



CARLOS PINTO DE ABREU
E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

A prova obtida em contexto transnacional: validade, limites e novos desafios – o caso da UE



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

CES – 08/09/2017

Vânia Costa Ramos

vaniacostaramos@carlospintodeabreu.com



CIDPCC
Centro de Investigação
em Direito Penal e Ciências Criminais

*I*nstituto
*D*ireito
*P*enal
e Ciências
*C*riminais





Sumário da Aula

- 1. O enquadramento da obtenção de prova penal em contexto transnacional na UE**
- 2. O processo penal a partir de uma perspectiva europeia**
- 3. A decisão europeia de investigação em especial**
- 4. Problemas de (proibição de) valoração da prova obtida em contexto transnacional na UE**





PARTE I – O ENQUADRAMENTO DA OBTENÇÃO DE PROVA PENAL EM CONTEXTO TRANSNACIONAL NA UE





Enquadramento normativo da cooperação penal na UE – auxílio judiciário “clássico”

Normativos aplicáveis – União Europeia (AJM)

- **Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen**
- **Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia (aberta à assinatura em 29-05-2000)**
- **Protocolo da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, elaborado pelo Conselho nos termos do artigo 34.º do Tratado da União Europeia (assinado em 16-10-2001)**

Normativos aplicáveis – Conselho da Europa (AJM)

- **Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 1959 (n.º 030)**
- **Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 1978 (n.º 099)**
- **Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 2001 (n.º 182)**
- **Convenção sobre o Cibercrime, de 2001 (n.º 185)**





Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

Auxílio Judiciário

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



Status quo

- **Grande complexidade**
- **Lentidão e ineficiência ?**
- **Problemas relativamente à admissibilidade da prova ?**
- **Problemas relativos ao respeito pelas garantias processuais penais e posição do indivíduo ?**





Normativos aplicáveis – União Europeia (RM) – depois de “22.05.2017”

- **Directiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3.04.2014 (*decisão europeia de investigação – DEI*) – Lei 88/2017**
- **Art. 29.º da DQ 2002/584/JAI do Conselho, de 13.06.2002 (MDE) – Lei 65/2003**

Normativos aplicáveis – União Europeia (RM) – antes de “22.05.2017”

- **DQ 2003/577/JAI do Conselho, de 22.07.2003 (*freezing order*) – Lei 25/2009**

Outros

- X DQ 2008/978/JAI do Conselho, de 18.12.2008 (MEOP) – cf. Reg. (UE) 2016/95 do PE e do Cons. 20.01.2016 que revoga certos atos no domínio da cooperação policial e da cooperação judiciária em matéria penal**
- X Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas**





Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

Atenção!

a partir de 22 de Maio de 2017 – DEI substitui as disposições das Convenções Schengen e de 2000 e Protocolo entre os EM, bem como da Conv de 59 do CoE e protocolos e outras convenções bilaterais (com excepção das que facilitem a cooperação e sejam notificadas e respeitem o nível de garantias da Directiva)

MAS a DEI:

- Não abrange as disposições sobre as EIC (art. 3.º)
- Apenas substitui “as disposições correspondentes” (art. 34.º) e por isso **não inclui:**
 - Observações transfronteiriças (Conv Schengen)
 - Pedidos de Auxílio para outras finalidades que não a obtenção de prova, tais como notificações para comparência ou para dar conhecimento de actos – continuam a aplicar-se a Conv de 2000, Protocolo e Convs CoE



Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

Auxílio Judiciário

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

Reconhecimento Mútuo

- Ausência (parcial) de controlo dupla incriminação
- Rigidez (fundamentos de recusa limitados e tipificados)
- Formulários
- “Ordem”
- Consequências para a violação
- Prazos para execução
- Horizontalidade – cooperação entre actores judiciais



Atenção

- O Reconhecimento Mútuo não é aplicável a “todo o custo”
- As disposições das Directivas ou DQ cedem perante outras obrigações normativas, de direito da UE ou de direito internacional, que sejam prevalecentes
- Em particular – aplicação dos direitos fundamentais da UE no contexto do RM (e eventualmente os nacionais, nos termos referidos infra) – caso *Aranyosi e Căldăraru*, TJUE 05.04.2016, C-404/15 e C-659/15 PPU





Outros Normativos aplicáveis – União Europeia

- **Equipas de Investigação Conjuntas (Conv 2000 – art. 13.º e ss; DQ 2002/465/JAI – Lei 144/99, de 31.08)**
- **Decisão 2008/976/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, sobre a Rede Judiciária Europeia**
- **Decisão Eurojust 2002/187/JAI, alt 2003/659/JAI e 2009/426/JAI; Lei 36/2003**
- **Registo Criminal**
 - **DQ 2009/315/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009 , relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações extraídas do registo criminal entre os Estados-Membros**
 - **Decisão 2009/316/JAI do Conselho, de 6 de Abril de 2009 , relativa à criação do sistema europeu de informação sobre os registos criminais (ECRIS) em aplicação do artigo 11.º da Decisão-Quadro 2009/315/JAI**



Princípio da Disponibilidade

- **Disponibilização obrigatória de informação solicitada pelos agentes de *law enforcement* dos outros EM e da Europol, para efeitos de prevenção, detecção e investigação de infracções penais**
- ***Rede***
- ***Acesso on-line e directo ou hit / no-hit***
- **Motivos de recusa extremamente limitados**

cf. DQ 2006/960/JAI (art. 1.º n.º 4) e Lei 74/2009 (art. 13.º)





Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

- **Intercâmbio “informal”**
 - Troca de informações a nível policial
 - Intercâmbio não documentado
 - Denúncias (CAAS – art. 46.º)
 - Troca de informações com base no princípio da disponibilidade





Síntese dos normativos aplicáveis à obtenção de prova nas relações com países da UE

- **Decisão Europeia de Investigação (também para congelamento provisório de provas) – Lei 88/2017, de 21.08 (Directiva 2014/41/UE (DEI))**
- **Prova Digital – Directiva 2014/41/UE (DEI), mas aplicam-se disposições mais favoráveis à cooperação previstas na Conv Cibercrime e o que não estiver regulado na DEI - Convenção Cibercrime CoE e Lei 109/2009 –**
- **Art. 29.º da DQ sobre o MDE e 32.º da Lei 65/2003, de 23.08**
- **Convenção de 2000 + Protocolo de 2001 para JIT**
- **Convenção Schengen para vigil transf**
- **Lei 37/2015 (arts. 25.º a 35.º) (DQ 2009/315/JAI e Decisão 2009/316/JAI ECRIS)**
- **Lei 144/999, de 31.08 (art. 145.º e ss)**
- **CPP – arts. 229.ºss (e regras do CPP sobre prova)**
- **Lei 36/2003, de 22.08 - Eurojust**
- **Lei 74/2009, de 12.08 – Intercâmbio informações policiais (DQ 2006/960/JAI)**
- **Lei 37/2015, de 05.05– registo criminal**

(legislação especial em matéria de processo penal)



1. Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

- **Tipo de medidas (expressamente previstas)**
 - Congelamento provas
 - Transferência temporária de detidos para efeitos de investigação
 - Audições por videoconferência ou conferência telefónica
 - Entregas vigiadas
 - JIT
 - Investigações encobertas
 - Intercepção de telecomunicações
 - Informações sobre contas e transacções bancárias
 - Controlo de operações bancárias
 - Observações transfronteiriças
 - Protecção de testemunhas (...)





1. Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

Aplicação às infracções administrativas:

- **DEI – art. 4.º, als. b), c) e d)**
 - **MAS - recusa de exec. – art. 11.º, al. c)**
- **Convenção 2000 (art. 3.º), CAAS (cf. o art. 51.º)**





1. Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

Até aqui – cooperação internacional penal – instrumentos para a obtenção de prova

MAS também são aplicáveis:

- **Disposições do direito primário da UE (Tratados – e.g. art. 18 a 21 TFUE; CDFUE – e.g. arts. 3(1), 4, 6 a 8, 19 (2), 45, 47 a 50)**
- **Disposições de direito secundário da UE (sobretudo Directivas)**





1. Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

No âmbito das Directivas – importantes as Directivas dos direitos das vítimas e arguidos:

– ARGUIDO

- DIRECTIVA 2010/64/UE - DIREITO A INTERPRETAÇÃO E TRADUÇÃO
- DIRECTIVA 2012-13-UE - DIREITO À INFORMAÇÃO E ACESSO AOS AUTOS
- DIRECTIVA 2013-48-UE - ACESSO AO ADVOGADO
- DIRECTIVA 2016-343 - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITO A ESTAR PRESENTE EM JULGAMENTO
- DIRECTIVA 2016-800-UE - DIREITOS DAS CRIANÇAS ACUSADAS
- DIRECTIVA 2016-1919 - DIREITO AO APOIO JUDICIÁRIO - ARGUIDOS

– VÍTIMA

- DIRECTIVA 2011/99/UE – ORDEM EUROPEIA DE PROTECÇÃO
- DIRECTIVA 2012/29/UE – DIREITOS DAS VÍTIMAS NA UE





1. Enquadramento normativo da obtenção transnacional de prova

Nova perspectiva – relevância ainda em aberto e implicações totais ainda por determinar – protecção de dados pessoais

- Directiva 2016/680/UE relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho
- E normas gerais de Protecção de Dados na UE e normas de transposição internas (cf. caso *Digital Rights Ireland* C-293/12 e C-594/12; *Tele2 Sverige AB* C-203/15 e C-698/15)





PARTE II – O PROCESSO PENAL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA EUROPEIA





- UE pode ser descrita como um sistema político federal (que não uma federação) com características próprias, onde a prossecução penal é feita de forma descentralizada pelas autoridades dos EM
- Cooperação penal na UE ≠ DIP
- UE = Espaço de Livre Circulação – de bens, pessoas, direitos e decisões ou “produtos” judiciais e policiais em matéria penal
- UE = Espaço onde os direitos individuais têm natureza transfronteiriça ou interjurisdicional
- UE = espaço onde a protecção dos direitos individuais tem uma natureza multi-nível



Implicações desta natureza?

- Aplicação concomitante de instrumentos nacionais e da UE
 - Emissão de pedidos - A cooperação penal é só uma forma de estender a eficácia de decisões internas que **pressupõe validade ao abrigo do direito interno, bem como da UE** (ex.º caso Bob-Dogi, TJUE 01.06.2016, proc. n.º C241/15)
 - Recepção de pedidos – obrigação de cooperar, mas dentro **dos limites do direito UE e interno**
- **Necessidade de** “trabalhar **em conjunto**” e compreender as diferenças



Implicações desta natureza? (2)

- O facto de a sociedade e o processo penal **já não terem fronteiras**, sobretudo na UE, implica que
 - não só a acção penal tenha de ser pensada e exercida sem a barreira da fronteira (ex.º dos paradeiros ou prova localizada o estrangeiro e pressupostos internos para emissão de DEI)
 - mas também os direitos tenham vigência transfronteiras (ex.º da emissão de pedidos de participação dos sujeitos processuais; acesso ao advogado)



Implicações desta natureza? (3)

- O facto de existir uma protecção multi-nível dos direitos implica em regra o controlo da validade de actos e utilização de prova:
 - em aplicação do direito UE (que remete também para CEDH)
 - em aplicação do direito interno, salvo excepções (em matéria de prova a meu ver quase inexistentes – parece haver uma regra de prova em matéria de perícia em entregas controladas – sem prejuízo de apreciação caso a caso e de alteração nesta matéria)





Implicações desta natureza? (4)

- Complexidade acrescida a requerer
 - Estudo do direito UE (que está em desenvolvimento)
 - Conhecimento de línguas estrangeiras
 - Contactos pessoais e directos com congéneres
 - Desenho de estratégias de investigação e defesa a nível transfronteiriço
 - Especialização
- Essencial a utilização de mecanismos ou colegas “facilitadores”



Alguns elementos importantes:

- Pressupostos de Aplicação do Direito UE nos procedimentos a nível nacional (Tratados e Directivas)
- Pressupostos de reenvio prejudicial
- Protecção Multinível de Direitos Fundamentais – âmbito de Aplicabilidade da CDFUE - art. 51 (1) – caso *eg.* caso *Melloni*, TJUE, 26.12.2013, C-399/11)
- Aplicação das Liberdades Fundamentais dos Tratados e dos direitos de cidadania UE – Validade e Interpretação Conforme (*ex* caso *Petruhin*, TJUE, 06.09.2016, C-182/15)



Pressupostos de Aplicação do Direito UE (sem Regulamentos) nos procedimentos a nível nacional

- **Obrigaçãõ de interpretação conforme** (efeito indirecto)– ao interpretar uma norma interna que interfira com o normativo estabelecido no direito UE, o intérprete é obrigado a escolher o resultado interpretativo que dê execução às obrigações constantes do direito UE

cf. arts. 4.º, n.º 3, do TUE, e 288.º do TFUE; caso *Von Colson*, TJUE, 10.04.84, 14/83; caso *Marleasing*, 13.11.90, C-106/89; caso *Pupino*, de 16.06.2005, C-105/03, etc.

- **Obrigaçãõ de aplicação directa (efeito directo)**
 - A norma em causa conferir direitos e o conteúdo da norma ser suficientemente claro, preciso e incondicional, sendo desnecessária a prática de qualquer acto de transposição, quer pelos Estados-Membros, quer pelas instituições da União;
 - Já ter decorrido o prazo de transposição (**no caso das Directivas – só efeito vertical – direitos dos cidadãos**)

Cf. art. 288.º do TFUE e acórdãos *Van Gend en Loos*, de 05.02.1963, caso 26/62; *Van Duyn*, de 04.12.74, caso 41/74



- **Obrigação (para tribunais de última instância) ou faculdade (para tribunais de cuja decisão caiba recurso interno) de reenvio prejudicial** para o Tribunal de Justiça da União Europeia, sempre que:
 - Se suscite uma d vida quanto   interpreta o;
 - Essa d vida seja essencial e imprescindível para a decisão, i.e., a sua soluço tenha impacto útil no processo português.
 - A interpreta o não for evidente.
 - A norma em causa conferir direitos e o conteúdo da norma ser suficientemente claro, preciso e incondicional, sendo desnecessária a prática de qualquer acto de transposi o, quer pelos Estados-Membros, quer pelas institui es da União;

(impt para o proc penal – PPU)

Cf art. 267 TFUE e Regulamento de Processo no TJ





- Obrigação de prever um “remédio jurídico efectivo”

- Equivalente
- Efectivo
- Direito a protec o jurisdiccional efectiva

Art. 19(1) TUE – “Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdiccional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.”

Art. 47 CDFUE

Artigo 47.º

Direito   ac o e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ac o perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso   justiça.



Constitucionalismo Multinível

1) A CDFUE é aplicável? Art. 51(1)

Artigo 51.º

Âmbito de aplicação

1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.

2. A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados.

2) O nível de protecção é ≠ da Const nac.?

Artigo 53.º

Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.



Constitucionalismo Multinível

a) O nível de protecção da CDFUE é mais elevado? (nível mínimo = ao da CEDH)

→ aplicação da CDFUE (Melloni §59)

b) O nível de protecção da CDFUE é menos elevado?

→ aplicação das disposições nacionais com nível de protecção mais elevado, desde que “essa aplicação não comprometa [...] o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.” (Melloni §59)

→ porém – se a protecção constitucional nacional fizer parte da identidade constitucional, poderá ser aplicada – art. 4(3) do TUE - cf. acórdão do BVerfG de 15.12.2015 – trials in absentia



PARTE III – A DECISÃO EUROPEIA DE INVESTIGAÇÃO, EM ESPECIAL





A PERSPECTIVA DAS AUTORIDADES PORTUGUESAS COMO AUTORIDADES DE EMISSÃO DA DEI





A perspectiva das autoridades portuguesas como autoridades de emissão da DEI

- 1. Para que posso usar a DEI?**
- 2. Quem pode requerer/emitir?**
- 3. Quando devo usar?**
- 4. O que tenho de acautelar na emissão?**
- 5. Pode ser impugnada?**
- 6. A fase posterior – valoração da prova obtida (remissão)**





Para que posso usar a DEI?

- **Âmbito de aplicação – processo penal e processo administrativo sancionatório** (art. 4 Directiva; 5 Lei 88/2017)
- Para execução de **medidas de investigação/produção de prova com vista à obtenção de prova ou obtenção de prova pré-existente (não para notificações)** (art. 2(1) Directiva; 2(1), 3(e), 4(3) Lei 88/2017)
- **Tipo de medidas – todas** (excepto JIT – art. 3 Directiva; 4 Lei 88/2017)
 - Transferência temporária de detidos para efeitos de investigação
 - Audições por videoconferência ou conferência telefónica
 - Entregas vigiadas
 - Investigações encobertas
 - Intercepção de telecomunicações
 - Informações sobre contas e transacções bancárias
 - Controlo de operações bancárias
 - Protecção de testemunhas (...)





Para que posso usar a DEI?

- **Elenco não é taxativo – desde que a medida esteja prevista no direito interno pode ser solicitada.**
- **Porém, EM só estão obrigados a prever as medidas incluídas no art. 10 (2) Directiva (cf. 21(2) Lei 88/2017:**
 - a) Obtenção de informações ou de elementos de prova que já estejam na posse da autoridade de execução e, de acordo com o direito do Estado de execução, fossem suscetíveis de ter sido obtidos no âmbito de processos penais ou para efeitos da DEI;
 - b) Obtenção de informações contidas nas bases de dados detidas pelas entidades policiais ou pelas autoridades judiciárias e às quais a autoridade de execução pode ter acesso direto no âmbito de processos penais;
 - c) Audição de testemunhas, peritos, vítimas, suspeitos ou arguidos, ou terceiros, no Estado de execução;
 - d) Medidas de investigação não intrusivas previstas na lei do Estado de execução;
 - e) Identificação de pessoas que tenham uma assinatura de um número de telefone ou um endereço IP específicos.





Quem pode requerer/emitir?

- **Quem pode requerer ?**
 - Todos os que nos termos do direito interno estão legitimados a requerer a produção de prova, aí se incluindo o arguido e seu advogado (art. 1(3) Directiva; art. 12(4) Lei 88/2017)
 - Em Portugal – pode ser requerida pelo arguido/defensor e pelo assistente/advogado do assistente; demandante e demandado [não está tipificado na Directiva....] (art. art. 12(4) Lei 88/2017)





Quem pode requerer/emitir?

- **Quem pode emitir em PT?**

- A competência para a determinação da prática de um acto processual não vem definida na Directiva – está definida na lei interna de cada EM e pode ou não coincidir com a competência para emitir a DEI
- A emissão da DEI em PT é da competência das mesmas entidades determinadas no CPP para a prática dos actos internamente – porém no caso das autoridades administrativas tem de ser validada pela autoridade judiciária (MP) do tribunal competente para conhecer da impugnação da CO
- Autoridades policias com competência em matéria criminal – não podem emitir DEI mas podem promover a emissão [nos outros EM pode ser diferente]
- MN Eurojust tb – nas condições previstas no art. 8º. da Lei 36/2003

– Arts. 1, 2 (c) Directiva; 2, 3 (c), 12, 1 a 3, 5 e 6 Lei 88/2017.



Quando devo usar?

- **Sempre que necessitar de obter prova localizada noutro EM da UE, salvo quando a investigação seja de criminalidade verdadeiramente transnacional e requeira uma coordenação em tempo real e intensiva das autoridades de outros EM, nomeadamente a intervenção de mais de 2 EM – caso em que deve ser usada a JIT**





Quando devo usar?

- **O critério de relevância probatória deve ser exactamente o mesmo que utilizaríamos caso a prova estivesse localizada em PT – abstrair da existência de uma fronteira**

ou seja – não pode deixar de recolher-se prova só porque está fora de PT – pode consubstanciar: i) violação de princípio da legalidade da investigação; ii) direitos dos sujeitos processuais (arguido e vítima); iii) não efectividade da prossecução penal (pode consubstanciar violação de vários normativos nacionais e internacionais)

VCR - Inaplicabilidade do art. 230(2) do CPP e 152(7) da Lei 144/99, de 31.08 quanto ao critério da essencialidade para acusação ou defesa – o critério é o mesmo que se usaria para a prova a nível interno





O que tenho de acautelar na emissão?

- **O acto tem de ser válido ao abrigo do DPP interno:**
 - Entidade com competência para ordenar o acto
 - Respeito dos procedimentos formais para o efeito
 - Respeito dos pressupostos materiais para ordenar o acto aferido caso a caso (relevância para a prova – várias intensidades; proporcionalidade em sentido amplo; admissibilidade da medida no caso)
- **O acto tem de ser válido ao abrigo do direito UE**
 - Directiva 2014/41/UE
 - Tratados e CDFUE e Directivas dos Direitos

cf. Art. 1 (4) e 6(1) e (2) Directiva e todo o regime da Directiva; 2(2), 11(1) e (2)





O que tenho de acautelar na emissão?

- **Requerer a execução de formalidades essenciais à validade da prova**
- **Atenção: “se for caso disso” (11(3) Lei 88/2017) → não significa “se a AEmi entender adequado ou conveniente” mas antes “se for uma condição para a validade ou eficácia da prova”**
- Ex. presença/participação do advogado do arguido (garantias de contraditório); advertências a arguido ou testemunhas; formalidades do reconhecimento ou interceptação de comunicações; etc.)
 - Arts. 9 (2) Directiva; 11(3) Lei 88/2017





O que tenho de acautelar na emissão?

- **Garantir que a AExe vai compreender:**
 - **O que é solicitado**
 - **Porque é solicitado** (explicação sintética do objecto da investigação ou processo, da relevância para prova e da necessidade, adequação e proporcionalidade e porque não pode ser usado meio diferente ou menos intrusivo)
- **Se forem requeridas formalidades da Lei portuguesa é ainda mais essencial a explicação e deverá ponderar-se o contacto directo (telefone) com a AExe, a utilização de entidades facilitadoras (RJE, Pontos de Contacto, Eurojust) para garantir a execução adequada**
- **Se a importância do caso o justificar – poderá ser solicitada a deslocação ao EM de Execução das autoridades PT (art. 9(4) Directiva; 15 Lei 88/2017)**
- **Essencial – Tradução de QUALIDADE**





Pode ser impugnada? (emissão)

- **Quem possa impugnar o acto a nível interno (14(1) Directiva)**
- **Obrigaçãõ de informar direitos de impugnação (14(3) Directiva)**
- **Meios de impugnação determinados a nível interno (problema na fase de inquérito) mas têm de ser efectivos (art. 19(1) TUE e 47 CDFUE e 14 (3) e (4) Directiva)**
- **No EEmis pode ser impugnado**
 - “Fundamentos materiais” relativos à emissão (relevância probatória e preenchimento dos pressupostos para emissão) - (14(1) Directiva)
 - Cumprimento das normas da Directiva no EEmis e Eexec (probs)
 - Cumprimento das normas internas no EEmis e Eexec (probs)





Pode ser impugnada? ar? (emissão)

Em PT

- **Sujeitos Processuais nos termos do CPP** (cf. art. 45(1) e (2) Lei 88/2017)
- **Terceiros afectados** (CPP e leis especiais – ex – 178(7) CPP)
- **Obrigaçãõ de informar direitos de impugnaçãõ** (45(5) Lei 88/2017; atençãõ à informaçãõ sobre o prazo)





Pode ser impugnada? (emissão)

Quais os meios?

- **Fase de Julgamento** – recurso (399 e ss CPP)
- **Fase de instrução** – reclamação (291(2) CPP); sindicatar validade em fase de julgamento proibições de prova (art. 310(2) CPP)
- **Fase de inquérito**
 - **Actos do JIC** – recurso (399 e ss CPP)
 - **Actos do MP** – reclamação para JIC se afectarem DLGs (art. 268 (1) (f) e 32(4) CRP); senão, só sindicáveis na fase de instrução ou julgamento

atenção à obrigação de garantir a efectividade !!! Se o atraso resulta em não haver efectividade na protecção dos direitos possivelmente poderá afectar validade da prova



A PERSPECTIVA DAS AUTORIDADES PORTUGUESAS COMO AUTORIDADES DE EXECUÇÃO DA DEI





A perspectiva das autoridades portuguesas como autoridades de execução da DEI

- 1. Quando posso ser autoridade de execução da DEI?**
- 2. O que tenho de verificar?**
- 3. A transferência dos meios de prova e os meios de impugnação**





Quando posso ser autoridade de execução da DEI?

Competência para o reconhecimento

- 1. Para prova pré-existente – autoridade judiciária titular do processo em causa – art. 19(6) Lei 88/2017**
- 2. Autoridades judiciárias nacionais com competência para ordenar o acto em PT** (MP, JIC ou Juízo Local Criminal consoante a fase de processo e tipo de acto) – art. 19(1) Lei 88/2017
- 3. Territorial 19(2) Lei 88/2017**
 - Domicílio da pessoa singular ou colectiva se para audição
 - Local da execução da medida
 - Dispersão territorial
 - Fase de julgamento – 1.º juízo local a receber se na mesma comarca – 19(4) Lei 88/2017; comarcas diferentes do mesmo distrito – juízo local da sede do TR – 19(5) (d) Lei 88/2017; comarcas diferentes distritos diferentes – TRL – 19(5)(c) Lei 88/2017
 - Fase de inquérito ou instrução – DCIAP (ou TCIC) – 19(5)(a) Lei 88/2017; DIAP distrital (19(5)(b) Lei 88/2017)

(competência dos TR ou STJ?)



Quando posso ser autoridade de execução da DEI?

4. **Processos CO – MP do tribunal competente para impugnação de COs reconhece; execução por AAdm– art. 19(6) Lei 88/2017**
5. **MN Eurojust** (art. 19(10) Lei 88/2017; art. 8(3) e (4) Lei 36/2003)

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

a não ser que a AEmi tenha pedido a execução por autoridade ≠ e tal não prejudique os pcps fundamentais do Dto Português, designadamente “respeitem os pressupostos e requisitos do direito nacional em matéria de prova no âmbito de processos nacionais semelhantes” – art. 9(2) Directiva; 18(2) parte final Lei 88/2017



O que tenho de verificar?

- 1. Regularidade formal e substancial, sem incluir os fundamentos materiais para emissão** (arts. 5, 6 (2), 9(1) primeira parte, (3), Directiva; 20 (1) a 4) Lei 88/2017 + específicos) – atenção à verificação da proporcionalidade e legalidade no Estado de execução nos termos do art. 6(2) da Directiva – não está na lei mas é imposta pelos direitos fundamentais... parece-me que estes podem invocar directamente !
- 2. Motivos de recusa** (arts. 11 Directiva; 22 Lei 88/2017 + específicos)
- 3. Motivos de adiamento** (arts. 15 Directiva; 24 Lei 88/2017 + específicos)
- 4. Medidas alternativas** (arts. 10 Directiva; 21 Lei 88/2017 + específicos)
 - Por não existirem (ou não existirem num processo semelhante) – só para medidas não previstas no art. 10(2) Directiva)
 - Por poder-se chegar a outro resultado com medida menos intrusivo



Pode ser impugnada? (Execução)

- **Quem possa impugnar o acto a nível interno (14(1) Directiva)**
- **Obrigaçãõ de informar direitos de impugnação (14(3) Directiva)**
- **Meios de impugnação determinados a nível interno (problema actos de inquérito) mas têm de ser efectivos (art. 19(1) TUE e 47 CDFUE e 14 (3) e (4) Directiva)**
- **No Exec pode ser impugnado**
 - Tudo o que não sejam “Fundamentos materiais” relativos à emissão (relevância probatória e preenchimento dos pressupostos para emissão) - (14(1) Directiva)
 - Cumprimento das normas da Directiva no EEMis e Eexec (probs)
 - Cumprimento das normas internas no EEMis e Eexec (probs)

Pode ser impugnada? (execução)



Em PT

- **Sujeitos Processuais nos termos do CPP** (cf. art. 45(1) e (4) Lei 88/2017)
- **Terceiros afectados** (CPP e leis especiais – ex – 178(7) CPP)
- **Obrigaçãõ de informar direitos de impugnaçãõ** (45(5) Lei 88/2017; atençãõ à informaçãõ sobre o prazo)





Pode ser impugnada? (Execução)

Quais os meios?

- **Fase de Julgamento** – recurso (399 e ss CPP)
- **Fase de instrução** – reclamação (291(2) CPP); sindicatar validade em fase de julgamento proibições de prova (art. 310(2) CPP)
- **Fase de inquérito**
 - **Actos do JIC** – recurso (399 e ss CPP)
 - **Actos do MP** – reclamação para JIC se afectarem DLGs (art. 268(1) (f) e 32(4) CRP); senão, só sindicáveis na fase de instrução ou julgamento

atenção à obrigação de garantir a efectividade !!! Se o atraso resulta em não haver efectividade na protecção dos direitos possivelmente poderá afectar validade da prova



A transferência dos meios de prova e os meios de impugnação

Efeitos da Impugnação

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

VCR – deve haver efeito suspensivo no caso de proibições de prova já que a sua efectividade caso declaradas não será necessariamente garantida pelo EExec (art. 14(7) Directiva; 45(4) Lei 88/2017)



PARTE IV – PROBLEMAS DE (PROIBIÇÃO DE) VALORAÇÃO DA PROVA OBTIDA EM CONTEXTO TRANSNACIONAL NA UE





Questão prévia de delimitação

Regras de exclusão intrínsecas

VS

Regras de exclusão extrínsecas





2.1.1. Problemas de valoração da prova obtida em contexto transnacional à luz do direito supranacional

Existem disposições normativas sobre a (proibição) de valoração de prova a nível supranacional?

2 tipos:

- proibições supranacionais – verificam-se independentemente de a prova ser recolhida transnacionalmente
- proibições decorrentes de transnacionalidade





2.1.1. Problemas de valoração da prova obtida em contexto transnacional à luz do direito supranacional

- proibições supranacionais

- CEDH 6.º e

- Art. 3.º (*Jalloh v. Germany*, 54810/00; *Gäfgen v. Germany* - 22978/05)
- Art. 6.º (*Salduz v. Turkey*, 36391/02; *Saunders v. U.K.*, 19187/91; *Chambaz c. Suisse*, 11663/04)

X Art. 8.º (*Bykov v. Russia*, 4378/02)

- CDFUE ?

- Directivas dos direitos (2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, Pol) ?

- Disposições sobre protecção de dados?





TEDH – o tribunal do *forum* tem sempre de apreciar a validade da prova em face das proibições da CEDH, independentemente do local onde foi recolhida e de quem a recolheu – ex.ºs:

- Stojkovic c. France et Belgique, 27.10.2011, proc. n.º 25303/08, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107177> (prova obtida em violação do art. 6.º - acesso ao advogado)

- El Haski v. Belgium, 25.09.2012, proc. n.º 649/08, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113445> (prova obtida em violação do art. 3.º)





2.1.1. Problemas de valoração da prova obtida em contexto transnacional à luz do direito supranacional

- Proibições decorrentes de transnacionalidade
 - DEI (art. 14 (7)?, 19 e 20)
 - EICs (Conv 2000 – art. 13.º; cf. 145.º-A(7)LCJMP)
 - DQ 2006/960/JAI (art. 1.º, n.º 4)
 - Disposições sobre protecção de dados transnacionais?
 - Conv CoE 073 (art. 26.º; cf. art. 85.º LCJMP)



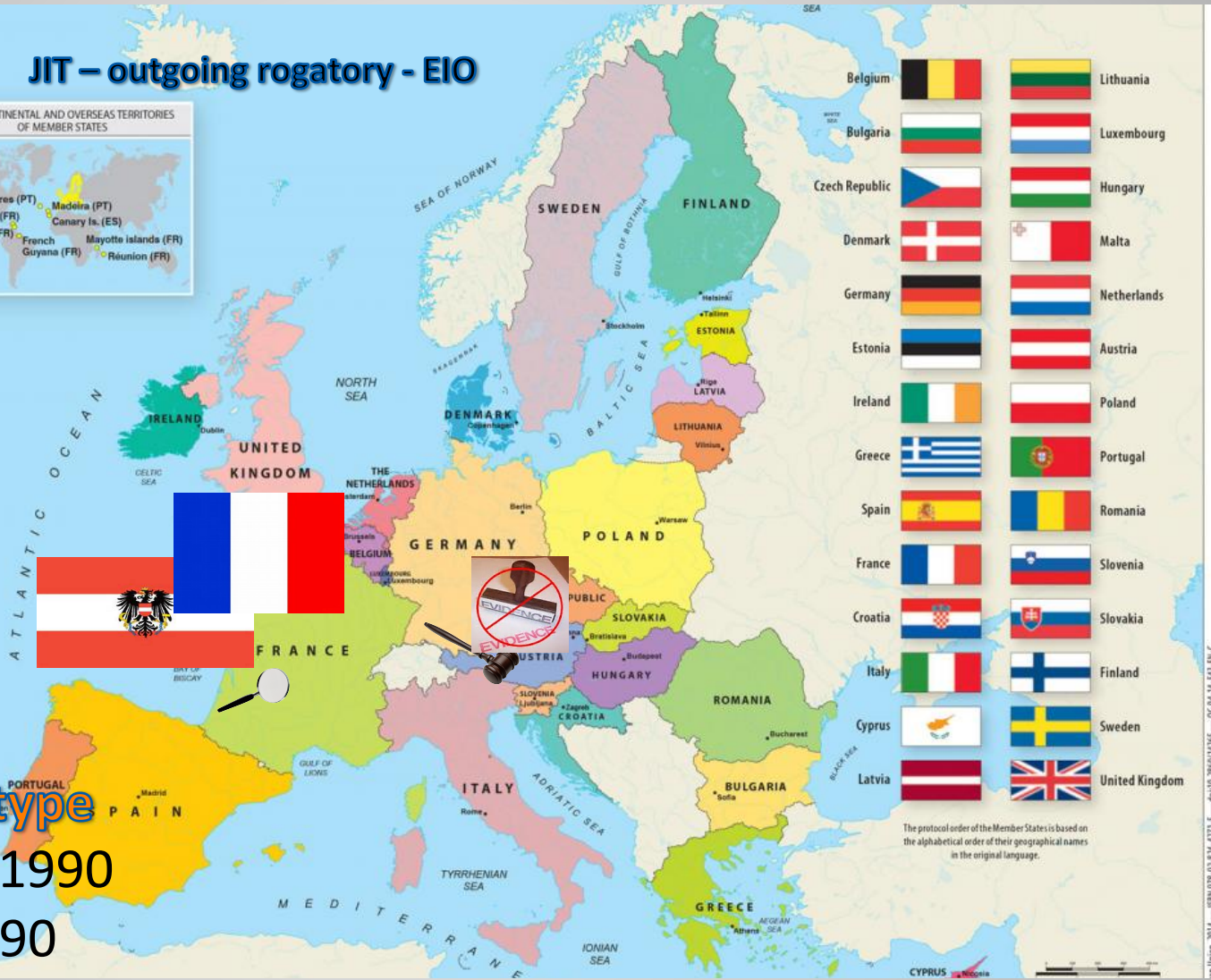


2.2.1.... na perspectiva comparada - Áustria

JIT – outgoing rogatory - EIO



Rue de la Loi/Wetstraat 175
1048 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Tel. +32 (0)2 281 61 11
www.consilium.europa.eu



Conflict C type
OGH 25.06.1990
110s28/90

The protocol order of the Member States is based on the alphabetical order of their geographical names in the origin language.

van Union, 2014 — ISBN 978-92-824-4271-5 — doi:10.28607/14285 — QC-04-14-543-01-C



2.2.1.... na perspectiva comparada - Áustria

hot pursuit

NON-CONTINENTAL AND OVERSEAS TERRITORIES OF MEMBER STATES

Belgium		Lithuania	
Bulgaria		Luxembourg	
Czech Republic		Hungary	
Denmark		Malta	
Germany		Netherlands	
Estonia		Austria	
Ireland		Poland	
Greece		Portugal	
Spain		Romania	
France		Slovenia	
Croatia		Slovakia	
Italy		Finland	
Cyprus		Sweden	
Latvia		United Kingdom	

The protocol order of the Member States is based on the alphabetical order of their geographical names in the origin language.

Conflict H type:
 OGH 25.05.2004,
 140s47/04

Council of the European Union

Rue de la Loi/Wetstraat 175
 1048 Bruxelles/Brussel
 BELGIQUE/BELGIË
 Tel. +32 (0)2 281 61 11
www.consilium.europa.eu



2.2.2.... na perspectiva comparada – França

Already available

NON-CONTINENTAL AND OVERSEAS TERRITORIES OF MEMBER STATES

Azores (PT) Madeira (PT)
 Guadeloupe (FR) Canary Is. (ES)
 Martinique (FR) French Guyana (FR) Mayotte Islands (FR)
 Réunion (FR)

Council of the European Union

Rue de la Loi/Wetstraat 175
 1048 Bruxelles/Brussel
 BELGIQUE/BELGIË
 Tel. +32 (0)2 281 61 11
www.consilium.europa.eu

Cass. Ch. Cr.

31.05.2012

Belgium			Lithuania
Bulgaria			Luxembourg
Czech Republic			Hungary
Denmark			Malta
Germany			Netherlands
Estonia			Austria
Ireland			Poland
Greece			Portugal
Spain			Romania
France			Slovenia
Croatia			Slovakia
Italy			Finland
Cyprus			Sweden
Latvia			United Kingdom

The protocol order of the Member States is based on the alphabetical order of their geographical names in the origin language.

eur Union, 2014 — ISBN 978-92-824-4271-5 — doi:10.2866/14385 — QC-04-14-543-EN-C



2.2.2.... na perspectiva comparada – França – caso Stojkovic

outgoing rogatory

NON-CONTIGUOUS AND OVERSEAS TERRITORIES OF MEMBER STATES

- Azores (PT)
- Guadeloupe (FR)
- Martinique (FR)
- French Guyana (FR)
- Reunion (FR)
- Madeira (PT)
- Canary Is. (ES)
- Mayotte Islands (FR)

Council of the European Union

Rue de la Loi/Wetstraat 175
1048 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Tel. +32 (0)2 281 61 11
www.consilium.europa.eu

EU Member States (Geographical Order):

- Belgium
- Bulgaria
- Czech Republic
- Denmark
- Germany
- Estonia
- Ireland
- Greece
- Spain
- France
- Croatia
- Italy
- Cyprus
- Latvia
- Lithuania
- Luxembourg
- Hungary
- Malta
- Netherlands
- Austria
- Poland
- Portugal
- Romania
- Slovenia
- Slovakia
- Finland
- Sweden
- United Kingdom

Stamp: NO EVIDENCE

Text: The protocol order of the Member States is based on the alphabetical order of their geographical names in the original language.



2.3.... na perspectiva da ordem jurídica interna portuguesa – caso *Freeport*

gravações ilícitas por privados + prova derivada + rogatoria



Rue de la Loi/Wetstraat 175
1048 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Tel. +32 (0)2 281 61 11
www.consilium.europa.eu



The protocol order of the Member States is based on the alphabetical order of their geographical names in the original language.

European Union, 2014 — ISBN 978-92-824-4271-5 — doi:10.2866/74285 — QC-04-14-543-EN-C

- **Exemplos (cf. VCR; RPCC 4/2013)**

Acórdão do STJ, de 10.07.1996, Proc. n.º 048675, Relator Lopes Rocha (www.dgsi.pt), pontos V e VII

Acórdão do TRP, de 19.09.2007 Proc. 0712685, Relator António Eleutério (www.dgsi.pt)

Acórdão do TRC, de 06.07.2011, Proc. 2157/04.2PCCBR.C1, Relator José Eduardo Martins (www.dgsi.pt).

Acórdão do TRP, de 22.03.2006, Proc. 0544312, Relator António Gama (www.dgsi.pt).

Acórdão do TRL, de 25.11.1998, Proc. 0061363, Relator Santos Carvalho (www.dgsi.pt)

Acórdão do TRC, de 02.03.2005, Proc. n.º 3756/04, Relator Belmiro Andrade (www.dgsi.pt).

Acórdão do TRL, de 04.06.2009, Proc. n.º 1176/03.0TCSNT.L1-8, Relator Ana Luísa Geraldes (www.dgsi.pt).

Acórdão do TRL de 13.07.2010, Proc. 712/00.9JFLSB.L1-5, Relator Carlos Espírito Santo (www.dgsi.pt).

Acórdão do TRG, de 15.12.2016, Proc. 376/11.4TACHV.G1. Relator Ausenda Gonçalves (www.dgsi.pt)



3. Conclusão - Problemas de valoração da prova obtida em contexto transnacional

Princípios fundamentais que regem a obtenção e utilização de prova transnacional (ensaio)

- Só pode solicitar-se de outro Estado a prova cuja obtenção em Portugal seria admissível (proibição de fraude à lei)
- Em todos os pedidos deve ser solicitado o cumprimento de formalidades essenciais à validade da prova (ex.^o formalidades da constituição de arguido, informação sobre direitos de recusa a testemunhar, intervenção judicial para intercepção de comunicações, direitos de participação dos sujeitos processuais, etc.)
- A prova obtida, a pedido ou espontaneamente, só pode ser utilizada se não violar proibições de prova de natureza constitucional da ordem jurídica portuguesa ou do Estado da obtenção, ou supranacionais [problema do sistema multinível da UE]
- *No evidence laundering*





Obrigada pela atenção!

Dúvidas, questões ou comentários:
vaniacostaramos@carlospintodeabreu.com

