemos, Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, Revista do Ministério Público 147, *idem*, p. 98: “Mas será que esta faculdade da autoridade de execução permitirá que esta questione o juízo de valor efetuado pela autoridade de emissão sobre a necessidade da medida requerida na DEI? Se atendermos ao *memorandum* inicial, esta interpretação deve ser excluída. Sendo assim, a consulta deverá ser limitada ao requisito da proporcionalidade da DEI? Nesse caso, que critério de proporcionalidade, face às dificuldades em encontrar um denominador comum aos Estados-Membros, deverá ser utilizado? A proporcionalidade relacionada com os custos da execução da DEI ou a proporcionalidade relacionada com a medida intrusiva de acordo com o crime investigado? A forma como foi redigido o n.º 3 do art. 6º admite qualquer uma destas interpretações”.

concretização do princípio *locus regit actum*, característico dos instrumentos de cooperação internacional.

Em razão de dedicarmos o último ponto deste capítulo exclusivamente à análise da matéria atinente à tensão entre a titularidade do Estado de emissão sobre o processo penal em que se baseia a DEI emitida e a exceção apresentada pelas prerrogativas da autoridade de execução, cumpre-nos nesta sede apenas alguns esclarecimentos acerca dos artigos dedicados a esta temática. Nesta linha, determina o art. 9º que, e em estreita ligação com o princípio do reconhecimento mútuo, cumprirá à autoridade de execução acolher a DEI sem imposição de formalidades adicionais ao seu reconhecimento ou à sua execução (art. 9º n.º 1) e, bem assim, executar a medida de investigação que a autoridade de emissão nela indica (art. 9º n.º 2). Por sua vez, e em resultado das exceções previstas no art. 9º, os arts. 10º e 11º elencam os cenários em que é admitido, respetivamente, o recurso a uma medida de investigação diversa da indicada na DEI e o não reconhecimento ou não execução da DEI.

Atendendo à especial necessidade de celeridade nos processos penais de natureza transnacional, a Diretiva apresenta prazos a que a autoridade de execução se encontra sujeita. Quanto à primeira, o art. 12º determina um prazo para a tomada de decisão acerca do reconhecimento ou a execução da DEI e um prazo para a efetiva execução da mesma. Começando por avançar no seu n.º 1 que estas decisões devem ser tomadas “com a mesma celeridade e prioridade dos processos penais semelhantes”, sublinha no seu n.º 3 a decisão sobre o reconhecimento ou a execução da DEI deverá ser tomada “no prazo de 30 dias após a receção da DEI pela autoridade de execução competente”, ou prazo inferior, se indicado na DEI e em razão de circunstâncias de particular urgência (art. 12º n.º 2). No n.º 4 deste artigo resulta, por sua vez, sublinhado que a autoridade de execução deverá executar a medida de investigação indicada na DEI “no prazo de 90 dias a contar da decisão a que se refere o n.º 3”.

Tanto o prazo de 30 dias, como o prazo de 90 dias aludidos podem ser prorrogados, mediante a comunicação à autoridade de emissão dessa necessidade e dos motivos do atraso (art. 12º n.ºs 5 e 6), não podendo, contudo, a prorrogação da decisão de reconhecimento ou execução da DEI exceder 30 dias (art. 12º n.º 5, *in fine*).

Além da possibilidade de prorrogação destes prazos, importa frisar que resulta do art. 15º ser admitido o adiamento da decisão de reconhecimento ou da execução da DEI, caso a execução se mostre suscetível de “prejudicar uma investigação ou ação criminal em curso” (art. 15º n.º 1 al. a)) ou os elementos de provas em causa “já estejam a ser utilizados noutro processo”

(art. 15º n.º 1 al. b)), sendo certo que a execução deve tomar lugar logo cesse o motivo de adiamento (art. 15º n.º 2).

Executada a medida de investigação, também a transferência da prova obtida se quer pautada pela celeridade, pelo que o art. 13º n.º 1 salienta que “[a] autoridade de execução transfere sem demora para o Estado de emissão os elementos de prova” resultantes da execução da DEI, cumprindo àquela indicar a esta se pretende a devolução dos elementos de prova transferidos uma vez concretizado o seu efeito útil (art. 13º n.º 3).

À regra de transferência dos elementos de prova sem demora, contudo, são admitidos alguns desvios, nomeadamente em resultado da interposição de recurso. É neste sentido que o art. 13º n.º 2 prevê a possibilidade de o recurso da DEI ter efeito suspensivo sobre a transferência das provas obtidas no Estado de execução, possibilidade esta afastada quando “a autoridade de emissão indique na DEI que a transferência imediata é essencial para o bom desenrolar da investigação ou para a preservação dos direitos individuais”. Acontece que, ainda à luz do mesmo artigo, o afastamento da possibilidade de ser atribuído efeito suspensivo à transferências das provas é rejeitado quando essa transferência seja “suscetível de causas danos graves e irreversíveis à pessoa em causa”.

No que concerne à matéria do recurso da DEI, determina o art. 14º n.º 1 que cumpre aos Estados-Membros assegurar que as vias de recurso admitidas para as medidas de investigação indicadas na DEI são “equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes”. Em resultado da posição de preferência da autoridade de emissão, supra aludida, a impugnação que verse sobre os fundamentos materiais da DEI apenas é admitida no Estado de emissão, nos termos do art. 14º n.º 2. Diferentemente do que sucede aquando da transferência dos elementos de prova, “[a] impugnação não suspende a execução da medida de investigação a não ser que tal esteja previsto em processos nacionais semelhantes” (art. 14º n.º 6).

Os demais artigos deste capítulo dedicam-se a questões cuja importância não se traduz com a mesma sonância que os até agora explorados. Encontramos, assim, nas últimas disposições do capítulo III alusão à obrigação de informação da autoridade de execução (art. 16º) — no sentido de ser mantida uma estreita comunicação entre esta e a autoridade de emissão ao longo da execução da DEI, sempre que tal comunicação se mostre relevante para os efeitos pretendidos —, à responsabilidade penal e civil dos agentes do Estado de emissão (respetivamente, arts. 17º e 18º) — no sentido de submeter os agentes do Estado de emissão ao direito do Estado de execução, nos casos em que a autoridade de emissão tenha solicitado a coadjuvação destes

agentes na execução da DEI, ao abrigo do art. 9º, n.ºs 4 e 5 —, à confidencialidade (art. 19º) — no sentido de as autoridades de emissão e execução garantirem a confidencialidade da investigação, dando a conhecer tão-só os elementos necessários a servir o propósito da DEI —, à proteção de dados pessoais (art. 20º) — no sentido de garantir que o cumprimento da DEI é conforme aos termos estabelecidos na Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, sobre a proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal — e, por fim, às despesas (art. 21º) — no sentido de determinar como regra que o Estado de execução deve suportar as despesas derivadas da execução da DEI.

2.2.2. Parte especial: especificidades sobre determinadas medidas de investigação

A parte especial do articulado da Diretiva encontra-se apresentada em três capítulos, nos quais se tratam regras específicas que determinadas medidas de investigação devem cumprir. Estas medidas de investigação referem-se a operações sobre transferência temporária de pessoa detida, audição por videoconferência ou por conferência telefónica, informações sobre contas ou operações financeiras, recolha de elementos de prova em tempo real, investigações encobertas, interceção de telecomunicações e medidas provisórias.

Sobre a transferência temporária de pessoas detidas para efeitos de levar a cabo uma medida de investigação, a DEI pode ser requerida no sentido de essa pessoa ser transferida do Estado de execução para o Estado de emissão ou do Estado de emissão para o Estado de execução. O art. 22º trata o primeiro cenário, indicando no seu n.º 1 que é admitida a emissão de uma DEI “para a transferência temporária de uma pessoa detida no Estado de execução, tendo em vista levar a cabo uma medida de investigação para recolha de provas em que seja necessária a sua presença no território do Estado de emissão”, sendo certo que o período de detenção no território do Estado de emissão é descontado do período de detenção no Estado de execução (art. 22º n.º 7). Contudo, determina o n.º 2 deste artigo que, para além dos motivos de não reconhecimento ou não execução previstos no art. 11º, esta transferência não é admitida se faltar o consentimento da pessoa detida ou a sua execução implicar o prolongamento da detenção. Estas disposições são igualmente aplicáveis aos casos de transferência temporária para o Estado

de execução de pessoas detidas para efeito de levar a cabo uma medida de investigação, por remissão do art. 23º n.º 2.

Quanto à audição por videoconferência ou outros meios de transmissão audiovisual ou por conferência telefónica, as regras específicas aplicáveis a estas medidas encontram-se, respetivamente, nos arts. 24º e 25º. No que à audição por videoconferência ou outros meios de transmissão audiovisual concerne, determina o art. 24º n.º 1 que esta medida pode ser requerida nos casos em que “uma pessoa se encontre no território do Estado de execução e deva ser ouvida como testemunha ou perito pelas autoridades competentes do Estado de emissão” ou, ainda, como suspeito ou arguido (art. 24º n.º 1, segunda parte).

Aplicável somente a testemunhas ou peritos, encontramos no art. 25º n.º 1 a possibilidade de, não sendo “adequada ou possível a comparência física dessa pessoa no território da autoridade de emissão e após ter ponderado outros meios adequados”, ser emitida “uma DEI para ouvir a testemunha ou o perito por conferência telefónica”.

No tocante a medidas relativas a informações sobre contas bancárias e outras contas financeiras, prevê o art. 26º n.º 1 a possibilidade de ser emitida uma DEI com o propósito de “verificar se uma pessoa singular ou coletiva sujeita a processo penal possui ou controla uma ou mais contas de qualquer tipo em bancos situados no território do Estado de execução”, verificação esta, segundo o n.º 3 do mesmo artigo, extensível a “contas para as quais tem procuração a pessoa sujeita a processo penal em causa”.

No mesmo sentido do disposto no art. 26º, o art. 27º, relativo a medidas atinentes a informações sobre operações bancárias e outras operações financeiras, determina no seu n.º 1 a possibilidade de ser emitida uma DEI com vista à obtenção de “dados relativos a determinadas contas bancárias e às operações bancárias [ou operações financeiras efetuadas por instituições financeiras não bancárias (n.º 5)] realizadas durante um determinado período através de uma ou várias contas nela especificadas, incluindo os dados relativos às contas debitadas ou creditadas”.

O art. 28º, por sua vez, é respeitante a medidas de investigação que impliquem a recolha de elementos de prova em tempo real, de forma ininterrupta e durante um determinado período. Segundo o seu n.º 1, estas medidas compreendem, entre outras, a vigilância de operações bancárias e entregas vigiadas, sendo certo que o direito de agir, dirigir e controlar estas operações cabe à autoridade de execução (art. 28º n.º 4).

Pode igualmente ser emitida uma DEI referente a investigações encobertas. É nesta linha que o art. 29º n.º 1 determina que é possível a emissão de uma DEI “para solicitar ao Estado de

execução que preste assistência ao Estado de emissão na realização de investigações criminais por agentes encobertos”. Pese embora, como no artigo anterior, se preveja que cabe à autoridade de execução o direito de agir, dirigir e controlar esta investigação (art. 29º n.º 4, 2ª parte), questões como a duração da investigação, as condições em que é realizada e o estatuto jurídico do agente encoberto são aspetos “acordados entre o Estado de emissão e o Estado de execução, de acordo com as leis e os procedimentos nacionais” (art. 29º n.º 4, 3ª parte).

A penúltima medida de investigação à qual a DEI apresenta regras específicas encontra-se prevista no art. 30º e é relativa à interceção de telecomunicações com assistência técnica de outro Estado-Membro. O n.º 1 deste artigo determina que pode ser emitida uma DEI “para a interceção de telecomunicações no Estado-Membro cuja assistência técnica é necessária”, sendo que nos casos em que haja mais do que um Estado-Membro em condições de prestar a devida assistência, a autoridade de emissão deverá optar por emitir a DEI “ao Estado-Membro onde está ou estará o sujeito que é alvo da interceção” (art. 30º n.º 2). No que à execução desta medida concerne, e sob acordo entre a autoridade de emissão e autoridade de execução, esta pode ser levada a cabo mediante “a transmissão imediata das telecomunicações ao Estado de emissão” (art. 30º n.º 6 al. a)) ou “a interceção, registo e posterior transmissão do resultado da interceção das telecomunicações ao Estado de emissão” (art. 30º n.º 6 al. b)).

Por fim, o último artigo desta parte especial é dedicado às medidas provisórias. Resulta, então, do art. 32º n.º 1 que pode ser emitida uma DEI com vista a que seja tomada “qualquer medida destinada a impedir provisoriamente a destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de um elemento que possa servir de prova”. No seio da emissão desta DEI, é particularmente relevante a celeridade na resposta, cumprindo à autoridade de execução comunicar com a maior brevidade possível, e preferencialmente “no prazo de 24 horas a contar da receção da DEI”, a sua decisão sobre a medida provisória em causa (art. 32º n.º 2).

2.3. A transposição da Diretiva 2014/41/UE para o ordenamento jurídico português

O objetivo último destes extensos e complexos processos de maturação dos instrumentos de cooperação desenvolvidos no seio da UE consiste na materialização dos esforços concertados nos ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros da UE, pois somente assim se alcança o resultado que esses mesmos instrumentos propõem.

A particularidade de a DEI ter sido apresentada por uma Diretiva permite aos vários Estados-Membros a adequação dos propósitos almejados às características dos seus ordenamentos jurídicos. A continuamente almejada — e de dificuldade abertamente reconhecida — ambição de homogeneidade, no espaço europeu, no tratamento de preocupações e desafios partilhados vê-se relativamente palpável por via da transposição das Diretivas.

Pese embora os processos de transposição das Diretivas da UE se queiram leais ao articulado presente nas mesmas, de forma a garantir harmonia legislativa nos vários Estados-Membros sobre a matéria regulada, é também esperado que tais processos permitam uma adaptação dos objetivos almejados pelo Direito da União Europeia ao sistema jurídico do Estado-Membro no qual se visam integrar.

Aspetos como as definições de Estado ou autoridade, de emissão ou execução, o elenco dos tipos de processo em que a emissão de uma DEI é admitida, os requisitos formais e materiais da DEI e os motivos de não reconhecimento ou não execução da DEI foram integralmente replicados na transposição portuguesa. Tal réplica crê-se bem realizada, no sentido em que a existência de divergências sobre estes pontos basilares da emissão e execução da DEI frustrariam o propósito de se conseguir um instrumento igualmente funcional em todo o espaço judiciário europeu.

A transposição da Diretiva 2014/41/UE para o ordenamento jurídico português mostrou-se fiel ao articulado desta, tanto na sua estrutura como na redação de cada artigo. Deste modo, a Lei n.º 88/2017 integra os artigos 1º a 10º no capítulo I (“disposições gerais”), os artigos 11º a 17º no capítulo II (“procedimentos e garantias de emissão”), os artigos 18º a 31º no capítulo III (“procedimentos e garantias de execução”), os artigos 32º a 41º no capítulo IV (“disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação”), os artigos 42º e 43º no capítulo V (“interceção de telecomunicações”), o artigo 44º no capítulo VI (“medidas provisórias”), o artigo 45º no capítulo VII (“modos de impugnação”) e os artigos 46º a 50º no capítulo VIII (“disposições finais e transitórias”).

Ainda assim, os trabalhos de transposição⁹² — iniciados com a Proposta de Lei n.º 63/XIII e terminados com a Lei n.º 88/17, de 21 de agosto — permitiram-se inovar em alguns aspetos.

⁹² A Proposta de Lei n.º 63/XIII foi em pouco alterada depois dos Pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral da República, pelo Conselho Superior da Magistratura e pela Comissão Nacional da Proteção de Dados, pelo que há quase identidade entre o articulado apresentado nesta redação inicial e na redação final, adotada na Lei n.º 88/2017,

Merecedora de realce mostra-se a introdução, no elenco de definições, de uma definição complementar: a de “medida de investigação”. Por via desta definição, resultou com maior clareza os moldes do recurso à DEI, em razão de se descrever de modo conciso a informação dispersa pela Diretiva acerca das fases do processo em que a DEI por ser emitida e as medidas de investigação que cobre.

Igualmente inovadora mostrou-se a introdução expressa, em vários artigos, da participação do Membro Nacional da Eurojust, não apenas para fins de facilitação da coordenação entre as autoridades do Estado de emissão e o Estado de execução, como também como possível autoridade emissora da DEI⁹³. A clarificação dos moldes de intervenção da Eurojust no âmbito da aplicação da DEI mostra-se consideravelmente benéfico para uma fluída cooperação entre as várias autoridades judiciais e esta menção à Eurojust consubstancia uma bem acolhida inovação da transposição portuguesa, na qual se provou o bom entendimento do legislador português acerca da posição de excelência que a Eurojust ocupa no plano da cooperação judiciária no espaço europeu.

No que aos desenvolvimentos esperados de cada Estado-Membro concerne, aspetos como a designação de uma autoridade central, a definição das autoridades nacionais de emissão e execução e os modos de impugnação são pontos cuja devida indicação cumpre aos legisladores nacionais. Estes encontram-se regulados, respetivamente, nos artigos 10º, 12º, 19º e 45º da Lei n.º 88/2017.

de 21 de agosto. Seguimos a apresentação exposta na página eletrónica do Parlamento Europeu, sobre as iniciativas legislativas. Consulta disponível na página eletrónica: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar>.

Parecer da PGR, Ofício n.º 4566/2017, 08.03.2017 (disponível para consulta na página eletrónica: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs>), Parecer da CNPD, Ofício n.º 13496, 28.04.2017, disponível para consulta na página eletrónica: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs> e Parecer do CSM, Ofício n.º 2017/OFC/01976, 18.05.2017 (disponível para consulta na página eletrónica: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs>).

⁹³ O artigo 12º da Lei.º 88/2017 determina no seu n.º 3 que “A DEI também pode ser emitida pelo Membro Nacional da Eurojust, nos termos e nas circunstâncias previstas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 8º da Lei nº 36/2003, de 22 de agosto”.

3. A obtenção de prova e a sua admissibilidade no espaço judiciário europeu

Estabelece-se no art. 9º, n.º 1, a regra do reconhecimento da DEI devidamente transmitida e da sua execução em condições não diferenciadas em razão de não ter sido emitida por uma autoridade nacional, em clara concretização do princípio do reconhecimento mútuo. Também em razão deste princípio, o n.º 2 do mesmo artigo apresenta como regra a vinculação da autoridade de execução às formalidades e aos procedimentos indicados na DEI.

As regras avançadas são, porém, acompanhadas de exceções, indicadas no mesmo artigo que as prevê. Vejamos. Sob a epígrafe de *Reconhecimento e execução*, o art. 9º prevê nos seus n.ºs 1 e 2 a regra do reconhecimento e execução da DEI e a regra da vinculação da autoridade de execução à medida indicada na DEI. Nesses mesmos preceitos, são apresentadas duas salvaguardas, por via das quais a autoridade de execução se pode forjar ao reconhecimento e execução da DEI e à sua vinculação à medida de investigação indicada na DEI.

Resulta do art. 9º, n.º 1, que a regra do reconhecimento e execução da DEI devidamente emitida pode ser desviada no caso de a autoridade de execução “invocar um dos motivos de não reconhecimento ou de não execução ou um dos motivos de adiamento” admitidos na Diretiva. No mesmo sentido, o art. 9º, n.º 2, prevê que a regra da vinculação da autoridade de execução à medida indicada na DEI deixa de valer no caso de esta se mostrar contrária “aos princípios fundamentais do direito do Estado de execução”.

É partindo destas duas salvaguardas que o legislador europeu nos encaminha para um desafiante enredo de motivos de não reconhecimento ou não execução da medida indicada na DEI. De notar, contudo, que a razão de ser destas salvaguardas se prende com a ambição de ser conseguido um sistema de obtenção de prova dotado de alguma flexibilidade. Resgatamos, aqui, a orientação deixada no Programa de Estocolmo de criação de um regime único de obtenção de provas em processos penais de dimensão transnacional, com base no princípio do reconhecimento mútuo, mas mantendo a flexibilidade característica do auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

3.1. Vinculação à medida de investigação indicada na DEI: a autoridade do Estado de emissão e a autoridade do Estado de execução

Na esteira do princípio do reconhecimento mútuo, a sua concretização máxima resultaria no puro acatar da DEI recebida por um Estado-membro, cumprindo-lhe tão-só a execução das medidas, e nos termos, nela indicadas. Em razão da inexistente harmonização da legislação processual penal no espaço europeu, como se sabe, este mero acolhimento da ordem emitida por um Estado-membro ainda não é possível. Não obstante, esta ambição encontra-se presente na Diretiva, dela resultando a regra de que ao Estado de execução cumpre a executar a medida de investigação indicada na DEI sem revisão do contexto da sua emissão.

É atendendo ao facto de ser o Estado de emissão o titular do processo penal que subjaz a DEI a ser executada, que o legislador europeu contrabalançou o princípio *locus regit actum*, característico dos instrumentos de cooperação internacional e no qual também a DEI se baseia, com o princípio *forum regit actum*, prevendo a regra da vinculação da autoridade de execução à medida de investigação prevista na DEI.

No que à referência a esta vinculação no articulado concerne, são vários os artigos que merecem destaque. Desde logo, o art. 1º inaugura a Diretiva com a obrigação de o Estado de execução executar a decisão judicial emitida pelo Estado de emissão com vista à obtenção de provas. É, aliás, este o cerne deste instrumento de cooperação.

Também no sentido da prevalência da autoridade de emissão sobre a autoridade de execução, encontramos no art. 6º que o ónus de avaliação da conformidade da DEI com o princípio da proporcionalidade recai sobre a autoridade de emissão, cumprindo à autoridade de emissão apenas, e perante circunstâncias que o justifiquem, consultar aquela autoridade no sentido de esclarecer a importância da realização da DEI.

Estritamente dedicado ao reconhecimento e execução da DEI, também o art. 9º materializa a vinculação da autoridade de execução à orientação da autoridade de emissão. No seu n.º 1 determina que a autoridade de execução deverá reconhecer a DEI, devidamente emitida, “sem impor outras formalidades”, sendo que ao executar a medida de investigação, acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo, a autoridade de execução “respeita as formalidades e os procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão”.

Ainda no sentido de prevalecer o indicado na DEI, o art. 10º, n.º 2, prevê a impossibilidade de recusa de um elenco de medidas de investigação⁹⁴ com base na sua não existência no direito do Estado de execução ou para processos nacionais semelhantes, impossibilidade reiterada no art. 11º, n.º 2, para a invocação do facto de o crime em questão não consubstanciar uma infração à luz da lei do Estado de execução ou a medida em questão apenas ser admitida para uma categoria de infrações, na qual não se encontra o facto que serve de propósito para a emissão da DEI.

De notar que, também perante as circunstâncias que a Diretiva admite como legitimadoras da não execução ou não reconhecimento da DEI, a preferência pela posição da autoridade de emissão encontra afluência por via da obrigatoriedade da autoridade de execução de pedido de esclarecimentos à autoridade de emissão antes da tomada de decisão de não reconhecimento ou não execução. É o que resulta, aliás, do previsto no art. 11º, n.º 4, previsão que é também encontrada no art. 10º, n.º 4, neste último sobre o recurso a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI.

Estas manifestações de apreço por certas considerações do lado da autoridade de emissão surgem, cremos, como medidas compensatórias da inexistência de regras que garantam a admissibilidade das provas recolhidas no seio deste instrumento de cooperação⁹⁵. Sob pena de frustração do próprio objetivo da DEI, a autoridade de emissão deve poder estabelecer certas condições com vista a garantir que a prova obtida em resultado da execução da DEI emitida poderá ser validamente utilizada no processo penal que lhe dá razão de ser.

A importante dilação a retirar destas apreciações é a de que é demonstrada no desenho da Diretiva a intenção de conseguir garantir a admissibilidade da prova produzida por via da DEI,

⁹⁴ Medidas atinentes a provas já existentes e na posse da autoridade de execução (art. 10º, n.º 2, al. a)), a bases de dados detidas pela autoridade de execução (art. 10º, n.º 2, al. b)), a audição de pessoa no território do Estado de execução (art. 10º, n.º 2, al. c)), a medida de investigação não intrusiva prevista no direito Estado de execução (art. 10º, n.º 2, al. d)) e a identificação de pessoa com um número de telefone ou endereço específicos (art. 10º, n.º 2, al. e)).

⁹⁵ Quanto a isto, TRIUNFANTE, Luís de Lemos, Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, Revista do Ministério Público 147, *idem*, p. 105: “O objetivo da Diretiva passa não só por facilitar a execução das medidas requeridas na DEI como também garantir que as medidas serão admissíveis no processo criminal do Estado de emissão. A Diretiva não inclui regras de admissão ou exclusão das provas, referindo apenas que o tribunal deverá ter em consideração a forma como as provas foram obtidas no Estado estrangeiro em ordem a garantir a sua admissibilidade (art. 14º n.º 7 da Diretiva)”.

sem desrespeitar a lei do Estado-membro em que a mesma é executada. A tendencial harmonização das legislações penais que se espera, e para a qual se vem caminhando, permitirá a concretização de uma circulação livre de provas, num pleno espaço judiciário europeu.

3.2. O recurso a uma medida diversa da indicada na DEI e os motivos de recusa ou de não reconhecimento da DEI

Nos artigos que a Diretiva dedica aos procedimentos e garantias no Estado de execução, as prerrogativas nestes previstas derivam do princípio do primado do direito nacional do Estado de execução, característico dos instrumentos de cooperação internacional. É neste sentido que a autoridade de execução pode contrabalançar a sua vinculação à medida de investigação indicada na DEI com motivos de não reconhecimento ou não execução ou com o recurso a um tipo diferente de medida de investigação.

É segundo a ótica da necessária flexibilidade⁹⁶ supra aludida que, cremos, dever ser perspectivada a apresentação de salvaguardas às regras de reconhecimento ou execução e de vinculação à medida de investigação indicada na DEI. Não obstante, os motivos de não reconhecimento ou não execução, querer-se-ão o mais reduzido possível, por obstaculizarem a fluída circulação de provas que se ambiciona no espaço europeu⁹⁷.

⁹⁶ Neste sentido, BELFIORE, Rosanna, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence gathering across the EU*, *EuCLR. European Criminal Law Review*, volume 5, no. 3/2015, pp. 317 e 318: *“Another new positive feature in the Directive deals with the choice of the measure that needs to be carried out for the execution of an EIO, as well as the modalities by which an EIO can be executed. [...] Such flexibility clause, especially the one in favour of a less intrusive measure — which de facto introduces a proportionality test to be carried out by the executing authority in relation to the objective to be pursued by the execution of an EIO rather than the purpose of the proceedings in the issuing Member State — is certainly to be welcomed in consideration of the existing differences between national judicial systems: it allows to ensure both effective cooperation and the respect of the rights of individuals involved in the execution of the requested measure”*.

⁹⁷ WINTER, Lorena Bachmaier, *La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación*, *Deloitte* n. 72, 2013, p. 47: *“La regulación de los requisitos de emisión y los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de la EIO, además de la normativa sobre los recursos, son esenciales para valorar si este instrumento se adecúa al objetivo de facilitar la cooperación judicial en la obtención de pruebas. (...) Cuanto más se reduzcan los posibles motivos de denegación, más virtualidad adquiere el principio de reconocimiento mutuo, y a la inversa”*. Consulta disponível em: http://www.ciss.es/publico/deloitte/2013_72_A_046.pdf.

Como já foi avançado, o art. 9º adianta nos seus n.ºs 1 e 2, respetivamente, a possibilidade de a autoridade de execução invocar um motivo de não reconhecimento ou não execução ou um motivo de adiamento, previstos na Diretiva, e a possibilidade de as formalidades indicadas na DEI não serem respeitadas em razão da sua contrariedade aos princípios fundamentais do direito Estado de execução. Importante nota deixada no n.º 6 deste artigo prende-se com a recomendação de as autoridades de emissão e execução manterem uma consulta ativa para efeitos de aplicação das disposições deste artigo, resultando aqui sublinhada a flexibilidade que o Programa de Estocolmo ambicionava que o novo instrumento de obtenção de prova herdasse do auxílio judiciário mútuo.

3.2.1. Recurso a um tipo diferente de medida de investigação: art. 10º da Diretiva

Sobre o recurso a uma medida de investigação distinta da indicada pela autoridade de emissão na DEI, o art. 10º determina que esta possibilidade é admitida em três situações, encontrando-se duas previstas no seu n.º 1 e uma prevista no seu n.º 3.

De acordo com o art. 10º, n.º 1, a autoridade de execução poderá recorrer a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI quando: “a) [a] medida de investigação indicada na DEI não exista na lei do Estado de execução, ou b) [a] adoção da medida de investigação indicada na DEI não seja possível num processo nacional semelhante”. Sobre estes dois cenários, poderá dizer-se que não implicam um juízo de valor sobre a medida de investigação indicada na DEI, mas sim a mera constatação de que a mesma não encontra homóloga no ordenamento jurídico do Estado de execução. O propósito visado com esta previsão prender-se-á com a garantia de que da aplicação de instrumentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal não resultam incoerências internas nos sistemas jurídicos dos Estados-membros⁹⁸.

⁹⁸ Nesta linha, TRIUNFANTE, Luís de Lemos, Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, Revista do Ministério Público 147, *idem*, p. 99: “Este motivo adicional para a não execução é um dos exemplos de flexibilidade que o princípio do reconhecimento mútuo consagra, bastante próximo do sistema de assistência mútua e que foi introduzido na Diretiva com o objetivo de proteger a coerência do sistema legal do Estado de execução. Isto evita a obrigação de executar medidas que possam infringir os princípios da legalidade e proporcionalidade e que poderiam implicar o recurso a diferentes *standards* nas investigações nacionais e nas investigações ordenadas por outro Estado-Membro. Impor ao Estado de execução a obrigação de levar a cabo uma medida não prevista no seu sistema legal causaria uma inconsistência desnecessária, como também não respeitaria o princípio definido pelo TEDH de «*sufficient legal basis*» para proteger os direitos fundamentais contra medidas de investigação intrusivas”.

Perante a constatação de uma das circunstâncias indicadas nas alíneas do art. 10º, n.º 1, cumpre à autoridade de execução notificar a autoridade de emissão de tal constatação (art. 10º, n.º 4), sendo certo que, na impossibilidade de ser aplicada uma medida de investigação por via da qual se consiga o resultado visado pela DEI, a notificação em causa será no sentido do afastamento da assistência judiciária requerida (art. 10º, n.º 5).

Também o art. 10º, n.º 3, prevê uma situação que legitima a autoridade de execução a recorrer a um tipo diferente de medida de investigação. Neste preceito prevê-se a possibilidade de a autoridade de execução recorrer a uma medida de investigação distinta da indicada na DEI quando exista no seu ordenamento jurídico uma medida que “conduza ao mesmo resultado que a medida de investigação indicada na DEI, mas utilize meios menos intrusivos”. O cenário aqui admitido surge como reforço da importância do respeito pelo princípio da proporcionalidade⁹⁹, condição cuja verificação se apresenta como um ónus do lado da autoridade de emissão, sem que tal implique a isenção do lado da autoridade de execução (art. 6º, n.ºs 2 e 3).

⁹⁹ No sentido da obrigatoriedade do recurso a meios menos intrusivos, SILVA, Ana Paula Gonzatti da, A Decisão Europeia de Investigação em matéria penal: uma breve análise, Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC) ano 28º, n.º 3, setembro-dezembro 2018, p. 530: “Sob um olhar mais apressado, poderia ser feita a seguinte crítica: não há um dever do E-ex [Estado de execução], mas sim uma faculdade, dando azo a que, embora exista uma providência menos lesiva no ordenamento jurídico de execução, ela possa não ser utilizada. Ainda que altamente recomendável a aplicação desta regra sob a ótica dos direitos fundamentais, não haveria uma obrigação. Todavia esse entendimento não se sustenta quando esse dispositivo é lido em conjunto com o art. 9º, n.º 1 da Diretiva/art. 18º, n.º 1 da Lei [n.º 88/2017, de 21 de agosto] (a autoridade de execução deve garantir a execução da DEI «nas condições que seriam aplicáveis se a medida de investigação em causa tivesse sido ordenada por uma autoridade do E-ex [Estado de execução]»). O que nos leva a concluir pela existência de um dever do E-ex [Estado de execução] da utilização de meios menos intrusivos sempre que disponíveis em seu ordenamento jurídico”.

Diferentemente, no sentido do carácter facultativo desta substituição, GUERRA, José Eduardo & TRINDADE, José Luís, A Decisão Europeia de Investigação (DEI) e o papel da Eurojust, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, p. 99: “Pode entender-se que o artigo 10º, n.º 1, alíneas a) e b), contém duas verdadeiras causas de recusa de reconhecimento e execução (uma vez que se não for possível substituir a medida e a autoridade de emissão nada fizer, a autoridade de execução informa que não foi possível prestar a assistência solicitada) e que no n.º 3 do mesmo preceito abre mais uma porta — a par com a do artigo 6º, n.º 3 — para a verificação, pela autoridade de execução, da proporcionalidade da medida. (...) A substituição, aqui prevista, por medida alternativa menos gravosa é opcional e não pode, a nosso ver, ser imposta ao Estado de emissão. (...) A substituição de uma medida de investigação requer sempre uma análise detalhada do contexto processual em que a mesma é ordenada e uma avaliação dos riscos que a mesma possa envolver, bem como das consequências que acarretar para a investigação e para a produção de prova, posteriormente, em fase de julgamento”.

O n.º 2 do art. 10º prevê, contudo, e como foi adiantado supra, um leque de medidas de investigação às quais não podem ser opostas estas circunstâncias legitimadoras de recurso a uma medida alternativa à indicada na DEI¹⁰⁰.

3.2.2. Motivos de não reconhecimento ou não execução: art. 11º da Diretiva

Os motivos de não reconhecimento ou não execução aplicáveis à generalidade das medidas de investigação encontram-se previstos no art. 11º. Não obstante, também os arts. 22º, n.º 2, 23º, n.º 2, 24º, n.º 2, 29º, n.º 3, e 30º, n.º 5, preveem motivos de recusa da DEI, mas estes são aplicáveis apenas à medida de investigação que tratam.

Sobre os motivos de recusa gerais, previstos no art. 11º, o legislador europeu apresenta-nos uma complexa disposição de circunstâncias que legitimam o não reconhecimento ou não execução de uma DEI. Permitindo-nos transpor o elenco previsto no n.º 1, é admitido que a autoridade de execução recuse a DEI nos casos em que:

- a) “A execução da DEI é impossível por existir uma imunidade ou um privilégio ao abrigo da lei do Estado de execução que torna impossível a execução da DEI ou por existirem regras sobre a determinação e limitação da responsabilidade penal no que se refere à liberdade de imprensa e à liberdade de expressão noutros meios de comunicação social que tornam impossível a execução da DEI;
- b) Num caso específico, a execução da DEI for suscetível de prejudicar interesses nacionais essenciais de segurança, comprometer a fonte de informação ou implicar o uso de informações classificadas relativas a atividades específicas de informação;

¹⁰⁰ Sobre o sentido deste afastamento do recurso a uma medida alternativa, pode o elenco constante do art. 10º n.º 2 ser interpretado como uma harmonização destas regras de obtenção de prova nos ordenamentos jurídicos dos vários Estados-membros. Nesta linha, GUERRA, José Eduardo & TRINDADE, José Luís, A Decisão Europeia de Investigação (DEI) e o papel da Eurojust, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 7, janeiro-junho 2018, p. 98: “A Diretiva procura, por formas diversas, ultrapassar os obstáculos resultantes da falta de harmonização, entre os Estados-Membros, das regras relativas à obtenção de prova e aos meios utilizáveis para esse efeito. Neste contexto e a um nível porventura mais consensual e menos compressor de direitos individuais, o artigo 10º, n.º 2, estabelece um conjunto de medidas de investigação não intrusivas que deverão estar previstas na legislação de todos os Estados-Membros, como a obtenção de informações ou de documentos existentes em registos policiais, a identificação de titulares de números de telefone ou endereços de IP, a inquirição de testemunhas ou o interrogatório de arguidos”.

- c) A DEI tiver sido emitida no âmbito dos processos referidos no artigo 4º, alíneas b) e c), e a medida de investigação não for autorizada pela lei do Estado de execução em processos nacionais semelhantes;
- d) A execução da DEI for contrária ao princípio de *ne bis in idem*;
- e) A DEI disser respeito a uma infração penal alegadamente cometida fora do território do Estado de emissão e total ou parcialmente no território do Estado de execução, e a conduta que tiver conduzido à emissão da DEI não constituir infração no Estado de execução;
- f) Se houver motivos substanciais para crer que a execução da medida de investigação indicada na DEI será incompatível com as obrigações do Estado de execução nos termos do artigo 6º do TUE e da Carta;
- g) A conduta para a qual tiver sido emitida a DEI não constituir infração à luz da lei do Estado de execução, a menos que se relacione com uma infração incluída nas categorias de infrações constantes do Anexo D, conforme indicado pela autoridade de emissão na DEI, caso seja punível no Estado de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos;
- h) A utilização da medida de investigação indicada na DEI for limitada pela lei do Estado de execução a uma lista ou categoria de infrações ou a infrações com certo limiar de pena, que não incluam a infração a que a DEI diz respeito”.

Numa tentativa de síntese destes motivos, cremos possível a sua divisão em recusas de natureza política, resultantes do compromisso derivado do art. 6º do TUE e resultantes da arquitetura da jurisdição penal do Estado de execução.

Sob a denominação de *recusa de natureza política*, entendemos caber o motivo indicado na alínea b) do n.º 1 do art. 11º. Entendemos que a invocação deste motivo de recusa se poderá perspetivar como uma salvaguarda pelo respeito do Estado de execução enquanto soberano, a que cumpre garantir que a sua participação nos engenhos de cooperação internacional não prejudica a proteção devida aos “interesses nacionais essenciais de segurança”, às suas “fontes de informação” e às “informações classificadas relativas a atividades específicas de informação” (art. 11º. n.º 1. al. b)).

Sob a denominação de *recusa resultante do compromisso derivado do art. 6º do TUE*, caberão os motivos de recusa previstos nas alíneas d) e f). Apenas a alínea f) faz referência expressa à incompatibilidade da DEI com as obrigações derivadas do art. 6º do TUE como legítima

recusa do reconhecimento ou execução da DEI. Porém, por o princípio de *ne bis in idem* se encontrar previsto no art. 52º da CDFUE, a cujo respeito a União Europeia se compromete por via do art. 6º do TUE, entendemos que os cenários previstos nestas duas alíneas vão ambos de encontro ao compromisso de os desenvolvimentos da União Europeia — neste caso, o desenvolvimento do espaço judiciário penal europeu — serem compatíveis com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos edificada nas CDFUE e CEDH.

Sob a denominação de *recusa resultante da arquitetura da jurisdição penal do Estado de execução*, perspetivamos caberem os motivos indicados nas alíneas a), c), e), g) e h) do n.º 1 do art. 11º. Se bem notarmos, todos os motivos indicados nestas alíneas se prendem com o poder do Estado em determinar os factos que, sob a sua jurisdição, chamam a intervenção do Direito Penal — que se quer de *ultima ratio* — e os termos em que essa intervenção se dá. Vejamos.

Quanto ao motivo indicado na alínea a), não faria sentido que a opção do Estado de execução de isenção de responsabilidade penal — seja em razão da existência de uma imunidade ou privilégio, seja em razão da proteção do exercício das liberdades de imprensa e de expressão noutros meios de comunicação social — se visse contornada por uma medida emanada por outro Estado-membro.

Sobre o motivo de recusa indicado na alínea c), importa relembrar a possibilidade, prevista no art. 4º, de a DEI ser emitida tanto no seio de processos penais, como no seio de processos não penais, nas condições determinadas nas suas alíneas b) e c). Portanto, também autoridades administrativas podem requerer a execução de uma medida de investigação, medida de investigação esta que tanto poderá ser coerciva como não coerciva. Como bem se entende, consoante a arquitetura da jurisdição penal em causa, a aplicação de uma medida de investigação por uma autoridade administrativa poderá mostrar-se bastante incompatível com o sistema jurídico de um determinado Estado. Por essa razão, não faria sentido que um Estado se visse na impossibilidade de recusar a execução de uma prática tão estranha ao seu quadro de atuação.

No que concerne ao motivo previsto na alínea e), sua invocação, para ser admissível, tem de cumprir três requisitos cumulativos sobre o facto que motiva a instauração do processo penal. Assim, este facto tem de ter sido cometido fora do território do Estado de emissão, cometido, total ou parcialmente, dentro do território do Estado de execução e não ser punível ao abrigo do direito deste Estado. Esta possibilidade de recusa do reconhecimento ou execução da DEI prende-se com o âmbito de aplicação das disposições penais do Estado de execução, e deriva não apenas do princípio da territorialidade, como também do critério da dupla incriminação.

Sobre as alíneas g) e h), ambas determinam a possibilidade de recusa do reconhecimento ou execução de uma DEI em razão da ausência de dupla incriminação. A alínea g) prevê que, não se tratando de um dos crimes previstos no anexo D da Diretiva e que o Estado de emissão o puna com privação de liberdade de duração máxima não inferior a 3 anos, a autoridade de execução pode recusar a DEI em razão de o facto não constituir um crime à luz do direito do Estado de execução. Em sentido semelhante, a alínea h) determina a possibilidade de recusa da DEI nos casos em que a utilização da medida nela indicada seja admitida apenas para um catálogo de crimes, dos quais não faz parte a conduta a que a DEI diz respeito.

Importante nota sobre as alíneas g) e h) do n.º 1 do art. 11º reside na exceção prevista no art. 11º, n.º 2, segundo o qual a possibilidade de recusa com base nestes dois motivos é afastada quando a medida de investigação indicada na DEI seja uma das elencadas no art. 10º, n.º 2. Quando esteja em causa uma destas medidas, como já foi adiantado, é a vinculação à DEI que prevalece.

CAPÍTULO III – A emergência de um novo limite ao efeito-à-distância das proibições de prova face à ausência de uma prévia harmonização

1. Entre a aplicação da *lex fori* e os princípios fundamentais do Estado de execução

A tendencial simplicidade da DEI foi, em geral, bem acolhida na esfera dos mecanismos de cooperação judiciária internacional. A limitação das possibilidades de recusa, o estabelecimento de prazos e a amplitude do seu âmbito de aplicação fomentaram um instrumento consideravelmente mais ágil face aos até então desenvolvidos nesta senda.

Sem desvirtuar o avanço proporcionado, não se pode negar haver espaço para tecer necessárias críticas, pois que a já tão discutida questão da admissibilidade de prova, sombra de todas as iniciativas legislativas concernentes à cooperação judiciária em matéria penal, resulta tão-só aparentemente respondida.

Uma frutífera aplicação da DEI terá subjacente o bom entendimento entre os direitos que são chamados a cooperar. Importa à autoridade de emissão ter presente que há certas formalidades ou procedimentos que cumpre explicitar à autoridade de execução, cabendo a esta última o bom exercício de incorporar estas exigências na realização da medida de investigação solicitada, sem que tal importune a harmonia do seu sistema legal.

Cremos que a arquitetura deste anterior parágrafo bastará para se compreender que o instrumento de cooperação que aqui estudamos é profundamente ambicioso, e que a sua concretização apenas poderá ser conseguida com o elevado empenho de ambas as autoridades – de emissão e de execução, entenda-se. Assim se começa a desconstruir a aparente simplicidade da DEI, pois que os entraves práticos necessariamente ganharão forma.

As diferenças entre os direitos processuais penais dos Estados-Membros vão desde a natureza das autoridades que participam na investigação, até às consequências da prova produzida em violação das regras de obtenção de prova. Procurar solucionar a cooperação judiciária na agilidade propiciável por um instrumento de cooperação único, com pouca probabilidade resultará proveitoso, porquanto se continua a atuar sobre um terreno imensamente fendido.

A materialização da DEI nestas condições não só não resolve os problemas atinentes à admissibilidade da prova, como potencia a debilitação da defesa, resultando no afloramento de limitações aos direitos fundamentais, que não cremos incluídas no projeto europeu.

1.1. A garantia da admissibilidade da prova como o mote da sua produção

Perante a constatação da inexequibilidade de instrumentos que simplesmente incumbissem os Estados-Membros de exercer o reconhecimento mútuo sobre a prova produzida, conseguiu-se com a DEI operar uma mudança na abordagem à cooperação judiciária em matéria penal. Resulta claro da sua construção que o enfoque já não recai sobre a livre circulação de prova pelo espaço judiciário europeu, mas sim sobre a elaboração de um instrumento que efetivamente viabilize a sua admissibilidade¹⁰¹.

Este novo instrumento de cooperação judiciária debruça agora a atenção sobre a produção da prova, determinando caber à autoridade de emissão a definição da medida de investigação a realizar, e bem assim as formalidades e os procedimentos que cumpre à autoridade de execução respeitar, de modo que a admissibilidade da prova produzida não resulte prejudicada.

O já conhecido mecanismo que precedeu a DEI teve o seu triunfo obstruído, entre outros, pela ausência de uma prévia harmonização das regras de produção de prova entre os Estados-Membros, entretanto formalmente viabilizada pelo Tratado de Lisboa. Em todo o caso, a instituição da possibilidade de serem estabelecidas regras mínimas sobre “a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros”¹⁰² não alterou o *status quo* em que a DEI passou a operar, pois que os trabalhos legislativos autorizados nesta disposição não chegaram a ser acionados.

A DEI opera naquele terreno instável que, em parte, ditou o fracasso do MEOP. Porém, não cremos que o insucesso deste será, por esta razão, impreterivelmente extensível àquela,

¹⁰¹ Neste sentido, RUGGERI, Stefano, “Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues”, in AA.VV., *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and new challenges for Human Rights-oriented criminal investigations in cross-border cases*, Springer, 2012, pp. 6: “the proposed extension of the scope of EU intervention from documental evidence (or evidence already existing) to dynamic evidence has marked a clear change of approach, thus shifting the focus of EU intervention from the movement of evidence amongst Member States to the collection of evidence through investigative activities conducted in a State other than that of the relevant proceedings”.

¹⁰² Assim se lê no art. 82.º, n.º 2, a) do Tratado da União Europeia.

porquanto são substanciais as diferenças entre ambos¹⁰³. O facto de à natureza essencialmente estática e rígida daquele mandado se contrapor a natureza essencialmente dinâmica e flexível da DEI dita a este último instrumento de cooperação um emprego mais promissor.

Importará manter presente que a distinta natureza dos dois mecanismos de cooperação não é suficiente para dirimir as inquietações atinentes à admissibilidade da prova, pois que nesta matéria o silêncio da Decisão-Quadro do MEOP é replicado na Diretiva da DEI¹⁰⁴. A novidade da produção de prova nos parâmetros indicados pela autoridade de emissão não soluciona os problemas de fundo atinentes à heterogeneidade da produção de prova presente na União Europeia; tão-só os camufla.

As dissemelhanças entre os vários processos penais coexistentes na União Europeia são manifestas. As diferenças exprimem-se num amplo espectro, que parte, desde logo, da organização das respetivas fases processuais, até ao tratamento das proibições de prova. A aplicação da *lex fori* para efeitos de produção de prova, na esteira da cooperação internacional, terá estas disparidades como pano de fundo.

A par da boa iniciativa aqui investida de pautar esta cooperação judiciária pela *lex fori*, não deixou de se erigir uma válvula de escape para o Estado de execução, pois que a rigidez do seu antecessor instrumento¹⁰⁵ nos ensinou que a desconsideração das diferenças entre os Estados-Membros resulta na inoperabilidade da cooperação.

A acanhada jurisprudência – quer das instâncias nacionais, quer das instâncias europeias –, acompanhada dos também tímidos estudos empíricos nesta matéria, veda-nos uma perceção cabal dos problemas práticos que da aplicação da DEI têm resultado. Sem ignorar que os relatórios publicados pela Eurojust, onde se sistematizam os entraves que tipicamente vão suscitando a intervenção desta agência europeia, nos permitem espreitar a materialização da DEI,

¹⁰³ Como aliás se desenvolveu *supra* (ponto 2 do capítulo I).

¹⁰⁴ Silvia Allegrezza cogita que este silêncio legislativo se poderá dever a uma de duas razões, a primeira sendo a da considerável complexidade subjacente à regulação europeia de matérias penais, porquanto se mantém presente a importância do respeito pela multiplicidade de tradições legais que coexistem no espaço europeu, e a segunda prende-se com a intenção de dar margem à autoridade de emissão para a aferição da conformidade com o princípio da proporcionalidade no momento da investigação e no momento do julgamento. Cfr. ALLEGREZZA, Silvia, “Collecting criminal evidence across the European Union: the European Investigation Order between flexibility and proportionality”, in AA. VV., *Transnational evidence ...*, *idem*, pp. 58 e 59.

¹⁰⁵ Relembre-se que o mandado europeu de obtenção de prova tinha o seu âmbito de aplicação restrito à prova que já se encontrasse na posse da autoridade requerida.

cumprir ter presente que a Diretiva não institui o dever de comunicação da emissão ou execução da DEI à Eurojust. Nesta esteira, a informação que nos é apresentada nestes relatórios tem que ver com os casos em que é solicitada a participação desta agência para efeitos de facilitação ou de coordenação da aplicação da DEI, não representando, portanto, o universo de situações em que a DEI é movida.

Em todo o caso, vão sendo elaborados grupos de trabalho que chamam a participação de académicos e profissionais judiciais que nos vão dando conta dos atritos práticos que, na sua experiência, vão sendo levantados no decurso da aplicação deste instrumento de cooperação.

Destarte, o nosso juízo reflexivo parte do cruzamento do esclarecimento prático permitido por estas fontes, assim munindo a nossa análise de uma suficiente perceção empírica, que nos permite dotar o nosso exercício cognitivo de um adequado grau de pragmatismo.

1.2. Sobre o carreamento de prova produzida à luz da *lex loci*

Como se sabe, lê-se no art. 9.º, n.º 2 da Diretiva da DEI que “[a] autoridade de execução respeita as formalidades e os procedimentos expressamente indicados pela autoridade de emissão, [...] desde que não sejam contrários aos princípios fundamentais do Estado de execução” (sublinhado nosso).

O mecanismo de compensação arquitetado no art. 9.º, n.º 2 da Diretiva da DEI derivará do facto de a Diretiva não ignorar que os Estados-Membros têm tradições legais distintas¹⁰⁶. Será a estreita proximidade entre o processo penal de cada Estado-Membro e os respetivos princípios

¹⁰⁶ De notar que o documento que acompanhou a Proposta da Diretiva apresentou, precisamente, como um dos objetivos deste promissor mecanismo de cooperação, o respeito pelas distintas tradições legais que coexistem na União Europeia. “Documento que acompanha a Proposta de Diretiva do Conselho relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal. Ficha circunstanciada”, Dossier interinstitucional 2010/0817 COD, Conselho da União Europeia, Bruxelas, 23.06.2010, p. 6: “O grande número de instrumentos resultou numa abordagem fragmentada que sobrecarrega ainda mais as tarefas das autoridades judiciais, o que representa exactamente o oposto do que se pretendia atingir com o reconhecimento mútuo. A presente ficha circunstanciada pretende superar este impasse, estabelecendo os seguintes objectivos: acelerar a tramitação, assegurar a admissibilidade das provas, simplificar os procedimentos, manter um elevado nível de proteção dos direitos fundamentais (especialmente os direitos processuais), reduzir os encargos financeiros, aumentar a confiança mútua e a cooperação entre os Estados-Membros e preservar os aspetos específicos dos sistemas nacionais e a sua cultura jurídica”. Disponível na página eletrónica <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9288-2010-ADD-2/pt/pdf> (última consulta a 21 de julho de 2023).

constitucionais que faz aqui emergir a possibilidade de a *lex loci* condicionar a aplicação da *lex fori*.

Creemos que a relevância desta disposição legal vai além da garantia de que a prova produzida pela autoridade de execução será aproveitada no processo em curso no Estado de emissão. A indicação das formalidades e procedimentos necessários para a produção de prova é crucial essencialmente em dois aspetos. A par de ser fulcral para que a autoridade de execução seja esclarecida acerca das regras que a medida de investigação a realizar importa respeitar, garante-se igualmente que a prova carreada para o processo não é desconforme ao *standard* de proteção dos direitos fundamentais adotado no Estado de emissão.

Não obstante a Diretiva da DEI ser inaugurada com vários considerandos dedicados a sublinhar que a prossecução penal viabilizada pelos instrumentos legislativos da União Europeia deve ser pautada pelo respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos, falta assertividade na garantia desta proteção.

Nesta linha, não são acanhadas as objeções ao facto de os desenvolvimentos que vão sendo conseguidos no quadro da prossecução penal não encontrarem esforços equivalentes no sentido de robustecer os direitos de defesa nestes processos penais transnacionais. O afastamento do princípio da igualdade de armas mostra-se um dos pontos que mais motiva críticas à DEI. Não é bem acolhida a primazia dada à eficiência da prossecução penal na construção do espaço judiciário europeu, pois que desta resulta uma crescente debilitação da posição do arguido¹⁰⁷.

Em parte, dar forma à proteção dos direitos fundamentais da pessoa visada pela medida de investigação implicará uma certa concertação entre a autoridade de emissão e a autoridade de execução quanto às regras de produção de prova que cumpre observar. Cada Estado-Membro será, em princípio, apenas conhecedor dos respetivos métodos de obtenção de prova, pelo que somente por meio do devido preenchimento do formulário da DEI, nomeadamente da sua secção

¹⁰⁷ Cfr. WINTER, Lorena Bachmaier, European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for European Directive, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2010, pp. 580. Consulta disponível em https://zis-online.com/dat/artikel/2010_9_490.pdf (última consulta a 21 de julho de 2023): “In any event, the most controversial question regarding PD EIO is the principle of equality of arms in criminal procedure. A general criticism has been that the EU, when pursuing the creation of European space of justice, is mainly concerned only about reinforcing the efficiency of criminal prosecution and endowing judicial cooperation with more speedy mechanisms, but there is no parallel effort to increase and refine procedural guarantees for the accused”.

I, se consegue estabelecer a ponte necessária para se dar a conhecer à autoridade de execução as regras de produção de prova que vigoram no Estado de emissão¹⁰⁸.

De notar que o Relatório da Eurojust sobre a aplicação da DEI¹⁰⁹ nos dá conta de que o preenchimento do seu formulário não é isento de dificuldades, nem de críticas. Alguns profissionais da prática judiciária desaprovam a sua inflexibilidade, em razão de não permitir margem de adaptação aos casos que mereçam maior detalhe na descrição do caso ou da medida de investigação necessária.

Face à relevância da secção I do formulário da DEI, para efeitos de materialização da prerrogativa apresentada no art. 9.º, n.º 2 da Diretiva da DEI, surpreendemo-nos quando tomamos nota de que o seu preenchimento resulta, por vezes, ignorado¹¹⁰. cremos que esta observação prática nos deve fomentar uma indagação acerca das consequências mais profundas que desta omissão podem resultar.

Não será demais reiterar que o não preenchimento da secção I se traduz na não comunicação das formalidades que cumpre à autoridade de execução respeitar, pelo que a prova produzida poderá não ser aproveitada no processo que corre no Estado de emissão. Deste não preenchimento, são dois os cenários projetáveis, consoante a proatividade da autoridade de execução em causa.

Num primeiro cenário, em que se cogite a aprimorada sensibilidade jurídica da autoridade de execução, a receção de uma DEI, que nada manifeste sobre o modo como a medida de investigação em causa deve ser realizada, pode espoletar a solicitação de esclarecimentos adicionais à autoridade de emissão, ou a intervenção da Eurojust. A Diretiva da DEI faculta a possibilidade de serem estabelecidos contactos mais espontâneos e menos formais entre as

¹⁰⁸ Na página 28 do Relatório Anual da Eurojust de 2018 consta que os profissionais judiciários salientam o facto de a aplicação da DEI requerer um conhecimento aprofundado dos sistemas jurídicos-penais dos outros Estados-Membros, situação que implica o aconselhamento da Eurojust. Consulta disponível em <https://www.eurojust.europa.eu/> (última consulta a 21 de julho de 2023).

¹⁰⁹ “Report on Eurojust’s casework in the field of the European Investigation Order. November 2020”, Eurojust. Consulta disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_11_eio_casework_report_corr.pdf (última consulta a 21 de julho de 2023).

¹¹⁰ Lê-se neste Relatório da Eurojust que “*Eurojust’s casework confirms how important it is for executing authorities to comply, as far as possible, with the formalities and procedures expressly indicated by the issuing authority [...]. In some cases, the issuing authorities had omitted to fill in Section I of the EIO and the missing information had to be provided, at the last minute, via Eurojust*”, *idem*, p. 26.

autoridades em cooperação¹¹¹, precisamente para dotar a DEI da agilidade necessária para um frutífero auxílio interestadual.

Julgamos que neste caso, a admissibilidade da prova produzida encontrar-se-á salvaguardada, porquanto o esclarecimento sobre as formalidades ou procedimentos necessários foi atempadamente conseguido.

O segundo cenário projetado é consideravelmente mais problemático, na medida em que se concebe a possibilidade de a receção de uma DEI indevidamente preenchida – por falta de indicação daquelas necessárias formalidades – não ser seguida da solicitação dos convenientes esclarecimentos ou da intervenção da Eurojust, pois que nenhuma destas circunstâncias é condição necessária para o reconhecimento e execução da DEI. Nestes termos, a prova será produzida segundo a *lex loci*¹¹².

Desta combinação de comportamentos – do lado da emissão, a omissão dos procedimentos que acautelam a admissibilidade da prova, e do lado da execução, a omissão da procura por esclarecimentos adicionais – resultam implicações várias, manifestáveis quer na improfícua afetação dos recursos do Estado de execução, quando deste cenário decorra a não utilização da prova no processo do Estado de emissão, quer na desproteção dos direitos do suspeito ou arguido, quando essa prova resulte carreada para o processo por se desconhecer – injustificavelmente, cremos – o diferente modo de realização da medida de investigação solicitada.

Julgamos que neste segundo caso, a admissibilidade da prova produzida não se encontra garantida, nem tão-pouco são assegurados meios que efetivamente permitam à defesa confrontar a sua inadmissibilidade. Sem ignorar que o art. 14.º, n.º 1 da Diretiva da DEI determina serem “aplicáveis às medidas de investigação indicadas na DEI vias de recurso equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes”, importa salientar a sua difícil concretização. A impugnação da medida de investigação realizada tem de ser feita à luz e nos termos do direito do

¹¹¹ Por várias vezes encontramos no seu articulado menção à possibilidade de, nos vários ciclos de vida da DEI, as autoridades de emissão e de execução se contactarem por qualquer meio que permita um registo escrito.

¹¹² Cfr. AA.VV., Admissibility of evidence in criminal proceedings in the EU, in *The Future of EU Criminal Justice – Expert perspectives*, EuCrim 2020/3, p. 205: “*Although the strong language of the EIO suggests that the executing state of the EIO will mostly apply the lex fori, practice seems to be different. Several practitioners report that, in many cases, the issuing Member State does not specify formalities for the execution of the EIO. Therefore, investigative authorities often use the lex loci when executing the EIO*”. Consulta disponível em <https://eucrim.eu/articles/admissibility-evidence-criminal-proceedings-eu/> (última consulta a 21 de julho de 2023).

Estado de execução¹¹³, o que implica para a defesa uma preparação dispendiosa, e certamente insuportável para a generalidade dos suspeitos ou arguidos¹¹⁴.

Importa lembrar que a construção da DEI assenta no princípio do reconhecimento mútuo, pelo que aquela proatividade da autoridade de execução subjacente no primeiro cenário projetado não se querará transformada em regra, pois que o propósito deste princípio que sustenta a agilidade da DEI se resume à confiança mútua sobre a qual se pretende que assente a cooperação entre os Estados-Membros.

O que temos em evidência nestes casos é uma aplicação mitigada do direito do Estado de emissão, erigida de modo a viabilizar a admissibilidade da prova produzida com recurso a este instrumento de cooperação. A heterogeneidade processual penal da União Europeia não encontra contrabalanço por meio da DEI.

Não se pode ignorar que as incompatibilidades entre os processos penais dos vários Estados-Membros da União Europeia ainda existem. A operacionalização de um reconhecimento mútuo efetivo sem a prévia harmonização das regras de produção de prova dos vários Estados-Membros resulta na desconsideração da muito palpável possibilidade de os direitos fundamentais dos arguidos serem indevidamente constrangidos.

É nesta esteira que a nossa problematização da admissibilidade da prova produzida em sede da DEI não parte do inconveniente de também este instrumento de cooperação não nos permitir ultrapassar a heterogeneidade penal da União Europeia, mas antes do cuidado redobrado que a produção de prova nestes termos requer.

2. Entre a produção e a proibição da prova

No que ao fim do processo penal concerne, é consensual o entendimento segundo o qual este visa simultaneamente a descoberta da verdade material e a proteção dos direitos

¹¹³ Veja-se RAMOS, Vânia Costa, Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação – subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Diretiva com uma perspetiva portuguesa, in *Anatomia do Crime*, n.º 7, 2018, pp. 113 ss..

¹¹⁴ Neste sentido, WINTER, Lorena Bachmaier, *European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings*, *idem*, p. 587: “*Except for a minimal number of defendants with sufficient resources to organise and pay for a transnational defence, it is normally very difficult for the defendant to have access to elements of evidence available in other member States or to verify how the evidence gathered by the prosecution has been obtained*”.

fundamentais¹¹⁵, sendo de afastar a absolutização de qualquer um deles, para se dar lugar à contínua ponderação de ambos, pois que o processo penal visa a comprovação e realização, definição e declaração do direito do caso concreto¹¹⁶.

O conflito entre as exigências comunitárias¹¹⁷ e a liberdade de realização da personalidade individual é dirimido com pendores distintos, consoante o desenvolvimento nos planos social, cultural, jurídico e político. Enquanto Estado de Direito Social, e procurando dar lugar à expressão de uma conceção personalista do Direito e de uma conceção democrática do Estado, o ordenamento jurídico-penal português, como se sabe, dá forma ao seu processo penal por meio de um sistema acusatório com princípio de investigação.

Sem novidade, a estrutura do processo penal não é a mesma em todos os Estados-Membros da UE, porquanto nela coexistem sistemas de base inquisitória, acusatória e mista¹¹⁸, a partir dos quais se constroem, conseqüentemente, diferentes diretrizes para a produção de prova.

Sem prejuízo do partilhado entendimento de acordo com o qual os mais elementares direitos manifestadores da dignidade da pessoa humana sempre cumprirão ser o limite erigido ao exercício da procura pela verdade material – aliás, em consonância com a interpretação que tem vindo a ser determinada pelo TEDH das práticas de produção de prova que constituem uma

¹¹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal. Clássicos Jurídicos*, Reimpressão da 1ª edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 42-43.

¹¹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal...*, *idem*, p. 44-45.

¹¹⁷ Figueiredo Dias emprega aqui a expressão na qualidade de comunidade de um particular Estado, não pretendendo uma alusão ao sentido da outrora designada Comunidade Europeia. Todavia, cremos que o termo aplicado, perante a reflexão a que nos propomos, pode aqui ser interpretado no sentido de qualquer um dos dois sentidos, pois que também as exigências e agenda da União Europeia, com o seu recente desenvolvimento no plano do direito penal e do direito processual penal, têm implicações na liberdade de realização da personalidade do indivíduo.

¹¹⁸ Num estudo requisitado pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, procedeu-se a uma análise comparativa de uma seleção de direitos processuais penais da União Europeia, com o intuito de reunir as incompatibilidades entre estes e refletir sobre o impacto que estas diferenças assumem no desenvolvimento da legislação europeia sobre estas matérias. Veja-se “*Criminal Procedural Laws across the European Union - A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*”, consulta disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604977/IPOL_STU\(2018\)604977_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604977/IPOL_STU(2018)604977_EN.pdf) (última consulta a 21 julho de 2023).

violação do direito a um processo equitativo¹¹⁹ – o próprio desenho das proibições de prova e do seu efeito-à-distância merecem diferentes contornos e manifestações nos vários ordenamentos jurídico-penais europeus.

É nesta linha que encontramos no espaço judiciário da União Europeia a coexistência de sistemas de prova legal e sistemas de prova livre¹²⁰, determinando-se no primeiro que a produção de prova não pode ser feita com base no entendimento segundo o qual o fim justifica o meio, assim se erigindo verdadeiras proibições de prova, cujo desrespeito mina a prova produzida de nulidade, e propondo-se no segundo uma produção de prova livre, devendo a sua admissibilidade ou falta dela ser aferida pelo juiz, pautando-se para o efeito pelo critério da relevância, atendendo aos valores em conflito.

Qualquer ambição de cooperação em matéria penal entre estes Estados terá de responder ao desafio de equilibrar as suas diferentes matrizes constitucionais.

2.1. A impressão constitucional na construção das proibições de prova

A incontestabilidade da estreita proximidade entre a Constituição e o direito processual penal culminou, como se sabe, na afirmação deste último como direito constitucional aplicado¹²¹, pelo que as suas disposições legais cumprem ser interpretadas e aplicadas em consonância com o espírito constitucional que as subjaz.

O balanço constitucionalmente promovido entre a prossecução da verdade material e o respeito pelos mais elementares direitos fundamentais é conseguido de modos distintos,

¹¹⁹ De menção, o Acórdão do TEDH *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 09 de junho de 1998. Consulta disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng - \[\"fulltext\":\[\"CASE OF TEIXEIRA DE CASTRO v. PORTUGAL\"\]\""\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng - [\) (última consulta a 21 de julho de 2023).

¹²⁰ Numa perspetiva prática, cfr. o supra referido estudo “*Criminal procedural laws across the European Union*”, *idem*, pp. 46-65. A generalidade dos países europeus adota o sistema de prova legal (Espanha, Itália, Alemanha, Finlândia, entre outros). O sistema de prova livre é encontrado, por exemplo, em França e nos Países Baixos. De notar que em França este sistema é mitigado, em razão de combinar a determinação da necessidade de a produção de prova respeitar os direitos fundamentais e o princípio da lealdade com a discricionariedade de o juiz (ou outra competente autoridade, consoante a fase processual em questão) aferir deste respeito. Nos Países Baixos, diferentemente, a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova é casuisticamente determinada, avaliando-se para o efeito o interesse constrangido com a produção de prova, a gravidade desse constrangimento e o grau de danosidade do mesmo.

¹²¹ Expressão emprestada por Figueiredo Dias, ao trazer-nos H. Henkel, nas suas lições de direito processual penal. Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal...*, *idem*, p.74.

consoante o pendor securitário ou garantista que lhe dá forma¹²². Atendendo à proximidade entre o sistema político-constitucional de um Estado e os contornos do respetivo processo penal, será de interesse explorar a questão das proibições de prova com esta perspetiva em consideração, porquanto “as soluções concretas dos problemas básicos do direito processual penal depend[e]m fundamentalmente do estágio de evolução do desenvolvimento social e cultural de uma certa comunidade, do grau de maturidade logrado pela sua consciência jurídica, das conceções políticas de base e das concretas formas de atuação estadual que aí vigoram”¹²³.

Como evidência da impressão constitucional na construção do processo penal, são várias as disposições constitucionais que inferem sobre a materialização deste direito processual¹²⁴. Em matéria de produção de prova, é no art. 32.º, n.º 8, da CRP que encontramos os seus limites, aqui se estabelecendo como “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações”, procedendo-se, contudo, no art. 34.º da CRP, a uma conciliação da proteção do domicílio e da correspondência com os fins de investigação penal.

No plano infraconstitucional, cumpriu ao art. 126.º do CPP a concretização legal destas limitações constitucionais à produção de prova em processo penal, havendo o legislador ordinário aqui optado por operar uma sua divisão, como se sabe, geradora de divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à possibilidade de se caracterizar como insanáveis as violações das

¹²² Indagando sobre o propósito do processo penal, contrapondo as ideias de liberdade e de política, Rui Pinheiro e Artur Mauricio compactam num parágrafo uma muito boa reflexão, onde se argumenta que, “mais importante do que saber se o processo penal respeita e tutela os direitos fundamentais (mas importa que os respeite e tutele), estabelecidos na Constituição, é indagar se aquele corresponde às exigências de uma sociedade que se pretende edificar e se harmoniza com o conceito de Estado, a quem incumbirá a «substancialização» de tais direitos”, cfr. PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur, *A Constituição e o processo penal*, 1ª edição (1976) reimpressa, Coimbra Editora, 2007, p. 17.

¹²³ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, *idem*, pp. 59-60.

¹²⁴ Sobre a estreita ligação entre a Constituição e o Direito Processual Penal, resume BETTIOL que: “O facto de a Constituição conter numerosas disposições de atuação imediata no campo processual, se por um lado demonstra o cuidado vigilante que o Constituinte dedica a um setor tão delicado das relações entre o Estado e o cidadão, indica por outro a natureza constitucional – e portanto política – de tais regras fundamentais do processo”. Cfr. BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de direito e processo penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra Editora, 1974, p. 196.

proibições determinadas nos n.ºs 1 e 2 deste preceito legal, mas como sanáveis, pelo consentimento, as violações das proibições previstas no seu n.º 3¹²⁵.

Em todo o caso, reconhece-se que não se querará uma sentença cuja fundamentação assente em prova produzida num quadro incompatível com a proteção constitucional, desenvolvida no art. 32.º, n.º8 da CRP, da integridade física e moral da pessoa humana, e bem assim da reserva da sua vida íntima e privada.

2.1.1. A razão de ser das proibições de prova e o seu efeito-à-distância

A edificação das proibições de prova¹²⁶ foi inspirada na jurisprudência norte-americana e na doutrina alemã¹²⁷, e quis significar, na sua introdução no ordenamento jurídico-penal português,

¹²⁵ A favor do entendimento segundo o qual se distingue no art 126.º do CPP entre uma nulidade absoluta (nos seus n.ºs 1 e 2) e uma nulidade relativa (no seu n.º 3), veja-se ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 4ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, Reimpressão, 2018, p. 335, parágrafo 4; e MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 205. De opinião contrária e sustentando o entendimento de que o art. 126.º do CPP prevê uma nulidade absoluta em qualquer dos casos, veja-se ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 327 a 331; MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 188; e SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal II*, 3ª edição, Lisboa: Verbo, 2011, p. 362.

¹²⁶ Uma parte da doutrina opera uma distinção entre proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova. Veja-se, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições*, *idem*, pp. 89-90. De relembrar que é operada uma divisão em espécies das proibições de produção de prova, assim havendo proibições quanto aos temas de prova, quanto aos meios de prova e quanto aos métodos de prova, sendo que para a reflexão a que nos propomos nesta dissertação, focamos a nossa atenção nesta última espécie de proibições de produção de prova. No plano das proibições de valoração de prova, distingue-se os casos em que a proibição de produção culmina na proibição de valoração, os casos em que a produção de produção não determina a proibição de valoração e, por fim, os casos em que a proibição de valoração é independente de uma proibição de produção. Veja-se a sistematização apresentada em MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, *idem*, pp. 177-186.

¹²⁷ Seguindo uma linha cronológica, a expressão “proibições de prova” foi inaugurada na doutrina alemã pelo jurista BELING, que, em 1902, fez uso do termo para significar “limitações à descoberta da verdade material no processo penal, que o Estado impõe a si mesmo”. Numa perspetiva de aplicação prática, o Supremo Tribunal dos EUA empregou, com novidade, o conceito de proibições de prova (“*exclusionary rules*”), no caso *Mapp v. Ohio*, em 1961. Cfr. MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, *idem*, pp. 177-178.

o robustecimento dos alicerces do Estado de Direito na prossecução penal¹²⁸. Tratou-se aqui de asseverar o compromisso com um processo penal que não prejudique os direitos fundamentais do suspeito ou arguido para além do estritamente necessário para os fins de investigação. Minada de inutilidade processual, qualquer prova produzida em termos que lesem as várias manifestações da dignidade humana resulta supérflua.

A extensão desta invalidade à prova que dela derive decorre igualmente de uma construção jurisprudencial norte-americana¹²⁹, acompanhada pela jurisprudência portuguesa¹³⁰, por onde se quis esclarecer que admitir o aproveitamento legal da prova secundária significaria, em princípio, dar abertura à produção de efeitos de uma prova (primária) que não se quer aproveitável.

¹²⁸ Acompanhando Costa Andrade quando nos ensina que “[m]ais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como direitos fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos. E, por isso, como referenciais e fundamentos autónomos duma tutela que transcende o horizonte do processo penal”. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*, *idem*, p. 188. Também Figueiredo Dias, inspirando-se no pensamento filosófico de Heidegger, nos ensina que “toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que a sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável”, sublinhando a relevância desta ideia “para que não se ceda à tentação de santificar a violação das proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma (pretensa) verdade «material»”. Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, *idem*, p. 194. Ainda, BELING, Ernst Ludwig von, “As proibições de prova como limite para a averiguação da verdade no processo penal”, in AA. VV. *Proibições Probatórias no Processo Penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*, coord. Nestor Eduardo Araruna Santiago, 1ª edição, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 12: “Atualmente o valor da personalidade ostenta um alto preço. Ela já não pode ser sacrificada para conseguir uma prova a *tout prix* e não se impõe uma avaliação ao inculcado”.

¹²⁹ Este instituto, implementado sob o termo de *fruit of the poisonous tree doctrine* (teoria do fruto da árvore envenenada), inaugurou-se no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 1920, onde ficou decidido que “a exclusão dos meios de prova deveria conduzir não somente à proibição d[a] sua valoração direta, mas também a uma proibição de utilização mais abrangente, que alcançará também os frutos deste meio de prova antijurídico”; cfr. AMBOS, Kai, “A teoria do efeito extensivo no direito processual penal estadunidense e sua aplicação ao processual penal alemão”, in *Proibições Probatórias no Processo Penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*, coord. Nestor Eduardo Araruna Santiago, 1ª edição, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 51.

¹³⁰ Caminho que começou por ser talhado pelo Tribunal Judicial de Oeiras, na sentença do 3.º juízo, de 5 de março de 1993, processo n.º 777/91, 2ª secção, onde se decidiu que “a nulidade do primeiro dos meios de prova é extensiva ao segundo, impossibilitando, da mesma forma, o julgador de extrair deste último qualquer juízo valorativo”. Cfr. MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, *op.cit.*, p. 194.

Entre a sugestão de que a sua fundamentação legal reside no art. 122.º, n.º 1 do CPP – não obstante as reflexões de acordo com as quais a autonomia das proibições de prova face ao regime de nulidades obsta à aplicação deste normativo¹³¹ – e a sugestão de que é do próprio art. 32.º, n.º 8 da CRP que resulta o afastamento de qualquer consequência processual de uma proibição de prova, a necessidade de obstaculizar a produção de efeitos da prova derivada de prova proibida é amplamente perfilhada.

Nesta senda, o Acórdão do TC n.º 198/2004, de 24.03.2004, mostra-se um marco jurisprudencial¹³², porquanto nele se confirmou este entendimento segundo o qual a presença de um nexo causal entre a prova primária proibida e a prova dela derivada implica a extensão daquela proibição a esta última, pois que se trata aqui de recuperar o curso do processo como se a prova proibida nunca houvesse sido produzida.

2.1.2. A limitação intrínseca daquela razão de ser: os limites ao efeito-à-distância

Não tardou, porém, o reconhecimento de situações que pudessem sustentar uma autonomia valorativa da prova secundária face à prova primária¹³³, assim se motivando a construção de limites ao efeito-à-distância, por meio dos quais se argumenta a aproveitabilidade desta última.

¹³¹ Neste sentido, MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, *idem*, pp. 196-197.

¹³² No Acórdão do TC n.º 198/2004, de 24.03.2004, refletiu-se que, “quando retrospectivamente se diz, encarando globalmente certo processo crime, que determinada prova não é válida, retirando-se como consequência que a mesma, embora tenha existido, deve ser tratada como se não existisse (não tivesse existido), há que determinar complementarmente – é esse, como veremos, o sentido do artigo 122.º do CPP - se essa inexistência abrange ou não actos processuais (factos ou provas) posteriores que apresentem alguma conexão com o que foi considerado inexistente. Saber qual o tipo de ligação que deve conduzir à projecção da supressão do acto anterior no acto posterior, traduz aquilo que doutrinariamente se qualifica como «efeito-à-distância», indagando este «da comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova» (Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra 1992, pág. 61)”. Processo n.º 39/04, 1ª secção, relator Conselheiro Rui Moura Ramos, disponível para consulta em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040198.html> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹³³ Nas palavras de Kai Ambos, “o princípio extensivo não conduz a uma exclusão geral de provas mediatas. Antes, trata-se de uma *presunção* de não valoração, que pode ser (facilmente) *rebatida* mediante [...] diversas exceções”. Cfr. AMBOS, Kai, “A teoria do efeito extensivo”, *idem*, p. 77.

Novamente resultado de instigação jurisprudencial e doutrinária, respetivamente, norte-americana e alemã, desafiou-se uma reflexão orientada pela necessidade de eficácia da prossecução penal, sugerindo-se a possibilidade de supressão da comunicabilidade da proibição da prova primária à prova secundária para efeitos de conciliação com a finalidade de descoberta da verdade material¹³⁴.

A jurisprudência norte-americana desenvolveu, ao longo dos anos, uma série de situações em que se crê faltar uma relação de causa e efeito entre a prova primária proibida e a prova dela derivada, conseqüentemente se propondo restabelecer a validade da última. Apenas com o propósito de as deixar elencadas e brevemente explanadas¹³⁵, sem discorrer sobre as suas variadas implicações, cumpre indicar serem três as exceções talhadas pela jurisprudência norte-americana ao efeito-à-distância das proibições de prova.

De primeiro labor, a exceção da “fonte independente” (*independent source*)¹³⁶ veio estabelecer que se tem por admissível a utilização da prova derivada de prova proibida quando se consiga demonstrar a autonomia e independência daquela face à última. Trata-se, nesta exceção, de corroborar, por meio duma alternativa lícita, independente e atual (paralela), os conhecimentos derivados da prova proibida.

Mais tarde, desenvolveu-se a exceção da “mácula dissipada” (*purged taint*)¹³⁷, sustentando-se que aquela comunicabilidade da proibição da prova primária à prova derivada também cessa quando esta última consubstancie uma consequência remota daquela. Argumenta-se uma conexão atenuada entre estas duas provas, em termos tais que se considera admissível remediar a invalidade da prova derivada.

Por fim, a exceção da “descoberta inevitável” (*inevitable discovery*)¹³⁸ veio determinar a possibilidade de a validade da prova derivada ser recuperada por meio de um juízo hipotético que nos argumenta a inevitabilidade de, mesmo que a prova proibida não tivesse sido produzida, se chegar àquela prova sua derivada.

¹³⁴ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*, *idem*, p. 170.

¹³⁵ Para uma exposição mais desenvolvida acerca destas exceções, veja-se ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*, *idem*, pp. 170 e ss., e TEIXEIRA, António Manuel de Jesus, *Os Limites do Efeito-à-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, pp. 95 e ss.

¹³⁶ Como caso paradigmático, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 1920.

¹³⁷ Como caso paradigmático, *Nardone v. United States*, 1939.

¹³⁸ Como caso paradigmático, *Nix v. Williams*, de 1984.

Em suma, o denominador comum destes três limites ao efeito-à-distância é reconduzível à argumentação da autonomia da prova derivada face à prova primária proibida.

Nesta tendência, também no nosso ordenamento jurídico se mitiga o efeito-à-distância das proibições de prova quando falte um “nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova”¹³⁹. A jurisprudência¹⁴⁰ e doutrina portuguesas, contudo, e ainda que se inspirando naquela promoção de eficiência penal norte-americana, são mais cautelosas quanto à aceitação de um elenco de exceções.

Acompanhando estes desenvolvimentos, encetou a nossa jurisprudência constitucional o reconhecimento de tais limites com aquele paradigmático Acórdão do TC n.º 198/2004, refletindo que “esta projeção de invalidade aparece, desde os primórdios da formulação da doutrina, matizada por uma série de circunstâncias em que a prova derivada (derivada porque de alguma forma relacionada com a prova inválida) pode, não obstante, ser aceite como prova válida”¹⁴¹.

Sufraga-se, em geral, o entendimento de que o efeito-à-distância tem um limite intrínseco, razão pela qual é afastado quando a proteção constitucional visada pela proibição não resulta prejudicada pela utilização da prova derivada¹⁴². Neste exercício de reconhecimento das

¹³⁹ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, *idem*, p. 338, parágrafo 11.

¹⁴⁰ No referido Acórdão do TC n.º 198/2004, de 24.03.2004, a par de se reafirmar o reconhecimento do efeito-à-distância, identificou-se um seu limite, baseado na independência da prova derivada face à prova primária: “efectivamente, certas situações de «efeito-à-distância» não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal, permitindo verificar se o nexo naturalístico que, caso a caso, se considere existir entre a prova inválida e a prova posterior é, também ele, um nexo de antijuridicidade que fundamente o «efeito-à-distância», ou se, pelo contrário, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela”. Em sentido convergente, o Acórdão do STJ de 12.11.2015: “A nulidade da prova produzida em audiência, por via do efeito à distância invocado pelo recorrente, através de actos subsequentes às escutas, tem que derivar de um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre estes e aquelas. Considerar que as declarações e testemunhos ouvidos em audiência, não seriam os mesmos se soubessem da invalidade das escutas a que foram sujeitos os arguidos, seria levar o efeito à distância a proporções que não respeitam a composição de interesse[s] em jogo, o estabelecimento de uma alegada relação de causa e efeito, já não quanto à produção do tipo de prova subsequente, e sim quanto ao próprio teor das declarações e depoimentos prestados”.

¹⁴¹ Cfr. Acórdão do TC n.º 198/2004, de 24.03.2004.

¹⁴² Promovendo um juízo ponderado no momento da aferição da comunicabilidade da nulidade da prova primária à prova secundária, Costa Andrade reflete que será de afastar uma impensada transposição da teoria do fruto envenenado, pois que não se quer uma propagação sem fim dessa nulidade. Propõe, nestes termos, “privilegiar-se a

situações que já não cumprem aquele propósito garantístico das proibições de prova, mostram-se menos problemáticas a exceção da “fonte independente” e a exceção da “mácula dissipada”. Diversamente, a exceção da “descoberta inevitável” manifesta-se mais controversa, por lhe estar subjacente um juízo hipotético entendido como propício a abusos na investigação¹⁴³.

Portanto, a par do reconhecimento duma série de condutas que não se admitem às instâncias e agentes do Estado, neste caso, para efeitos de produção de prova, coexiste o reconhecimento de que situações há em que, em resultado duma ponderação dos valores em consideração, a adoção dessas condutas se tem por legitimada, para efeitos de “salvaguarda ou promoção de interesses transcendentais ao processo penal”¹⁴⁴. Em particular, o que subjaz a conceção dos limites ao efeito-à-distância é a argumentação da autonomia da prova derivada, argumentação esta motivada por razões de eficiência penal, pois que toda a aplicação do direito processual penal é orientada pela constante tensão e necessidade de conciliação das várias finalidades deste processo, para se propor a mais adequada comprovação e realização, definição e declaração do direito do caso concreto¹⁴⁵.

O propósito da edificação das proibições de prova não pode resultar desconsiderado no momento em que se afere da comunicabilidade ou não da proibição da prova primária à prova secundária. Esta consideração deve motivar-nos a avançar com prudência nestas construções alternativas, dando lugar à sua admissibilidade tão-só quando corroborada por juízos sólidos e devidamente fundamentados.

Os limites ao efeito-à-distância querem-se taxativos e de interpretação restritiva. Aceitá-los e desenvolvê-los sem cautela, levar-nos-ia a incorrer numa desproteção dos direitos fundamentais, incompatível com o mandamento constitucional previsto no art. 32.º, n.º 8 da CRP.

referência à dimensão teleológica subjacente ao regime das proibições de prova: prevenir sentenças condenatórias assentes na valoração de meios proibidos de prova”. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*, *idem*, p. 62 e ss.

¹⁴³ A favor desta exceção, SILVA, Germano Marques da Silva, em comentário à Constituição (cfr. MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada, Volume I – Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais – artigos 1.º a 79.º*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 737-738) e, em parte, MENDES, Paulo Sousa de, *Lições de Direito Processual Penal*, p. 196. Em desfavor, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*, *idem*, p. 175; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código de Processo Penal*, *idem*, pp. 338-339, parágrafo 11.

¹⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova*, *idem*, p. 83.

¹⁴⁵ Veja-se, DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, *idem*, p. 44-45.

Numa palavra, não podem estes limites significar um restauro das reminiscências da proibição de prova.

2.2. O efeito-à-distância no tratamento da prova produzida nos termos da *lex*

loci

Recuperando que é da análise dos problemas implicados na aplicação da DEI sobre a admissibilidade de prova que aqui se trata, tome-se em consideração um cenário que chame a cooperar os ordenamentos jurídicos português e francês, para efeitos de investigação de um crime de tráfico de menores¹⁴⁶. Assuma-se que a competente autoridade judiciária portuguesa emitiu uma DEI por meio da qual solicita à competente autoridade judiciária francesa a realização de uma busca domiciliária.

A regulamentação deste método de obtenção de prova obedece a diferentes contornos nestes dois ordenamentos jurídicos, em duas dimensões.

No plano das regras de produção de prova, as diferenças formais não são substanciais, porquanto em ambos os ordenamentos jurídicos o domicílio tem proteção constitucional¹⁴⁷. Nesta esteira, ambas as legislações processuais penais permitem o constrangimento desta proteção constitucional apenas para fins de prossecução penal¹⁴⁸, coincidindo na determinação como

¹⁴⁶ Cenário plausível se tomarmos em consideração os dados partilhados pela Europol que nos dão conta de que Portugal é um dos pontos de entrada no espaço europeu de menores de origem angolana, traficadas para outros países europeus, de entre os quais a França. Veja-se o relatório *Situation Report. Criminal Networks involved in the trafficking and exploitation of underage victims in the European Union*, pp. 16-18; consulta disponível em <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/criminal-networks-involved-in-trafficking-and-exploitation-of-underage-victims-in-eu#downloads> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹⁴⁷ Sobre o direito francês, cfr. PRADEL, Jean, “France: Procedural Nullities and Exclusion”, in AA.VV. *Exclusionary Rules in Comparative Law, Ius Gentium. Comparative perspectives on Law and Justice*, Volume 20, Springer, 2013, p. 152: “the Constitutional Council previously decided that the right to individual liberty as used in Art. 66 Const. includes protection of the home and private localities”. Sobre o direito português, sabemos que o art. 32.º, n.º 8 da CRP proíbe intromissão abusiva no domicílio dos cidadãos para efeitos de produção de prova.

¹⁴⁸ Sobre o direito francês, PRADEL, Jean, “France: Procedural Nullities”, *idem*, p. 152-153, transcrevendo um trecho de uma decisão do Conselho Constitucional (CC, decisão n.º 94-352 DC, Janeiro de 2018, Recomendação 170): “*It is up to the legislature to assure the reconciliation of this goal [de prossecução penal] with its constitutional value and, on the other hand, the necessary protection of private property and the exercise of personal liberty, specifically the*

condições de validade a autorização da busca por uma autoridade judiciária e o respeito por um determinado horário¹⁴⁹.

No plano da consequência processual da violação das respetivas formalidades de produção aplicáveis à realização de buscas domiciliárias, os ordenamentos jurídicos português e francês oferecem considerações distintas. Se no caso português tal violação consubstancia uma proibição de prova, que determina a nulidade da busca, nos termos do art. 126.º, n.º 3 do CPP, no caso francês, e não obstante aquela proteção constitucional do domicílio, a admissibilidade da prova cumpre ser casuisticamente aferida à luz do direito à defesa e do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁰, com algum grau de discricionariedade¹⁵¹.

Não é irrazoável, atendendo à chamada de atenção partilhada no ponto 1.2. do presente capítulo, a cogitação da possibilidade de resultar carreada para o processo penal português prova produzida em desconformidade com o enquadramento oferecido pelo nosso CPP. Como se viu, nos nossos termos, tal consubstanciará uma proibição de prova, por abusiva intromissão no domicílio. Indague-se sobre a admissibilidade desta prova.

Não obstante admitir-se que se tratará aqui duma proibição de produção de prova *sui generis*, atendendo a que é no Estado recetor e não produtor da prova que se levantam problemas relativos à sua produção, esta contrariedade com as nossas exigências constitucionais nunca poderá ser ignorada, sob pena da cooperação judiciária em matéria penal poder escusar a garantia de defesa imposta pela CRP e talhar caminhos (que não se querem) mais ágeis para a investigação penal.

É certo haver uma impressão constitucional na construção das proibições de prova, termos em que esta sempre resultará distinta de Estado para Estado. Não cremos, todavia, que possam estas interpretações nuançadas – quanto à consequência da violação da proteção do

inviolability of the home". Sobre o direito português, é já conhecido o disposto no art. 34.º da CRP, onde se prevê a conciliação da inviolabilidade do domicílio com os fins de investigação penal.

¹⁴⁹ O CPP francês prevê, respetivamente nos seus § 56, parágrafo 1 e § 706-91, parágrafo 2, condições distintas para o crime comum (*droit comum*) e o crime organizado. Veja-se PRADEL, Jean, "France: Procedural Nullities", *idem*, pp. 153 e 154. O CPP português, como se sabe, estabelece no seu art. 177.º

¹⁵⁰ Cfr. PRADEL, Jean, "France: Procedural Nullities", *idem*, pp. 145-146.

¹⁵¹ Elucidando-nos acerca do regime de nulidades adotado no processo penal francês, e do elevado grau de discricionariedade admitido aos juízes nesta aferição, constata o autor que, "*Statistically, for each decision to nullify, there are three decisions refusing to do so*". Cfr. PRADEL, Jean, "France: Procedural Nullities", *idem*, p. 149, nota 20.

domicílio, no caso – servir de pretexto para a facilitação da entrada num processo penal português de prova cujo modo de produção seja reconduzível a uma proibição de produção de prova.

Face à dificuldade prática de as autoridades judiciárias de emissão e a defesa aferirem uma tal proibição, e não obstante a mesma ser de conhecimento oficioso¹⁵², o juiz de julgamento incorrerá, com probabilidade, em omissão de pronúncia, pois que a proibida produção não será avaliada na audiência de julgamento, por ignorância da sua existência. Termos em que a sentença padecerá de nulidade, no quadro previsto no art. 379.º, n.º 1, c) do CPP¹⁵³.

E sublinhe-se que, mesmo que a defesa conseguisse contraditar a prova produzida pela autoridade de execução francesa, fá-lo-ia no Estado de execução, pois que do art. 14.º da Diretiva da DEI resulta que as condições de emissão da DEI cumprem ser impugnadas no Estado de emissão, e as condições da sua execução no Estado de execução¹⁵⁴. Resgatando que a consequência da violação das formalidades exigíveis para a realização de buscas domiciliárias, à luz do direito processual penal francês, se trata de uma questão a ser casuisticamente avaliada,

¹⁵² Do comentário de Paulo Pinto de Albuquerque acerca da arguição de nulidade que cabe nos casos previstos no art. 126.º, n.º 3 do CPP: “se o titular do direito consentir na intromissão ou renunciar expressamente à arguição da nulidade, então o juiz não pode conhecer oficiosamente a nulidade resultante de prova que atinja os direitos à privacidade do referido titular”, *a contrario*; cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, *idem*, p. 337, parágrafo 5.

¹⁵³ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, *idem*, p. 344, parágrafo 26: “Quando o juiz valora prova proibida na sentença, sem sequer se pronunciar sobre a questão da proibição de prova, a sentença é nula nos termos do art. 379.º, n.º 1, al.ª c), primeira parte (omissão de pronúncia). A validade da prova é uma questão jurídica essencial que devia ser apreciada e decidida pelo juiz e o silêncio sobre esta questão constitui o vício de omissão de pronúncia”.

¹⁵⁴ RAMOS, Vânia Costa, Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação, *idem*, pp. 119-120: “Tendo em conta a repartição de tarefas entre os Estados de emissão e de execução que preside à operação da DEI, com base no princípio do reconhecimento mútuo, nos termos do art. 1.º, n.º 2, da Diretiva, o princípio será o de que a decisão de emissão de uma DEI e a própria DEI serão impugnáveis perante as autoridades do respetivo Estado de emissão, enquanto a decisão de reconhecimento e execução, bem como os actos de execução, serão impugnáveis no Estado de execução”. Não obstante, a mesma autora equaciona a possibilidade de esta repartição ser mitigada, argumentando que “é possível sindicar no Estado de execução a validade, face às normas da Diretiva, da emissão de uma DEI, ainda que de forma limitada”, sendo igualmente possível “sindicar no Estado de emissão a validade dos actos de execução de uma DEI, seja à luz do direito da UE, seja do direito do Estado de execução, ainda que de forma indireta, em sede de decisão sobre a valoração” (p. 121).

também por aqui o visado pela medida de investigação não encontraria proteção análoga à garantida pelo direito processual penal português.

Ainda que esta consequência baste para alarme, importa lembrar que desta prova proibida e, conseqüentemente, nula poderá derivar outra prova, que, como lembrado na reflexão acerca do efeito-à-distância das proibições de prova, será, em princípio, minada de igual nulidade. Neste cenário de cooperação entre Portugal e França, também a nulidade da prova derivada não será identificada.

Viu-se que o reconhecimento de limites ao efeito-à-distância não tem lugar sem mais, pois que sobre o restabelecimento da validade da prova derivada de prova proibida impende um juízo, de um modo ou de outro, baseado numa alternativa ao efetivo curso das coisas. A distância, desta vez física, entre a prova e o processo que a chama, leva a que com muito escassa probabilidade se possa equacionar a aplicação de algum dos conhecidos limites do efeito-à-distância.

A franca dificuldade de aferir da adequada produção de prova pela autoridade de execução – seja porque a DEI se quer aplicada com base no princípio do reconhecimento mútuo, seja pelos entraves práticos com que tal aferição se depara – acaba por se traduzir numa aplicação prática, silenciosa e, essencialmente, não devidamente identificada de um (novo) limite ao efeito-à-distância, habilitado pelo recurso a um instrumento de cooperação internacional. O desconhecimento da prova primária não assegura a validade da prova derivada. Aquela prova é proibida, seja ela identificada ou não. O que depende, sim, desse conhecimento é o restauro da legalidade do processo, conseguida por meio da eliminação de todos os efeitos que apenas lhe tenham chegado em razão daquela proibição.

O que pretendemos com esta problematização é acompanhar as sugestões, que vêm sendo pronunciadas, de mitigação dos problemas de admissibilidade da prova resultante da DEI, por via da harmonização das proibições de prova no espaço judiciário da União Europeia. Argumenta-se que esta harmonização oferecerá um adequado contrapeso aos desenvolvimentos repressivos que dos instrumentos de cooperação em matéria penal têm resultado.

Numa palavra, propõe-se trazer ao processo penal transnacional o princípio da igualdade de armas.

3. Entre a harmonização e a solução: os desenvolvimentos jurisprudenciais das instâncias jurisdicionais europeias

A criação de um instrumento de cooperação como a DEI sem uma prévia harmonização das mais basilares regras de produção de prova resultou, como se viu, na subsistência dos problemas atinentes à admissibilidade da prova produzida no Estado de execução e valorada no Estado de emissão. Inerente a estas dificuldades de averiguação da real admissibilidade da prova mostra-se a persistente debilitação da posição do arguido nos processos penais de cariz transnacional.

É nesta senda que são levantadas reflexões acerca da necessidade de ser feito uso da prerrogativa avançada no art. 82.º, n.º 2, al. a), do TFUE, nos termos da qual se autoriza o Parlamento Europeu e o Conselho a, por meio de diretiva e sem que tal prejudique o nível de proteção dos indivíduos garantido pelos Estados-Membros, estabelecer regras mínimas comuns sobre a admissibilidade mútua dos meios de prova, com o propósito de facilitar a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça.

Em particular, propõe-se que as regras mínimas sobre a admissibilidade da prova se direcionem para a definição de proibições de prova comuns, pois que no espaço da UE coexistem ordenamentos jurídico-penais que optam pela exclusão categórica da prova produzida em desrespeito pelas proibições de produção¹⁵⁵, e ordenamentos em que se opta por uma avaliação casuística do cabal impacto dessa exclusão no processo¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Como vimos supra, a proibição de produção de prova é, geralmente, acompanhada da proibição de valoração de prova, não obstante alguns autores sugerirem autonomia entre estes dois institutos. Em todo o caso, assumimos aqui as situações que, sem divergências doutrinárias, determinam a proibição de valoração da prova proibida.

¹⁵⁶ Na doutrina dos *rationales* da exclusão da prova distinguem-se quatro motivações, sendo certo que a generalidade dos Estados-Membros afasta a adoção plena de qualquer delas, para dar lugar a modelos mistos, que conjugam as suas características de modo a propor uma exclusão de prova mais adequada aos fins dos respetivos processos penais. Assim, as motivações que atualmente subjazem a exclusão da prova proibida prendem-se com a integridade do sistema, a fiabilidade do material probatório, o efeito disciplinador e/ou a reivindicação dos direitos fundamentais do arguido. Para uma apresentação simultaneamente sintetizada e crítica destes *rationales*, TURNER, Jenia Iontcheva & WEIGEND, Thomas, “The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview”, in AA.VV., *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, volume 74, Springer Open, 2019, pp. 257 a 270.

Crê-se que tal proposta poderá ser concretizada se norteadas pelos desenvolvimentos até então conseguidos pelo TEDH e pelo TJUE nesta sensível matéria.

3.1. Os desenvolvimentos da jurisprudência do TEDH: uma exclusão sustentada na iniquidade

Sempre sublinhando não lhe cumprir decidir sobre a admissibilidade da prova¹⁵⁷, o TEDH foi aventurando a sua jurisprudência no sentido de fazer caber na devida interpretação do direito a um processo equitativo, consagrado no art. 6.º da CEDH, o afastamento de prova ilicitamente obtida. Nos casos que lhe são submetidos, esta instância avalia se o processo globalmente considerado, incluindo a produção de prova, é justo e equitativo.

A discussão sobre a exclusão de prova, ainda que com timidez na sua assunção, pode ser encontrada quando o TEDH é chamado a decidir sobre a violação do direito a um processo equitativo fundada na violação de algum dos seguintes direitos¹⁵⁸: proibição de tortura (art. 3.º da CEDH), direito ao silêncio e à não auto-incriminação (art. 6.º, n.º 1, da CEDH), direito de acesso a um advogado (art. 6.º, n.º 3, al. c), da CEDH) e direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º da CEDH).

¹⁵⁷ De labor inaugurado no caso *Schenk v. Switzerland* [plenary], 12.08.1988, disponível na página eletrónica <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572> (última consulta em 21 de julho de 2023). No seu considerando 46, amplamente replicado nos ulteriores casos atinentes à matéria de admissibilidade da prova e respeito pelo direito a um processo equitativo, lê-se que: “*While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as a whole was fair.*”

¹⁵⁸ Acompanhamos aqui a sistematização e seleção de jurisprudência do TEDH proposta em RAMOS, Vânia Costa, “Novos problemas em matéria de proibições de prova – a dimensão internacional – regras de exclusão da prova obtida em violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in AA. VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 739 a 773.

3.1.1. Uma proteção em três níveis: do art. 3.º da CEDH ao art. 8.º da CEDH

O entendimento do TEDH não é o de que a violação de algum dos direitos *supra* mencionados significa necessariamente a violação do direito a um processo equitativo. Aliás, a sua postura parece-nos organizada num espectro, cujos extremos são ocupados pelos direitos protegidos pelo art. 3.º da CEDH, por um lado, e pelo direito protegido pelo art. 8.º da CEDH, por outro. Entre um extremo e o outro, situar-se-ão os demais direitos mencionados no parágrafo anterior.

Assim, se para os casos em que se discute se a utilização de declarações confessoriais obtidas pelo emprego de tortura configura uma violação do direito a um processo equitativo, a resposta favorável do TEDH é considerada pacífica, o mesmo não se poderá aproveitar para os casos em que se avalia se a utilização de prova obtida em violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar prejudica a equidade do processo.

Nesta linha, cremos que aquele espectro dos casos até então decididos, sobre a correlação entre a violação destes direitos e a violação do direito a um processo equitativo, se pode submeter uma diferenciação em três níveis¹⁵⁹.

Num primeiro nível, em que aquela correlação é estabelecida com maior facilidade, encontramos a violação dos direitos protegidos pelo art. 3.º da CEDH. A jurisprudência do TEDH tem entendido que, estando em causa declarações confessoriais obtidas por meio de tortura ou

¹⁵⁹ Esta ordenação aproxima-se da sistematização apresentada por Vânia Costa Ramos, com excertos de considerações propostas por Hock Lai Ho. Aquela autora categoriza as regras de exclusão do TEDH em “i) regras de exclusão automáticas – que podem ser (a) prejudiciais *per se* ou (b) não prejudiciais *per se*; e ii) regras de exclusão não automáticas ou sujeitas a ponderação de interesses no caso concreto” (veja-se, RAMOS, Vânia Costa, *idem*, pp. 761 a 768). Já o último autor opera uma divisão entre exclusão categórica de prova, para as violações do art. 3.º da CEDH, e ponderação de interesses, para as restantes violações (veja-se, HO, Hock Lai, “The fair trial rationale for excluding wrongfully obtained evidence”, in AA. VV. *Do exclusionary rules ensure a fair trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, volume 74, Springer Open, 2019, pp. 284 a 289).

tratamento desumano ou degradante¹⁶⁰ e prova real obtida por meio de tortura¹⁶¹, a conclusão será necessariamente a de que a utilização deste meio de prova implica que o direito a um processo equitativo foi violado. Segundo o TEDH, esta conclusão impera independentemente da relevância que a prova ilicitamente obtida haja assumido na decisão condenatória, importando tão-só o seu mero uso no processo.

Contudo, e entrando já num segundo nível, aquela conclusão já não será aproveitada nos casos relativos à utilização de prova real obtida por tratamento desumano ou degradante¹⁶². Entende o TEDH que nestes casos deverá ser avaliado o impacto que essa prova ilicitamente obtida assumiu na condenação. Quando se quebre o nexo causal entre a utilização desse meio de prova e a decisão condenatória, não se poderá concluir que aquela implicou uma violação do direito a um processo equitativo.

¹⁶⁰ Veja-se o caso Gäfgen v. Germany [GC], 01.06.2010, §166, onde se lê que “*the Court has found in respect of confessions, as such, that the admission of statements obtained as a result of torture [...] or of other ill-treatment in breach of Article 3 [...] as evidence to establish the relevant facts in criminal proceedings rendered the proceedings as a whole unfair. This finding applied irrespective of the probative value of the statements and irrespective of whether their use was decisive in securing the defendant’s conviction (ibid.)*” (sublinhado nosso). Consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/Eng?i=001-99015> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹⁶¹ Veja-se o caso Jalloh v. Germany [GC], 11.07.2006, §105, onde se lê que “*incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value*”. Consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-76307> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹⁶² Novamente, no caso Jalloh v. Germany, lê-se no § 180 que “*the Court considers that it was the applicant’s second confession at the trial which – alone or corroborated by further untainted real evidence – formed the basis of his conviction for murder and kidnapping with extortion and his sentence. The impugned real evidence was not necessary, and was not used to prove him guilty or to determine his sentence. It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant’s conviction and sentence in respect of the impugned real evidence*” (sublinhado nosso).

Neste segundo nível caberão também a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação¹⁶³ e do direito de acesso a um advogado^{164/165}, protegidos respetivamente pelos arts. 6.º, n.º 1 e 6.º, n.º 3 al. c), ambos da CEDH. Ainda que não seja operada com a assertividade apresentada aquando da apreciação da utilização de prova obtida em violação do art. 3.º da CEDH, a correlação entre a violação destes direitos e a violação do direito a um processo equitativo é reconhecida pelo TEDH.

Ainda que condicionando esta conexão à verificação do impacto da prova ilicitamente obtida no desfecho condenatório, a consequência atribuída pelo TEDH não é mais comedida. Aliás, esta instância encontrou aqui, com novidade, ocasião para expressamente se posicionar sobre o adequado remédio face à violação do direito a um processo equitativo nestes termos e sobre a

¹⁶³ Veja-se o caso *Saunders v. United Kingdom* [GC], 17.12.1996, §68, onde se lê que “*the Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (art. 6)[...]*”. Consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹⁶⁴ Veja-se o caso *Salduz v. Turkey* [GC], 27.11.2008, §55, onde se lê que “*the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently «practical and effective» [...], Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 [...]* *The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction*” (sublinhado nosso). Consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹⁶⁵ Deixa-se a nota de que há divergência de entendimentos acerca do impacto do caso *Ibrahim and Others v. United Kingdom* [GC], 13.09.2016 (consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-166680>; última consulta em 21 de julho de 2023), sustentando uns que este caso implica um retrocesso na jurisprudência desenvolvida nos casos *Salduz v. Turkey* e *Yaremenko v. Ukraine (no. 2)*, 30.04.2015 (consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-154022>; última consulta em 21 de julho de 2023), e outros que os desenvolvimentos propostos no mais recente caso já se encontravam subjacentes àqueles. Veja-se, respetivamente, a declaração de voto do juiz Mahoney no caso *Ibrahim and Others v. United Kindgom* e a declaração de voto e parcialmente vencimento dos juizes Sajó e Laffranque, no mesmo caso.

extensão deste entendimento aos frutos da árvore envenenada¹⁶⁶. Articulou, a este propósito, que a solução adequada para os casos em que se constate uma tal violação será a realização de um novo julgamento, do qual já não faça parte qualquer material probatório derivado da violação de algum direito da CEDH. Afastou-se, assim, com clareza, da compatibilidade com o direito a um processo equitativo a utilização de prova obtida em violação destes direitos previstos na CEDH, e bem assim da prova que dela haja derivado.

Por fim, num terceiro nível, encontramos os casos em que se aprecia se a utilização de prova obtida em violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no art. 8.º da CEDH¹⁶⁷, consubstancia uma violação do direito a um processo equitativo. Entendemos que esta apreciação se encontrará no extremo negativo daquele espetro, em razão de na sua jurisprudência se encontrar um reconhecimento teórico, da possibilidade de a utilização de prova obtida em violação deste direito violar o direito a um processo equitativo, mas que acaba sempre por não ter materialização prática.

É entendimento do TEDH que a utilização de prova obtida em violação do art. 8.º da CEDH apenas se traduzirá numa violação do art. 6.º da CEDH quando se verifique que prejudicou a equidade do processo no seu todo. Tal comporta a avaliação do respeito pelos demais direitos processuais do suspeito ou arguido, da autenticidade da prova e do impacto da mesma no desfecho condenatório; critérios que esta instância tem, continuamente, por verificados, assim se afastando a iniquidade do processo.

¹⁶⁶ No caso Yaremenko v. Ukraine (no. 2), § 66 lê-se: “*In the Court’s opinion, this latter issue in itself would require a thorough examination of the evidence in the present case in a full retrial instead of the very limited review as carried out by the Supreme Court. The Court finds that the new decision rendered in the applicant’s case was again based to a decisive extent on the same pieces of evidence which had been obtained in violation of the applicant’s procedural rights and there had been serious allegations, never properly dispelled by the authorities, that all self-incriminatory statements had been extracted under duress and had constituted «the fruit of the poisonous tree»*”.

¹⁶⁷ No caso Bykov v. Russia [GC], 10.03.2009, §104, lê-se que “*having examined the safeguards which surrounded the evaluation of the admissibility and reliability of the evidence concerned, the nature and degree of the alleged compulsion, and the use to which the material obtained through the covert operation was put, the Court finds that the proceedings in the applicant’s case, considered as a whole, were not contrary to the requirements of a fair trial*”. Consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91704> (última consulta em 21 de julho de 2023).

3.1.2. Uma ponte para o progresso legislativo autorizado pelo art. 82.º, n.º 2, al.

a), do TFUE

Numa análise cabal do que esta jurisprudência do TEDH quer aqui significar, cremos ser adequado o entendimento segundo o qual esta instância sujeita ao crivo da justiça e equidade o modo como a prova é produzida. Não lhe cabendo a proposta de regras de produção de prova, não parece desadequado perspetivar os desenvolvimentos *supra* analisados como uma aproximação da proposta de regras de exclusão de prova.

Por servir o labor desta instância como instrução, para as instâncias nacionais, para uma aplicação do direito conforme aos direitos consagrados na CEDH, o seu posicionamento sobre os métodos de obtenção de prova que prejudicam o direito a um processo equitativo e, consequentemente, não podem ser considerados no processo, permite cultivar no espaço europeu *standards* mínimos sobre as proibições de produção de prova (regras de exclusão de prova, na aceção do TEDH).

Numa palavra, sem prejuízo de as considerações elaboradas pela jurisprudência do TEDH carecerem de ser adensadas e afirmadas com mais firmeza – de forma a efetivamente se operar um entendimento partilhado e uniformemente executado sobre os métodos de obtenção de prova não admitidos nos processos penais –, não restarão dúvidas quanto ao positivo impacto que estes primários avanços assumirão no dirimir das dificuldades apresentadas em matéria de admissibilidade de prova no contexto de aplicação de instrumentos de cooperação.

Este impacto pode tomar-se já como materializado se atentarmos ao facto de a jurisprudência do TEDH já se ter pronunciado sobre a necessidade de verificação da equidade do processo aquando da aplicação de um mecanismo de cooperação internacional¹⁶⁸. Nestes termos, também em contexto de valoração de prova produzida noutro Estado existe o dever de garantir

¹⁶⁸ No caso *Stokjovic c. France et Belgique*, 27.10.2011, foi decidido que o Estado requerente tem de garantir que a produção de prova no Estado requerido respeita o direito a um processo equitativo, previsto no art. 6.º, n.º 1 da CEDH, nomeadamente o direito de acesso a advogado (art. 6.º, n.º 3 al. c) da CEDH), sob pena de ser condenado por violação deste direito. Consulta disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107177> (última consulta em 21 de julho de 2023). Em igual sentido, no caso *El Haski v. Belgium*, 25.09.2012, o TEDH decidiu, sobre a violação da proibição de tortura, que apenas se pode valorar nos processos nacionais prova produzida noutro Estado, ao abrigo de um instrumento de cooperação, se o Estado requerente verificar que a sua produção não violou os direitos consagrados na CEDH (no caso, a proibição de tortura prevista no art. 3.º da CEDH). Consulta disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-113445> (última consulta em 21 de julho de 2023).

que a sua produção respeitou os direitos consagrados na CEDH, nomeadamente na medida em que a sua violação tenha implicação no direito a um processo equitativo.

Dado o primeiro passo pelo TEDH, pode agora o seu labor servir para dar impulso e rumo à jurisprudência do TJUE nesta matéria e potenciar o progresso legislativo autorizado pelo art. 82.º, n.º 2, al. a), do TFUE.

3.2. Os desenvolvimentos da jurisprudência do TJUE: uma novidade assertiva

De recente inauguração, mas de desenvolvimento promissor, mostram-se os passos dados pelo TJUE quando chamado a decidir sobre a compatibilidade de medidas de retenção de metadados para fins de repressão penal com o Direito da União Europeia, em particular quando interpretado à luz da proteção conferida pela CDFUE ao direito à privacidade, nos seus artigos 7.º e 8.º.

Deixa-se já adivinhado que a relutância assumida pelo TEDH em estabelecer uma correlação entre a violação deste direito (que na CEDH encontra a sua previsão no art. 8.º) e a violação do direito a um processo equitativo mostra-se aqui colmatada pelas conclusões trazidas até então pela jurisprudência do TJUE. Ainda que os desenvolvimentos desta instância careçam de maturação, manifestam consideravelmente menor incómodo em erigir limites à eficiência da prossecução penal orientados pela proteção da privacidade do indivíduo.

Sob a alçada do princípio da efetividade e do exercício do contraditório, o TJUE exprime com clareza a necessidade de exclusão de prova obtida em violação do Direito da União Europeia quando o suspeito ou arguido não esteja em condições de a comentar eficazmente e a sua natureza seja de complexidade tal que se reporte a um domínio que escape ao conhecimento dos juízes e, assim, seja suscetível de ter influência substancial sobre a sua posição quanto aos factos¹⁶⁹.

¹⁶⁹ O TJUE decidiu assim nos dois acórdãos que até ao momento foram produzidos sobre esta matéria. Veja-se, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), *La Quadrature du Net*, de 06 de outubro de 2020, processos apensos C-511/18, C-512/18 e C-520/18, considerando 220 a 228, disponível na página eletrónica <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-511/18&language=PT>; e Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), *Prokuratuur*, de 02 de março de 2021, processo C-764/18, considerando 44, disponível na página eletrónica <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=c-746/18>.

Sustentando que a utilização de tal meio de prova resultará numa violação do direito a um processo equitativo, o TJUE assume, com consideravelmente menos timidez que o TEDH, que a consequência prática desta conclusão será a necessária exclusão desse meio de prova. Contudo, parece-nos que a diferença entre estas duas instâncias se encerra aqui, pois que, no fundo, os critérios de exclusão lançados pelo TJUE são reconduzíveis ao juízo do TEDH na avaliação da violação do direito a um processo equitativo sustentada na violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º da CEDH).

Veja-se que, nesta sede, a conclusão pela violação do direito a um processo equitativo e consequente exclusão da prova se sustenta, na jurisprudência de ambas as instâncias, na avaliação do respeito pelos direitos de defesa, de entre os quais o exercício de contraditório sobre a prova ilegalmente obtida, e do impacto dessa prova na decisão proferida.

É inegável que o raciocínio subjacente à exclusão de prova se encontra mais desenvolvido do lado do TEDH, pois que se trata de uma matéria que tem vindo a ter oportunidade de ser maturada desde os finais década de 80¹⁷⁰. Não obstante, parece-nos que o embrionário contributo do TJUE não é minado pela quantidade, dado que trouxe uma qualidade que faltava à jurisprudência do TEDH: assertividade.

Importará, claro está, que o TJUE seja chamado a pronunciar-se com mais frequência sobre esta matéria, de modo a lhe ser dada a oportunidade de sublinhar este seu entendimento, e de o estender aos casos de violação de outros direitos protegidos pelo Direito da União e pela CDFUE. Não deixa de ser interessante o reparo de que os primeiros desenvolvimentos em matéria de exclusão de prova em processo penal se reportem à violação do direito à privacidade, tanto na jurisprudência do TEDH¹⁷¹, como na jurisprudência do TJUE, pelo que cremos ser uma questão de tempo até aquela extensão se materializar.

Acrescentamos que, face ao paralelismo entre os direitos consagrados na CDFUE e os previstos na CEDH, prevê-se que os desenvolvimentos da jurisprudência do TJUE confluem com

¹⁷⁰ Relembre-se, o caso *Schenk v. Switzerland* [plenary], 12.08.1988, consulta disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572> (última consulta em 21 de julho de 2023).

¹⁷¹ Recordando-se o já mencionado caso *Schenk v. Switzerland* [plenary], 12.08.1988, consulta disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572> (última consulta em 21 de julho de 2023).

as considerações já avançadas pelo TEDH. Aliás, a jurisprudência daquele tem já deixado claro que lhe cumpre o alinhamento com a interpretação deste último¹⁷².

É nesta linha que entendemos que a complementaridade dos trabalhos destas duas instâncias jurisdicionais europeias servirá de orientação para aqueles ambiciosos desenvolvimentos legislativos de harmonização das regras de admissibilidade de prova, prevista no art. 82.º n.º 2, al. a), do TFUE.

4. Entre a solução e os problemas: a projeção de resoluções

Não obstante o otimismo que possa ser espoletado pelo parágrafo anterior, não poderemos deixar de oferecer ceticismo quanto à possibilidade de esta materialização se vir a concretizar num futuro próximo. A simplicidade de trazer os desenvolvimentos jurisprudenciais para trabalhos legislativos é tão-só aparente, pois que a resistência dos Estados-Membros tem vindo a ser hasteada, nas discussões neste âmbito, sob o princípio da subsidiariedade do Direito da União Europeia e o princípio da proporcionalidade¹⁷³.

A harmonização das regras de admissibilidade de prova terá necessariamente de ser antecedida de uma maturação da política criminal europeia, pois que nos parece notar-se discrepância entre a orientação da elaboração dos mecanismos de cooperação, como a DEI, e a preocupação das instâncias jurisdicionais europeias com a proteção dos direitos fundamentais em sede de produção de prova. Se de um lado temos a eficiência penal como mote da cooperação, do outro temos o propósito de reivindicar as garantias processuais do arguido ou suspeito em processos penais transnacionais, em particular em momento de produção de prova.

¹⁷² Sobre a jurisprudência do TJUE neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 15 de fevereiro de 2016, processo C-601/15 PPU, (ECLI): ECLI:EU:C:2016:84, considerandos 77 e ss., o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 20 de março de 2018, processo C-524/15, (ECLI): ECLI:EU:C:2018:197, considerandos 60 e ss. e o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 26 de setembro de 2018, processo C-175/17, (ECLI): ECLI:EU:C:2018:776, considerando 35: “O Tribunal de Justiça deve, por conseguinte, assegurar que a sua interpretação do artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta garanta um nível de proteção que não viola o garantido pelo artigo 13.º da CEDH, conforme interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

¹⁷³ Assim o foi, mais recentemente, nos trabalhos preparatórios da criação de uma Procuradoria Europeia e, nos trabalhos mais distantes de resposta ao “Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas”; veja-se, AA.VV., *Admissibility of evidence...*, *idem*, pp. 202 e 203.

A resistência que tende a ser oferecida às tentativas de legislar sobre as regras de produção de prova num plano transnacional deverá ser afastada quando se perspetive esta harmonização de regras, não como acessória, mas como condição essencial para a proteção dos direitos fundamentais.

Não se trata já de autorizar ou não a intervenção da União Europeia em matéria penal e processual penal, pois que esse trabalho já tem vindo a ser feito. Se assim não fosse, não existiriam os atuais mecanismos de cooperação; ainda que se debrucem sobre o viabilizar de uma articulação judiciária transfronteiriça, implicam irremediavelmente a acomodação de práticas não características dos processos penais internos. Vimos, aliás, no ponto 2 da presente reflexão que, mesmo que formalmente se propugne pelo respeito pelos procedimentos e formalidades do Estado de emissão, materialmente este respeito pode resultar ignorado ou dificilmente fiscalizado.

A atuação que agora importa resume-se, no fundo, a fazer corresponder à agilidade persecutória, equivalente agilidade defensiva. Entendemos que a perspetiva que se impõe é a de que a definição de regras de exclusão de prova trará plena legitimidade à utilização de instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal. Esta é uma interpretação cuja adoção, porém, cremos que será morosa, pois que o espírito da intervenção da UE em matéria penal e processual penal tem-se orientado por inspirações securitárias¹⁷⁴.

Não descuramos que esta inspiração se possa explicar pela intervenção soluçada nesta sede, em razão de se procurar dar resposta a problemas que têm tanto de urgentes como de inovadores. Contudo, as implicações são demasiado onerosas para os direitos fundamentais, para que se possa encontrar quietude em tal justificação.

Somente após o redirecionamento meditado da política criminal europeia se poderá partir para as questões várias que daí derivem para a concretização da harmonização prevista no art. 82.º n.º 2, al. a), do TFUE.

Nesta disposição encontramos já dois aspetos definidos. O primeiro prende-se com o instrumento legislativo a adotar. Define-se na primeira parte do artigo que o estabelecimento destas regras mínimas terá de ser feito por meio de uma diretiva. O segundo refere-se à compatibilização do estabelecimento destas regras com níveis de proteção mais elevados. Quanto

¹⁷⁴ Sobre a necessidade de se repensar a política criminal europeia, veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda, “A harmonização e a emergência de uma política criminal europeia: o perigo da deriva securitária e a necessidade de definição de supostos básicos de uma política criminal europeia”, in *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, pp. 120 a 148.

a isto, a última parte do artigo deixa sublinhado que a adoção de regras mínimas comuns não afasta um possível nível de proteção mais elevado propugnado pelos Estados-Membros nesta matéria¹⁷⁵.

A materialização de tais regras mínimas comuns, todavia, pressupõe necessariamente a resposta a mais questões do que as aqui oferecidas. Desde logo, quanto à interpretação de “regras sobre a admissibilidade mútua de meios de prova”. Talvez propositadamente, há aqui abertura para se entender caber nesta aceção a definição de regras de produção de prova, de regras de inclusão de prova e/ou de regras de exclusão de prova¹⁷⁶.

Quanto a nós, em linha com as pistas que foram sendo deixadas na análise da jurisprudência até ao momento desenvolvida em torno da exclusão de prova sustentada na violação do direito a um processo equitativo, propugnamos pela adoção de regras mínimas de exclusão de prova. Sem querer implicar uma repetição das ideias já expostas, sublinhamos apenas o entendimento de que, face à tendencial resistência oferecida pelos Estados-Membros à intervenção da UE sobre a regulação das medidas de investigação penal, a concretização da harmonização autorizada no art. 82.º do TFUE será mais bem conseguida se orientada pela materialização dos desenvolvimentos já obtidos em sede jurisprudencial. É nossa opinião que uma harmonização operada por esta via terá melhor acolhimento do lado dos Estados-Membros.

Resulta igualmente por responder a questão de saber se estas regras mínimas comuns deverão versar sobre todos os processos penais, ou apenas sobre os processos penais transnacionais. Parece-nos adequado optar pela limitação do âmbito de aplicação destas regras a processos penais transnacionais, em razão de se antecipar que esta opção será menos resistida por parte dos Estados-Membros.

Ainda que o compromisso de respeito pelos direitos previstos na CEDH e na CDFUE seja partilhado por estes Estados, a sua densificação não é homogénea no espaço judiciário europeu¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Lê-se no art. 82.º, n.º 2 do TFUE *in fine* que “[a] adoção das regras mínimas comuns referidas [...] não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de proteção das pessoas”.

¹⁷⁶ Veja-se, AA.VV., *Admissibility of evidence...*, *idem*, pp. 201-207.

¹⁷⁷ Precisamente sublinhando que o compromisso de respeito pela CEDH e pela CDFUE partilhado pelos Estados-Membros não se traduz numa igual proteção dos direitos fundamentais por parte dos Estados-Membros, veja-se GLESS, Sabine, “Free movement of evidence in Europe”, in AA.VV. Teresa Armenta (coord.), *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Constitución y Leyes, COLEX, 2006, pp. 121 a 130.

Como se viu no ponto 2 da presente reflexão, coexistem no espaço judiciário europeu diferentes sistemas de prova, querendo tal significar coexistirem, também, diferentes lógicas para a aferição da admissibilidade dos meios de prova em processo penal.

Relembrando simultaneamente que o propósito do estabelecimento de regras mínimas comuns em sede de admissibilidade da prova respeita à facilitação da cooperação judiciária, mas também que importa ter em conta as diferentes tradições e sistemas jurídicos dos Estados-Membros¹⁷⁸, entendemos que limitar a aplicação destes mínimos aos processos penais transnacionais se mostra a solução que melhor dá resposta a estas duas ambições.

Não se ignora, porém, os problemas que podem derivar de um âmbito de aplicação limitado a processos penais transnacionais. Reconhece-se, desde logo, a subsistência do problema de admissibilidade da prova nos casos em que a autoridade de emissão requeira tão-só a transferência de prova que já se encontre na posse da autoridade de execução. Esta é uma complicação que vem sendo denotada desde o MEOP, e que não resultaria resolvida com esta proposta de harmonização. Ainda, e talvez com repercussões mais acentuadas, pode argumentar-se a desfavor de uma tal limitação do âmbito objetivo em razão de potenciar diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais, dentro do mesmo ordenamento jurídico-penal, pois que valeriam aqueles acordados mínimos para os processos penais transnacionais, mas já não para os processos penais domésticos.

Entendemos que a inquietude suscitada por estas duas complicações poderá ser afastada se recuperarmos que, sendo tais mínimos definidos em linha com a jurisprudência já desenvolvida pelo TEDH – e que se antecipa que será seguida pela jurisprudência do TJUE –, os Estados-Membros encontram-se já incumbidos de traduzir esta interpretação para os seus processos penais internos. Visa-se com esta harmonização a garantia de que são respeitados os mínimos necessários para uma produção de prova orientada pelo respeito pelo direito a um processo equitativo.

Não obstante, e como deixámos já sublinhado, esta integração do entendimento oferecido pela jurisprudência das instâncias europeias será morosa, em razão daquela necessidade de maturação de uma política criminal europeia com menor pendor securitário. Ainda assim, uma vez conseguido este reequilíbrio aquelas duas cogitadas complicações ter-se-ão por contidas.

¹⁷⁸ Assim se lê no art. 82.º, n.º 2 do TFUE.

O estabelecimento de regras mínimas comuns de exclusão de prova deve ser interpretado, na nossa perspetiva, como a necessária consequência da operacionalização de instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal. Tais regras deveriam, aliás, ser de criação simultânea à elaboração de um mecanismo desta natureza. Não o sendo, virão agora para mitigar as onerosidades implicadas para o suspeito ou arguido de um processo penal transnacional.

A razão de ser desta harmonização resume-se a garantir que, no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, os direitos mais basilares do suspeito ou arguido não resultarão frustrados em sede de produção de prova em razão da natureza transnacional do processo. Apenas após a implementação destas regras, poderá a DEI realmente funcionar com base na confiança mútua entre o Estado de emissão e o Estado de execução, e com respeito pela preocupação com a proteção dos direitos fundamentais, investida nos considerandos e no articulado da sua Diretiva.

Reiteramos, por fim, a necessidade de se perspetivar a legislação sobre estas regras não como uma questão acessória, mas como condição essencial para a proteção dos direitos fundamentais e de legitimação do recurso a instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal na UE. Fomentando-se a confiança mútua, legitima-se o reconhecimento mútuo.

CONCLUSÃO

- A. A necessidade de se moldar os instrumentos de repressão penal às exigências da criminalidade emergente implica, reconhece-se, uma constante ponderação dos fins do processo penal, pois que a realização da justiça apenas se consegue se equilibrados o interesse pela descoberta da verdade material e o interesse pela proteção dos direitos fundamentais. Ainda que esta premissa seja continuamente sublinhada sempre que de matérias processuais penais se trate, o certo é que o pendor securitário não se acanha de frequentemente insurgir.
- B. Os trabalhos legislativos levados a cabo nesta senda – seja num plano transnacional, sob a alçada da União Europeia, seja num plano nacional, respeitante a cada Estado – nunca se poderão escusar de dar resposta a este difícil equilíbrio de forças, sob pena de permitir o recurso a instrumentos de produção de prova (aqui procurando referenciar meios de prova, métodos de obtenção de prova e instrumentos de cooperação como a DEI) que potenciem injustificadas restrições aos direitos fundamentais dos indivíduos.
- C. A ausência de uma clara e bem definida política criminal europeia vem resultando na precipitação de instrumentos vários no seio da promoção do princípio do reconhecimento mútuo e do auxílio judiciário mútuo, sem se acautelar a igualmente importante concretização do direito de defesa.
- D. Viu-se que a DEI, procurando acautelar a admissibilidade da prova, definiu a autoridade de emissão como *dominus* desta interação entre autoridades judiciárias, cumprindo-lhe a indicação da medida de investigação adequada e as regras de produção que pretende ver cumpridas. Esta é uma regra cuja criação tem subjacente o reconhecimento de que a DEI operará num cenário heterogéneo, havendo que se mitigar as dissemelhanças aqui colocadas em evidência.
- E. Estas disparidades são manifestas e exprimem-se num amplo espetro, que parte, desde logo, da organização das respetivas fases processuais, até ao tratamento das proibições de prova. A aplicação da *lex fori* para efeitos de produção de prova, na esteira da cooperação internacional, tem estas disparidades como pano de fundo.
- F. O resultado prático com que nos deparámos é um cenário despreparado para a devida concretização de instrumentos como a DEI, pois que aquela regra de primazia da *lex fori*

resulta reduzida por uma série de ocasiões, sustentadas, no fundo, na sua incompatibilidade com a *lex loci*.

- G. Relacionando-se estas divergências muitas das vezes com a matriz constitucional da ordem jurídica no seio da qual existem, qualquer ambição de cooperação em matéria penal entre Estados terá de responder previamente ao desafio de as equilibrar.
- H. A inércia de trabalhos neste sentido gera o problema que aqui analisámos. A urgência surge não apenas do lado da ausência de meios de repressão penal equiparáveis aos desenvolvimentos denotados na prática destes novos crimes, mas também do lado da ausência de meios de defesa adequados para processos penais desta natureza. O cerne da questão reside no facto de a imprudência no lançamento de mecanismos que permitam mitigar as fronteiras entre os Estados não acautelar as dificuldades que daqui emergirão para os visados das medidas de investigação de sindicar a prova produzida nestas condições.
- I. Cientes da relevância da proteção dos direitos fundamentais num contexto de acrescida vulnerabilidade para o arguido – porque é da produção de prova quase insindicável que se trata – cogitamos sobre a eventualidade de estarmos perante um mecanismo de cooperação internacional que propicia a violação do direito de defesa. Mais ainda, provocamos com a proposta de que um cenário tal poderá estar a motivar a criação de um silencioso novo limite ao efeito-à-distância.
- J. Concordamos com a crítica que se vem apresentando com maior clamor e que se prende com o pendor securitário que a estratégia processual penal europeia tem embutido nos instrumentos de cooperação desta natureza – ainda que tal orientação não se encontre formalmente assumida. O imprudente desenho da DEI não peca meramente por não dedicar semelhante consideração ao fortalecimento do direito de defesa nestes processos penais transnacionais. Recorrendo-se à DEI para a produção e transferência de prova entre Estados, o resultado que temos em mãos é, na prática, a quase insindicabilidade do material probatório produzido neste contexto.
- K. Foi face a este cenário que vimos serem lançadas propostas de uma harmonização negativa dos métodos de obtenção de prova: regras mínimas comuns sobre as proibições de prova. Quer-se com isto traduzir a ideia de que, definindo-se por todo o espaço judiciário europeu (por nele ser onde tais instrumentos de cooperação operam) o que é avaliado como prova proibida, aproximamo-nos da garantia de que os indivíduos nunca verão os seus direitos fundamentais mais próximos da manifestação da sua dignidade humana mutilados.

- L. A jurisprudência do TEDH, que há muito vem ensaiando a discussão sobre a exclusão de prova, orienta-nos sobre como avaliar a violação do direito a um processo equitativo fundada na violação da proibição de tortura (art. 3.º da CEDH), do direito ao silêncio e à não auto-incriminação (art. 6.º, n.º 1 da CEDH) ou do direito de acesso a um advogado. Ainda que sempre remetendo o juízo final para uma avaliação casuística (exceto quando da proibição de tortura se trate), encontramos nestes desenvolvimentos jurisprudenciais a semente para a harmonização das regras de proibição de prova no espaço judiciário europeu.
- M. Por servir o labor desta instância como instrução, para as instâncias nacionais, para uma aplicação do direito conforme aos direitos consagrados na CEDH, o seu posicionamento sobre os métodos de obtenção de prova que prejudicam o direito a um processo equitativo e, consequentemente, não podem ser considerados no processo, permite cultivar no espaço europeu *standards* mínimos sobre as proibições de produção de prova (regras de exclusão de prova, na aceção do TEDH).
- N. De recente inauguração, mas de desenvolvimento promissor, mostram-se os passos dados pelo TJUE que, sob a alçada do princípio da efetividade e do exercício do contraditório, exprime com clareza a necessidade de exclusão de prova obtida em violação do Direito da União Europeia quando o suspeito ou arguido não esteja em condições de a comentar eficazmente e a sua natureza seja de complexidade tal que se reporte a um domínio que escape ao conhecimento dos juízes e, assim, seja suscetível de ter influência substancial sobre a sua posição quanto aos factos.
- O. Entre a devida interpretação da CEDH e a devida interpretação da CDFUE, o legislador europeu encontrará na jurisprudência destas duas instâncias desenvolvimentos complementares que sustentarão a concretização da prerrogativa prevista no art. 82.º, n.º2, al. a) do TFUE.
- P. Reconhecemos a ambição da proposta que se tem vindo a discutir. Não obstante, assentimos imperar o entendimento de que um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal como o é a DEI sempre verá a sua legitimidade beliscada se não operar num palco devidamente nivelado, onde – sabendo-se que nunca valerá o princípio da igualdade de armas – se permitam, pelo menos, adequados meios de sindicância da produção de prova nesta escala.
- Q. Permitimo-nos, em suma, a conclusão de que a solução será encontrada numa ponderada e assumida política criminal europeia, por meio da qual se propugne simultaneamente pela desobstrução de entraves burocráticos à cooperação judiciária em matéria penal na UE, e pelo

robustecimento da posição do arguido em processos penais transnacionais. No meio de todas as incertezas e indefinições presentes neste contexto, não se esqueça que a presunção da inocência é um princípio que sempre deverá protagonizar quaisquer desenvolvimentos de um eventual processo penal europeu.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., Admissibility of evidence in criminal proceedings in the EU, The Future of EU Criminal Justice – Expert perspectives, EuCrim 2020/3 Consulta disponível em <https://eucrim.eu/articles/admissibility-evidence-criminal-proceedings-eu/>
- ABADINSKY, Howard, *Organized Crime*, 11th edition, Boston: Cengage learning, 2017
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 4ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, Reimpressão 2018
- ALLEGREZZA, Silvia, “Collecting criminal evidence across the European Union: the European Investigation Order between flexibility and proportionality”, in AA. VV., *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and new challenges for Human Rights-oriented criminal investigations in cross-border cases*, Springer, 2012, pp. 51-67
- AMBOS, Kai, “A teoria do efeito extensivo no direito processual penal estadunidense e sua aplicação ao processual penal alemão”, in *Proibições Probatórias no Processo Penal. Análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*, coord. Nestor Eduardo Araruna Santiago, 1ª edição, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Gestlegal, 2022
- BELFIORE, Rosanna, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence gathering across the EU*, in EuCLR. European Criminal Law Review, volume 5, no. 3/2015
- BELING, Ernst Ludwig von, “As proibições de prova como limite para a averiguação da verdade no processo penal”, in AA. VV. *Proibições Probatórias no Processo Penal. Análise do direito*

- brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*, coord. Nestor Eduardo Araruna Santiago, 1ª edição, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013
- BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de direito e processo penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra Editora, 1974
- BRITO, António, *Nota sobre o conceito de soberania*, Separata da Revista Scientia Iuridica, Braga: [s.n], 1959
- CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade, Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Reimpressão de 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2017
- CLUNY, António, A Decisão Europeia de Investigação e a importância do papel que, na sua aplicação, pode vir a ter a Eurojust, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, nº7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018
- DAVIN, João, *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, 2ª edição revista e aumentada, Coimbra: Edições Almedina, 2007
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral – Tomo I – Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019
- DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal. Clássicos Jurídicos*, Reimpressão da 1ª edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- GLESS, Sabine, “Free movement of evidence in Europe”, in AA.VV. Teresa Armenta (coord.), *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Constitución y Leyes, COLEX, 2006

- GUERRA, José Eduardo & TRINDADE, José de Luís, A Decisão Europeia de Investigação (DEI) e o papel da Eurojust, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018
- HASSEMER, Winfried, Límites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada. Tesis y Razones, (trad. Alfredo Chirino Sánchez), Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 6, n.º 23 – julho-setembro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998
- HO, Hock Lai, “The fair trial rationale for excluding wrongfully obtained evidence”, in AA. VV. *Do exclusionary rules ensure a fair trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, volume 74, Springer Open, 2019
- JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco, El Papel de EUROJUST en la orden europea de investigación. La transposición de la Directiva en España, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018
- KLIP, André, “Repensando o Direito Penal Europeu”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Volume 1*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- KLIP, André, Obrigações decorrentes da Diretiva sobre a Decisão Europeia de Investigação para os Estados-Membros – o exemplo de Portugal e dos Países Baixos, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Edições Almedina, 2018
- MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa anotada – Volume I – Preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais – artigos 1.º a 79.º*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina, 2018

- MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- OST, François & KERCHOVE, Michel van de, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit*, Bruxelles: Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002
- PALMA, Maria Fernanda, Introdução – O reconhecimento mútuo de decisões judiciais como princípio jurídico, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 7, janeiro-junho 2018, Coimbra: Almedina, 2018
- PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur, *A Constituição e o processo penal*, 1ª edição (1976) reimpressa, Coimbra Editora, 2007
- PITON, André Paulino, *A anatomia de um processo penal europeu*, Rei dos Livros, 2022
- PRADEL, Jean, “France: Procedural Nullities and Exclusion”, in AA.VV. *Exclusionary Rules in Comparative Law, Ius Gentium. Comparative perspectives on Law and Justice*, Volume 20, Springer, 2013
- RAMOS, Vânia Costa, “Novos problemas em matéria de proibições de prova – a dimensão internacional – regras de exclusão da prova obtida em violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in AA. VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017
- RAMOS, Vânia Costa, Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação – subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Diretiva com uma perspetiva portuguesa, in Anatomia do Crime, n.º 7, 2018
- ROBERTSON, Roland, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London: Sages Publications, 2000

RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da, *Para uma política criminal europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A harmonização e a emergência de uma política criminal europeia: o perigo da deriva securitária e a necessidade de definição de supostos básicos de uma política criminal europeia”, in *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Criminalidade organizada – que política criminal?”, in RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga, “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, in MULAS, Nieves Sanz (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: Editorial Comares, 2006

RUGGERI, Stefano, “Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues”, in AA.VV., *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and new challenges for Human Rights-oriented criminal investigations in cross-border cases*, Springer, 2012

SHELLEY, Louise, Transnational organized crime: the new authoritarianism, *apud* ROTMAN, Edgardo, The Globalization of Criminal Violence, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 10, Fall 2000, Issue 1, 2000, p. 9, consulta disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu>

SILVA, Ana Paula Gonzatti da, A Decisão Europeia de Investigação em matéria penal: uma breve análise, Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 28º, n.º 3, setembro-dezembro 2018

SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal II*, 3ª edição, Lisboa: Verbo, 2011

- TEIXEIRA, António Manuel de Jesus, *Os Limites do Efeito-à-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014
- TORRÃO, Fernando, Direito Penal, globalização e pós-modernidade — desconstrução do paradigma liberal?, in BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro & PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (org.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2014
- TRIUNFANTE, Luís Lemos de, Admissibilidade e validade da prova na Decisão Europeia de Investigação, *Revista Julgar Online*, abril de 2018, disponível na página eletrónica <<http://julgar.pt/admissibilidade-e-validade-da-prova-na-decisao-europeia-de-investigacao/>>
- TRIUNFANTE, Luís Lemos de, *Manual de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2018
- TURNER, Jenia Iontcheva & WEIGEND, Thomas, “The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview”, in AA.VV., *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, volume 74, Springer Open, 2019
- WINTER, Lorena Bachmaier, *European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for European Directive*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2010, consulta disponível em https://zis-online.com/dat/artikel/2010_9_490.pdf
- WINTER, Lorena Bachmaier, *La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación*, in *Deloitte* n. 72, 2013. Consulta disponível em: http://www.ciss.es/publico/deloitte/2013_72_A_046.pdf

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do STJ de 12.11.2015
- Acórdão do TC n.º 198/2004, de 24.03.2004
- Acórdão do TEDH *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 09 de junho de 1998
- Acórdão do TEDH, *Bykov v. Russia* [GC], 10.03.2009
- Acórdão do TEDH, *El Haski v. Belgium*, 25.09.2012
- Acórdão do TEDH, *Gäfgen v. Germany* [GC], 01.06.2010
- Acórdão do TEDH, *Ibrahim and Others v. United Kingdom* [GC], 13.09.2016
- Acórdão do TEDH, *Jalloh v. Germany* [GC], 11.07.2006
- Acórdão do TEDH, *Salduz v. Turkey* [GC], 27.11.2008
- Acórdão do TEDH, *Saunders v. United Kingdom* [GC], 17.12.1996
- Acórdão do TEDH, *Schenk v. Switzerland* [plenary], 12.08.1988
- Acórdão do TEDH, *Stokjovic c. France et Belgique*, 27.10.2011
- Acórdão do TEDH, *Yaremenko v. Ukraine (no. 2)*, 30.04.2015
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 15 de fevereiro de 2016, processo C-601/15 PPU
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 20 de março de 2018, processo C-524/15
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), *La Quadrature du Net*, de 06 de outubro de 2020, processos apensos C-511/18, C-512/18 e C-520/18
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), *Prokuratuur*, de 02 de março de 2021, processo C-764/18

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 26 de setembro de 2018, processo C-175/17
- Caso *Mapp v. Ohio*, em 1961
- Caso *Nardone v. United States*, 1939
- Caso *Nix v. Williams*, de 1984
- Caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 1920