Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 29 de abril de 2021 [1]

Processo C-852/19

Spetsializirana prokuratura
contra
Ivan Gavanozov

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial, Bulgária)]

«Reenvio prejudicial — Cooperação judiciária em matéria penal — Diretiva 2014/41/UE — Decisão europeia de investigação — Realização de buscas no estabelecimento comercial e no domicílio de uma pessoa e apreensão de determinados bens — Inquirição da pessoa em causa como testemunha — Inexistência de vias de recurso no Estado-Membro de emissão — Cooperação leal — Confiança mútua»

I. Introdução

1. Ivan Gavanozov é objeto de uma ação penal na Bulgária por infrações em matéria de imposto sobre o valor acrescentado (IVA). Tais infrações foram alegadamente cometidas por intermédio da participação de sociedades de fachada, incluindo uma sociedade com sede na República Checa e a sua representante, chamada a depor na qualidade de testemunha no processo penal.

2. O Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial, Bulgária), órgão jurisdicional de reenvio no processo principal, decidiu proceder a buscas no estabelecimento da sociedade checa, a buscas no domicílio da testemunha, à apreensão de determinados documentos, se forem encontrados, e à audição da testemunha por videoconferência. Uma vez que estas provas devem ser obtidas na República Checa, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário emitir uma decisão europeia de investigação (DEI).

3. No entanto, a legislação búlgara não prevê a possibilidade de recurso quer contra a medida de investigação nacional, quer contra uma DEI emitida com base nesta. Uma vez que a ordem jurídica nacional não prevê uma tutela jurisdicional efetiva para contestar a legalidade das buscas e das apreensões efetuadas, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») considerou que este Estado-Membro violou repetidamente as normas mínimas ao abrigo do artigo 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»). Neste contexto, a

[1] Língua original: inglês.

inexistência de *quaisquer* vias de recurso no Estado-Membro *de emissão* é compatível com a Diretiva 2014/41/UE relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal [2] e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»)?

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

4. O considerando 22 da Diretiva 2014/41 dispõe que «[a]s 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 […]».

5. O artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/41 prevê:

«A presente diretiva não tem por efeito alterar a obrigação de respeitar os direitos e os princípios jurídicos fundamentais consagrados no artigo 6.º TUE, incluindo os direitos de defesa das pessoas sujeitas a ação penal, nem prejudica quaisquer obrigações que nesta matéria incumbam às autoridades judiciárias.»

6. O artigo 11.º enumera os motivos de não reconhecimento ou não execução de uma DEI. O seu n.º 1, alínea f), prevê que o reconhecimento ou a execução podem ser recusados «[s]e 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 6.º do TUE e da Carta».

7. O artigo 14.º da mesma diretiva, que faz parte doo capítulo III «Procedimentos e garantias no Estado de execução», tem a epígrafe «Vias de recurso» e a seguinte redação:

«1. Os Estados-Membros asseguram que sejam aplicáveis às medidas de investigação indicadas na DEI vias de recurso equivalentes às existentes em processos nacionais semelhantes.

2. Os fundamentos materiais subjacentes à emissão de uma DEI só podem ser impugnados em ação interposta no Estado de emissão, sem prejuízo das garantias dos direitos fundamentais no Estado de execução.

3. Se tal não comprometer a necessidade de garantir a confidencialidade da investigação, ao abrigo do artigo 19.º, n.º 1, a autoridade de emissão e a autoridade de execução tomam as medidas adequadas para assegurar que seja prestada informação sobre as possibilidades, de interpor recurso existentes ao abrigo da lei nacional, quando forem aplicáveis e em tempo útil para permitir o seu exercício efetivo.

4. Os Estados-Membros asseguram-se de que os prazos para interpor recurso sejam os mesmos que os previstos em processos nacionais semelhantes e sejam aplicados de forma a garantir a possibilidade do exercício efetivo do recurso pelas partes interessadas.

[2] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 (JO 2014, L 130, p. 1).

5. A autoridade de emissão e a autoridade de execução informam-se mutuamente acerca dos recursos interpostos na sequência da emissão, reconhecimento ou execução de uma DEI.

6. A impugnação não suspende a execução da medida de investigação a não ser que tal esteja previsto em processos nacionais semelhantes.

7. Se a impugnação do reconhecimento ou execução de uma DEI for procedente, essa decisão será tida em conta pelo Estado de emissão de acordo com a lei nacional. Sem prejuízo do disposto no direito processual nacional, os Estados-Membros asseguram-se de que, no processo penal no Estado de emissão, quando da avaliação dos elementos de prova obtidos através da DEI, são respeitados os direitos da defesa e a equidade do processo.»

B. Direito búlgaro

8. O artigo 6.º, n.º 1, da Zakon za Evropeyskata zapoved za razsledvane (Lei sobre a Decisão Europeia de Investigação, a seguir «ZEZR») (publicada no DV n.º 16, de 20 de fevereiro de 2018) enuncia as «condições de emissão de uma decisão europeia de investigação»:

«O órgão competente nos termos do artigo 5.º, n.º 1, emite, após apreciação do caso concreto, uma decisão europeia de investigação caso estejam reunidas as seguintes condições:

1. A emissão de uma decisão europeia de investigação seja considerada necessária e adequada do ponto de vista do objetivo do processo-crime, devendo ser ponderados os direitos dos arguidos ou acusados.

2. As medidas de investigação e demais medidas processuais para cujo cumprimento é emitida a decisão europeia de investigação possam ser levadas a cabo, nos termos do direito búlgaro, nas mesmas condições num caso semelhante.»

9. A ZEZR não prevê a possibilidade de impugnação da emissão de uma DEI.

10. O artigo 161.º, n.º 3, do Nakazatelno protsesualen Kodeks (Código de Processo Penal, a seguir «NPK») (publicado no DV n.º 86/05, versão aplicável no momento da decisão de reenvio publicada no DV n.º 83/19) prevê que «no processo judicial, as buscas e apreensões são determinadas por decisão do tribunal em que o processo está pendente».

11. O artigo 341.º, n.º 3, do NPK exclui a possibilidade de recurso de atos que não os taxativamente enumerados. Assim, o NPK não permite que decisões relativas à inquirição de testemunhas ou a buscas e apreensões no domicílio e em estabelecimentos comerciais sejam objeto de recurso.

12. O órgão jurisdicional de reenvio explica ainda que a pessoa afetada pela medida de busca ou apreensão ou pela inquirição da testemunha não pode impugnar a decisão porque não é parte no processo. Refere o artigo 318.º, n.º 1, do NPK, segundo o qual «a instância do tribunal de recurso é iniciada por requerimento do ministério público ou a requerimento das partes». O artigo 253.º do NPK enumera como partes no processo o procurador da República, o arguido e o seu defensor, a acusação particular e o assistente, o autor do pedido civil e o réu do pedido civil.

III. Matéria de facto, tramitação do processo nacional e questões prejudiciais

13. I. Gavanozov é acusado de chefiar uma associação criminosa cujo objetivo era a evasão à liquidação e ao pagamento de imposto sobre o valor acrescentado em grande escala. Neste contexto, uma empresa checa terá alegadamente emitido quatro faturas falsas que não correspondiam a entregas efetivamente realizadas.

14. Na fase instrutória do processo, não foram adotadas quaisquer medidas de investigação para recolha de elementos de prova contra a sociedade checa ou a testemunha que a representa. Apurou-se, no entanto, que I. Gavanozov e a testemunha tinham comunicado entre si por intermédio de um intérprete ou em inglês, dado que nenhum deles dominava a língua materna do outro.

15. Embora a testemunha tenha sido notificada duas vezes, não compareceu, alegando compromissos anteriores. Em vez disso, enviou uma declaração em língua checa afirmando que, devido à barreira linguística, recorrera a um intérprete nas suas relações comerciais com I. Gavanozov. A testemunha não compareceu à audiência que se realizou posteriormente e não indicou quando poderia comparecer.

16. Os autos de que dispõe o órgão jurisdicional de reenvio contêm um contrato de representação exclusiva, redigido unicamente em búlgaro, que foi celebrado entre I. Gavanozov e a sociedade checa (representada pela testemunha). O referido contrato encontra-se assinado pela testemunha e nele foi aposto o carimbo da sociedade checa.

17. O órgão jurisdicional de reenvio decidiu que era necessário obter novas provas quanto à relação efetiva entre I. Gavanozov e a testemunha. Por esta razão, ordenou as seguintes medidas de investigação:

– proceder a buscas e apreensões nas instalações da sociedade checa, para determinar se o contrato de representação exclusiva se encontra entre a documentação da sociedade checa e se foram emitidos documentos relativos à sua execução;

– proceder a buscas e apreensões no domicílio da testemunha, para determinar se esta ali guarda documentação relativa à atividade objeto de acusação;

– ouvir a testemunha por videoconferência, uma vez que alega estar impedida, o que equivale a uma recusa de comparecer na Bulgária para aí ser inquirida.

18. Nos termos do direito nacional, esta decisão do tribunal é definitiva e não pode ser impugnada pelos intervenientes no processo nem pelos interessados — no caso vertente, a sociedade checa ou a testemunha.

19. Atendendo a que as medidas de investigação devem ser executadas pelas autoridades checas territorialmente competentes, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário emitir uma DEI para se proceder a uma operação de busca e apreensão nos escritórios da sociedade checa e no domicílio da testemunha, bem como para se obter o depoimento desta última. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio manifesta dúvidas quanto à compatibilidade da legislação nacional com o direito da União, uma vez que este não prevê, em absoluto, vias de recurso da decisão de emissão de uma DEI.

20. Foi neste contexto factual e jurídico que o Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«Uma legislação nacional que não prevê vias de recurso contra a emissão de uma decisão europeia de investigação para serem efetuadas buscas no domicílio e em estabelecimentos comerciais e apreendidos determinados bens e ainda para inquirição de uma testemunha é compatível com os artigos 14.º, n.ºs 1 a 4, e 1.º, n.º 4, e com os considerandos 18 e 22 da Diretiva 2014/41, bem como com os artigos 47.º e 7.º da Carta, em conjugação com os artigos 13.º e 8.º da CEDH?

Pode, nestas circunstâncias, ser emitida uma decisão europeia de investigação?»

21. Apresentaram observações escritas os Governos checo, francês, italiano e austríaco, bem como a Comissão Europeia.

IV. Apreciação

22. As presentes conclusões encontram-se estruturadas da seguinte forma. Começarei por precisar o âmbito de aplicação do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41: esta disposição é efetivamente aplicável tanto aos Estados-Membros de execução como aos de emissão? (A) Em seguida, abordarei a natureza da via de recurso exigida por força dessa disposição e do artigo 47.º da Carta, tendo em conta as normas mínimas estabelecidas na CEDH e a jurisprudência do TEDH (B). Só depois de feitas estas precisões poderei abordar a questão fundamental suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio no caso em apreço: que consequências poderão retirar as autoridades de emissão do facto de o seu direito nacional não respeitar as normas mínimas da CEDH, conforme anteriormente estabelecido em diversas ocasiões pela jurisprudência do TEDH (C)?

23. Acrescente-se que o artigo 14.º da Diretiva 2014/41 já foi objeto do pedido de decisão prejudicial apresentado pelo mesmo órgão jurisdicional de reenvio no processo Gavanozov[3]. No entanto, no referido processo, o Tribunal de Justiça decidiu centrar-se na forma como as autoridades de emissão deviam preencher o formulário DEI. Contrariamente ao advogado-geral[4], o Tribunal de Justiça não analisou o alcance exato do artigo 14.º da Diretiva 2014/41.

A. O artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 é aplicável ao Estado de emissão?

24. Observe-se que o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 é omisso quanto à questão de saber se o destinatário da obrigação nele prevista é o Estado de emissão ou o Estado de execução. Faz referência à obrigação dos *Estados-Membros* de assegurar que sejam aplicáveis às medidas de investigação indicadas na DEI vias de recurso *equivalentes* às existentes em processos nacionais semelhantes. O considerando 22 da Diretiva 2014/41, relativo às vias de recurso, também afirma, de um modo geral, que «[a]s vias de recurso contra uma DEI deverão ser pelo menos idênticas às que existem em processos nacionais contra a medida de investigação em causa. […]».

[3] Acórdão de 24 de outubro de 2019 (C-324/17, EU:C:2019:892).

[4] Conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas no processo Gavanozov (C-324/17, EU:C:2019:312).

25. O n.º 1 do artigo 14.º da Diretiva 2014/41 é semelhante ao n.º 4 do mesmo artigo, também ele referente aos «Estados-Membros» e que estabelece igualmente a obrigação de prever prazos para interpor recurso que sejam fixados de forma equivalente e efetiva. Ao mesmo tempo, o n.º 6 não visa especificamente nenhum Estado-Membro e também parece ser de aplicação geral. Estes números não coincidem, portanto, com outros números do artigo 14.º, nomeadamente os n.ºs 2, 3, 5 e 7, que dizem expressamente respeito tanto ao Estado de execução como ao Estado de emissão (n.ºs 2, 3 e 5), ou apenas ao Estado de emissão (n.º 7).

26. Atendendo ao caráter geral da redação do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 e à utilização de outros termos mais precisos, podem surgir dúvidas no sentido de saber se a referida disposição se aplica ao Estado de execução ou ao Estado de emissão. Tais dúvidas também podem ser acentuadas pela estrutura e lógica da Diretiva 2014/41.

27. Em primeiro lugar, o artigo 14.º da Diretiva 2014/41 está inserido no capítulo III, intitulado «Procedimentos e garantias no Estado de execução». No entanto, as disposições da Diretiva 2014/41 que dizem respeito principalmente ao Estado de *emissão* encontram-se no capítulo II, intitulado «Procedimentos e garantias no Estado de emissão». Que lógica justifica a inclusão de obrigações relativas às vias de recurso à disposição do Estado-Membro de emissão na secção da diretiva relativa ao Estado-Membro de execução?

28. Em segundo lugar, dificilmente se consegue descortinar o que a obrigação de prever vias de recurso *equivalentes* implicaria especificamente para o Estado-Membro de *emissão*. As medidas de investigação emitidas por esse Estado-Membro são provavelmente equivalentes por defeito, uma vez que são geralmente suscetíveis de ser primeiro emitidas sob a forma de um ato jurídico nacional. Ou existe uma presunção não verbalizada de que poderia haver Estados-Membros que derrogassem expressamente o seu sistema nacional de vias de recursos de direito comum apenas em circunstâncias em que tivessem emitido uma DEI, a fim de efetivamente discriminar (e reduzir o seu nível de proteção em relação a) medidas de investigação a serem executadas noutros Estados-Membros?

29. É bastante difícil imaginar um tal cenário. Além disso, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/41, o Estado de emissão só pode emitir uma DEI se «[a] medida ou medidas de investigação indicadas na DEI poderiam ter sido ordenadas nas mesmas condições em processos nacionais semelhantes». Por conseguinte, essas medidas já se encontram abrangidas, em princípio, por um regime jurídico nacional de recursos, quando existente.

30. Assim, em termos lógicos e estruturais, o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 faria mais sentido se fosse aplicável aos Estados-Membros de execução. No sistema de reconhecimento mútuo, as garantias de equivalência tendem habitualmente a ser aplicáveis aos Estados-Membros de execução mais do que aos Estados-Membros de emissão. Em relação a estes últimos, o requisito de equivalência parece de certo modo circular.

31. No entanto, todas as partes interessadas no presente processo parecem implicitamente abraçar a ideia de que se parta do pressuposto de que o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 é aplicável aos Estados-Membros que atuem em *ambas as situações*: como Estado-Membro de *execução* ou como Estado-Membro de *emissão*. Pelas razões que se seguem, também posso aceitar essa premissa como ponto de partida.

32. A primeira e talvez a mais linear é a questão dos termos e da sintaxe: à primeira vista, o conceito de «Estados-Membros», sem qualquer outra qualificação, deverá ser naturalmente interpretado tanto no sentido de Estado-Membro de execução como de emissão.

33. Além disso, conforme anteriormente referido no n.º 25 das presentes conclusões, o artigo 14.º da Diretiva 2014/41 faz referência expressa nos seus diversos números ao Estado-Membro *de execução* ou *de emissão* ou às autoridades *de execução* e *de emissão*. Da mesma forma, por analogia sistemática, a Decisão-Quadro relativa às decisões de congelamento de bens ou de provas [5] e a Decisão-Quadro relativa ao mandado europeu de obtenção de provas [6] faziam referência aos Estados-Membros, nas respetivas disposições relativas às vias de recurso, antes de definirem expressamente os aspetos dos recursos que deviam ser interpostos no Estado de emissão ou de execução, respetivamente. Um modelo semelhante foi adotado pelo Regulamento (UE) 2018/1805 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda [7]. O seu artigo 33.º tem a epígrafe «Vias de recurso no *Estado de execução* contra o reconhecimento ou a execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda» [8]. A mesma abordagem foi seguida pelo antecessor legal do referido regulamento [9].

34. Afigura-se, assim, que, quando o legislador da União pretendeu ser claro e distinguir, com efeito, especificamente entre o Estado-Membro de emissão e o Estado-Membro de execução, foi inteiramente capaz de o fazer. O facto de, no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 (e também no n.º 4 do mesmo artigo), o legislador da União ter optado por utilizar o termo mais geral de «Estados-Membros» parece indicar a intenção de incluir o Estado de emissão *e* o de execução, não obstante o título do capítulo III [10]. Além disso, se este capítulo pode conter disposições expressamente relacionadas com o Estado de *emissão*, apesar de a sua epígrafe se referir apenas ao Estado de *execução*, então o mesmo capítulo pode certamente conter também disposições que são relevantes *tanto* para o Estado de emissão como para o Estado de execução, designados no seu conjunto pelo termo «*Estados-Membros*».

35. Em segundo lugar, o facto de o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 também poder ser aplicado ao Estado-Membro de emissão resulta igualmente do artigo 14.º, n.º 2, dessa diretiva. Estes dois números dão origem a uma «repartição de competência jurisdicional». Embora o artigo 14.º, n.º 1, estabeleça uma obrigação geral de equivalência das vias de recurso, o artigo 14.º, n.º 2, do mesmo artigo reserva para o Estado de *emissão* a fiscalização dos fundamentos *substantivo*s para a emissão de uma DEI.

36. O facto de a fiscalização dos fundamentos substantivos estar reservada unicamente ao Estado-Membro de emissão é perfeitamente lógico. Contudo, se o artigo 14.º, n.º 2, da Diretiva 2014/41 for interpretado no sentido de que constitui uma cláusula de *exclusão* de competência (retirando ao Estado-Membro de execução o poder de fiscalização jurisdicional dos fundamentos substantivos), tal não implicaria que se partisse do pressuposto de que existe a possibilidade de

5 Artigo 11.º, com a epígrafe «Vias de recurso», da 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 (JO 2003, L 196, p. 45).

6 Artigo 18.º, com a epígrafe «Recurso», da 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 (JO 2008, L 350, p. 72).

7 Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018 (JO 2018, L 303, p. 1).

8 O sublinhado é meu.

9 Artigo 9.º da Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda (JO 2006, L 328, p. 59).

10 Poder-se-ia acrescentar que, na verdade, tem a seguinte redação [na versão em inglês] «Procedimentos e garantias [*para] o* Estado de execução», e não «Procedimentos e garantias *no* Estado-Membro de execução». É certamente verdade que uma linha de base da proteção jurídica *no* Estado-Membro de emissão é uma forma de garantia *para o* Estado-Membro de execução. O sublinhado é meu.

fiscalização no Estado-Membro de emissão? Caso contrário, o artigo 14.º, n.º 2, dessa diretiva não seria sinónimo de que «apenas o Estado-Membro de emissão pode prever a possibilidade de fiscalização dos fundamentos substantivos de uma DEI», mas sim, na prática, de que «ninguém pode prever essa possibilidade» se, no Estado de emissão, não existir tal fiscalização. Num caso como o vertente, o artigo 14.º, n.º 2, equivaleria a uma remissão para o vazio. O risco que tal interpretação acarreta parece, portanto, sugerir que o âmbito de aplicação (mais restrito) e o objetivo do artigo 14.º, n.º 2, podem, com efeito, implicar que o n.º 1 do mesmo artigo seja mais amplo e aplicável tanto ao Estado-Membro de execução como ao Estado-Membro de emissão.

37. Em terceiro lugar, a mesma conclusão é também confirmada pelo objetivo global da Diretiva 2014/41. Como o Tribunal de Justiça observou, esta diretiva pretende, através de um sistema simplificado e mais eficaz baseado na DEI como instrumento único, «facilitar e acelerar a cooperação judiciária com vista a contribuir para realizar o objetivo atribuído à União de se tornar um espaço de liberdade, segurança e justiça, baseando-se num grau de confiança elevado que deve existir entre os Estados-Membros» [11]. Tal baseia-se «na presunção ilidível de que os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, em especial, os direitos fundamentais» [12]. A atenção simultânea prestada pela Diretiva 2014/41 à eficácia da cooperação judiciária e ao respeito pelos direitos fundamentais é expressa no artigo 1.º, n.os 2 e 4. Enquanto o artigo 1.º, n.º 2, impõe a obrigação de executar uma DEI, o artigo 1.º, n.º 4, recorda a necessidade de respeitar os direitos fundamentais.

38. O artigo 14.º da Diretiva 2014/41 também contribui para este equilíbrio, apoiando-se nas soluções já existentes nos respetivos Estados-Membros em matéria de vias de recurso. Interpretar esta obrigação de equivalência como aplicável tanto ao Estado de execução como ao Estado de emissão mantém, assim, em relação a ambos os Estados, o equilíbrio supramencionado entre a eficácia e a proteção dos direitos fundamentais. A solução contrária, que consiste em aplicar o artigo 14.º, n.º 1, apenas ao Estado de execução, permitiria, pelo menos implicitamente, aos Estados-Membros tornar a proteção jurídica contra uma DEI mais fraca relativamente a uma situação nacional semelhante.

39. É certo que, como já foi sugerido nos n.os 28 e 29, não é imediatamente óbvio como e por que motivo um Estado-Membro de emissão discrimina deliberadamente entre medidas de investigação puramente nacionais e as mesmas medidas se emitidas como DEI.

40. Contudo, qualquer discriminação neste sentido não tem necessariamente de resultar de uma diferenciação *deliberada* por parte do Estado-Membro. Pode simplesmente ocorrer em virtude de regras processuais diferentes no direito nacional, particularmente se se verificar que, para que seja emitida uma DEI, não é necessário haver primeiro um ato jurídico processual nacional correspondente. Desta forma, a exigência de equivalência poderia, com efeito, ser vista como uma forma de evitar que esse Estado sujeitasse incidentalmente as DEI a um sistema de recursos menos favorável do que o aplicável às mesmas medidas de investigação quando executadas à escala nacional, simplesmente por tê-las submetido a regras processuais diferentes. Desta forma, a obrigação de equivalência visa evitar que os Estados-Membros enfraqueçam a proteção jurídica das pessoas a quem as medidas de investigação se destinam numa DEI relativamente às pessoas objeto de medidas de investigação puramente nacionais [13].

[11] Acórdão de 8 de dezembro de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ordens de transferência falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002, n.º 39).

[12] *Ibid*., n.º 40.

[13] À semelhança da Decisão-Quadro relativa ao mandado europeu de obtenção de provas, que impôs expressamente a obrigação de equivalência ao Estado de *emissão* no seu artigo 18.º, n.º 2, relativo às vias de recurso. V. nota 6, *supra*.

41. Tendo em conta o que precede, considero que o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 exige que as vias de recurso, quando existentes, respeitem a obrigação de equivalência tanto no Estado-Membro de emissão como no de execução.

42. Ainda que nenhuma das partes interessadas tenha suscitado esta questão específica, considero esta conclusão preliminar bastante significativa. Unicamente se o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 for aplicável também no Estado-Membro de emissão é que a questão específica das vias de recurso nesse Estado é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União para efeitos do artigo 51.º, n.º 1, do Carta, acionando assim todas as garantias consagradas na Carta, incluindo no artigo 47.º da mesma. Caso contrário, é possível considerar que a Diretiva 2014/41 não regula de modo nenhum as vias de recurso no Estado-Membro de emissão e, portanto, a Carta também não será aplicável a esta questão específica.

43. No entanto, a conclusão segundo a qual o artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 é aplicável às vias de recurso existentes no Estado-Membro de emissão diz muito pouco sobre a natureza exata das vias de recurso exigidas. Assim, a questão seguinte reside na via de recurso exata exigida aos Estados-Membros de emissão por força do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41, em articulação com as disposições da Carta.

B. O que é uma via de recurso nos termos do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41?

44. No que diz respeito à obrigação imposta aos Estados-Membros em matéria de vias de recurso, a redação do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 é bastante clara. Limita esta obrigação à exigência de equivalência, conforme apontado pelos Governos checo, francês e austríaco, bem como pela Comissão [14].

1. A origem do modelo padrão: a diversidade e a natureza das medidas investigativas

45. O requisito de equivalência parece ser uma consequência da dificuldade, reconhecida nos trabalhos preparatórios, de prever uma solução mais aprofundada que respeitasse a variedade de sistemas de vias de recurso existentes à escala nacional para as diferentes medidas de investigação que a nova diretiva se destinava a regular. A exposição de motivos desta diretiva salientava que o setor da recolha de elementos de prova apresenta diferenças importantes entre os sistemas nacionais e sublinhava a necessidade de melhorar a cooperação neste domínio, sem afetar os aspetos fundamentais nem as diferenças entre os sistemas nacionais. Por esse motivo, «não [era] apropriado prever […] um regime único de vias de recurso […]» [15].

[14] V., igualmente, Acórdão de 8 de dezembro de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ordens de transferência falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002, n.º 60).

[15] Iniciativa do Reino da Bélgica, da República da Bulgária, da República da Estónia, do Reino de Espanha, da República da Áustria, da República da Eslovénia e do Reino da Suécia tendo em vista a adoção da diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal — Exposição de motivos (JO 2010, C 165, p. 22) (Documento do Conselho 9288/10 ADD 1 de 3 de junho de 2010).

46. Com efeito, ao contrário dos seus antecessores, cujo âmbito de aplicação era mais restrito [16], a Diretiva 2014/41 aplica-se, em princípio, a qualquer medida de investigação [17]. Algumas destas medidas podem ser coercivas, outras não. Algumas podem ser executadas de forma manifesta, enquanto outras podem, por definição, ser encobertas. A própria Diretiva 2014/41 ilustra este aspeto através da lista de várias medidas de investigação cujos regimes regula mais detalhadamente [18].

47. A *variedade* das medidas de investigação e dos sistemas nacionais de vias de recurso explica a razão pela qual o legislador optou por limitar a obrigação prevista no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 à exigência de equivalência e decidiu, a este respeito, afastar-se da obrigação de caráter geral de prever vias de recurso, adotada pelos atos que precederam a Diretiva 2014/41, cujo âmbito de aplicação era mais restrito [19]. A este respeito, concordo com o Governo checo.

48. Contudo, a variedade de medidas de investigação abrangidas pela Diretiva 2014/41 não é o único fator que deve determinar a natureza da obrigação imposta pela Diretiva 2014/41 no que diz respeito às vias de recurso. Outro elemento relevante é *a própria natureza* das medidas de investigação no âmbito do processo penal considerado no seu conjunto.

49. A este respeito, a situação de uma pessoa sujeita a uma medida de investigação é bastante diferente da do destinatário de uma decisão judicial transitada em julgado. Enquanto, neste último contexto, todas as garantias dos direitos processuais devem ser aplicadas e respeitadas durante todo o processo, a aplicação das mesmas normas processuais às medidas de investigação consideradas isoladamente iria provavelmente prejudicar o valor prático dessas medidas ou, em qualquer caso, de muitas delas. Com efeito, exigir que as buscas e apreensões ou a vigilância contínua das operações bancárias (ou de outras operações financeiras) sejam primeiro devidamente notificadas à pessoa em causa, ao mesmo tempo que se dá a essas pessoas a oportunidade de as impugnar em tribunal, iria de facto comprometer qualquer objetivo prático de tal medida de investigação.

2. Normas mínimas na Diretiva 2014/41

50. Das considerações precedentes não resulta, no entanto, que a emissão e a execução de uma DEI não obedecem a quaisquer normas. O Tribunal de Justiça já referiu, no Acórdão Staatsanwaltschaft Wien, a existência, na Diretiva 2014/41, de um «quadro normativo que inclui um conjunto de garantias tanto na fase da emissão ou da validação como da execução da [DEI], com vista a assegurar a proteção dos direitos fundamentais da pessoa em causa» [20].

[16] V. artigo 34.º da Diretiva 2014/41 que dispõe que a referida diretiva substitui as disposições correspondentes da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, do Conselho da Europa, de 20 de abril de 1959, e os seus dois Protocolos Adicionais, bem como os acordos bilaterais celebrados nos termos do artigo 26.º dessa Convenção; Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen; Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, e respetivo protocolo; Decisão-Quadro 2003/577 e Decisão-Quadro 2008/978. V. notas 5 e 6 *supra*.

[17] Com exceção das equipas de investigação conjuntas que continuam a ser regulamentadas pela Decisão-Quadro 2002/465/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativas às equipas de investigação conjuntas (JO 2002, L 162, p. 1).

[18] V. capítulo IV da Diretiva 2014/41, intitulado «Disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação», referentes, por exemplo, à transferência temporária de pessoas detidas, à audição por videoconferência ou conferência telefónica, à obtenção de informações sobre contas bancárias e outras contas financeiras ou sobre operações e outras operações financeiras, ou às investigações encobertas. O capítulo V é consagrado à interceção de telecomunicações.

[19] V. notas 5 e 6, *supra*.

[20] Acórdão de 8 de dezembro de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ordens de transferência falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002, n.º 69).

51. Com efeito, como todas as partes interessadas que apresentaram observações no presente processo referem com razão, o sistema instituído pela Diretiva 2014/41 não pode funcionar em detrimento da proteção dos direitos fundamentais decorrente da Carta e, nomeadamente por força do artigo 52.º, n.º 3, das normas mínimas consagradas na CEDH e concretizadas pelo TEDH.

52. O estrito cumprimento dessas garantias é talvez ainda mais importante para um terceiro no processo penal nacional. É importante ter presente que, ao contrário do arguido ou sujeito processual, é pouco provável que tais terceiros venham a ter quaisquer direitos processuais numa fase posterior ou estejam em posição de impugnar a legalidade das medidas de investigação, pelo menos indiretamente, por exemplo, requerendo que os elementos de prova recolhidos sejam excluídos ou impugnando a decisão definitiva.

53. Assim, as normas que a emissão de uma DEI deve cumprir (e as garantias delas constantes) têm duas vertentes: em primeiro lugar, as previstas pela própria Diretiva 2014/41 e, em segundo lugar, o respeito global dos direitos fundamentais para que as disposições dessa diretiva remetem sem que ela própria os defina com precisão.

54. Na primeira categoria, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 prevê que uma DEI só pode ser emitida quando for necessária e proporcionada para efeitos do processo e quando as medidas de investigação nela indicadas poderiam ter sido ordenadas nas mesmas condições em processos nacionais semelhantes. Esta lógica da mínima intervenção necessária reflete-se também noutras disposições da diretiva, cujo denominador comum é a minimização ou o bloqueio total da intrusão a que uma determinada medida de investigação pode dar origem [21].

55. No que diz respeito à segunda categoria, as DEI estão subordinadas ao respeito pelos direitos fundamentais tanto nos Estados-Membros de emissão como nos Estados-Membros de execução. O artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/41 começa por recordar uma obrigação geral dos Estados-Membros de respeitar os direitos e os princípios jurídicos fundamentais consagrados no artigo 6.º TUE. Essa afirmação geral é completada pelo artigo 11.º, n.º 1, alínea f), que fundamenta de forma *geral e explícita* a recusa de reconhecimento e execução de uma DEI «[s]e 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 6.º do TUE e da Carta».

56. No entanto, no que respeita às vias de recurso que permitem que uma DEI seja impugnada como tal, importa reconhecer que a natureza da medida de investigação muitas vezes não será compatível com a possibilidade de a impugnar separadamente e *ex ante* se tal impugnação tiver por efeito a possibilidade de adiar ou excluir completamente a execução da medida.

57. Por outras palavras, alegar que deve existir sempre uma via de recurso *ex ante*, sob a forma de recurso judicial perante um órgão jurisdicional a fim de impugnar a legalidade dessa medida, dificilmente permitiria assegurar o equilíbrio adequado entre a proteção dos direitos fundamentais das pessoas que são objeto de investigação e a exigência de efetividade das medidas de investigação.

[21] Por exemplo, nos termos do artigo 10.º, n.º 3, da Diretiva 2014/41, «[a] autoridade de execução pode ainda recorrer a uma medida de investigação diferente da indicada na DEI, caso essa medida selecionada pela autoridade de execução conduza ao mesmo resultado que a medida de investigação indicada na DEI, mas utilize meios menos intrusivos». Além disso, as disposições do capítulo IV que especificam vários tipos de medidas de investigação estabelecem motivos específicos de não reconhecimento e não execução, além da lista geral prevista no artigo 11.º da Diretiva 2014/41.

58. Considero que a variedade de medidas supramencionada e o seu caráter geral explicam, assim, por que razão o legislador da União limitou a obrigação prevista no artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2014/41 à exigência de equivalência. Significa isto que, na falta de vias de recurso, o artigo 14.º, n.º 1, dessa diretiva não exige que o Estado-Membro as introduza. Conforme salientam os Governos checo e francês, esta posição parece já ter sido confirmada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Gavanozov, dada a utilização repetida do termo «eventualmente» ao referir-se à existência de vias de recurso no Estado de emissão [22].

59. Esta afirmação é, no entanto, objeto de uma importante reserva: logicamente, a equivalência só é aceitável se a situação no Estado de emissão, ao qual se refere a exigência de equivalência, for ela própria compatível com as normas mínimas de proteção dos direitos fundamentais, tal como exigido pela Carta e pela CEDH. Com efeito, a este respeito, concordo com os Governos francês e austríaco, bem como com a Comissão, que salientam que a Diretiva 2014/41 assenta na presunção de que os Estados-Membros respeitam os direitos fundamentais. Simplificando, a equivalência só é aceitável *desde que* não seja invocada para validar uma «violação equivalente» das normas mínimas da CEDH.

3. As normas mínimas em matéria de direitos fundamentais na CEDH

60. Neste contexto, é necessário recordar sucintamente os requisitos mínimos estabelecidos pelo TEDH. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio, bem como vários interessados, aponta para um conjunto de processos do TEDH em que a Bulgária foi repetidamente considerada responsável por violar o artigo 13.º da CEDH devido à inexistência de vias de recurso contra as decisões de busca e apreensão [23].

61. No que respeita à interpretação das disposições correspondentes da Carta, o artigo 52.º, n.º 3, da mesma determina que a CEDH corresponde à proteção mínima conferida pela Carta. O artigo 13.º da CEDH corresponde, pelo menos em parte, ao primeiro parágrafo do artigo 47.º da Carta. Contudo, o artigo 47.º impõe o direito a uma ação perante um tribunal, o que não é necessariamente o caso com o artigo 13.º da CEDH [24].

62. A fim de dissipar as dúvidas quanto ao que o artigo 47.º da Carta exige exatamente em termos de recurso perante um órgão jurisdicional no tocante às medidas de investigação, é importante salientar precisamente os requisitos mínimos estabelecidos na jurisprudência do TEDH.

63. O TEDH tem vindo a esclarecer que o conceito de «tutela jurisdicional efetiva» na aceção do artigo 13.º da CEDH exige que seja possível impugnar tanto a *legalidade* das medidas de busca e de apreensão, como a forma como são *executadas*.

[22] Acórdão de 24 de outubro de 2019, Gavanozov (C-324/17, EU:C:2019:892, n.os 25, 29, 30, 32, 33, 37 e 38, e dispositivo).

[23] Acórdão TEDH, 19 de janeiro de 2017, Posevini c. Bulgária, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, § 83 a 87. V., igualmente, Acórdãos TEDH, 26 de julho de 2007, Peev c. Bulgária, CE:ECHR:2007:0726JUD006420901, § 70; 22 de maio de 2008, Stefanov c. Bulgária, CE:ECHR:2008:0522JUD006575501, § 59; 15 de outubro de 2013, Gutsanovi c. Bulgária, CE:ECHR:2013:1015JUD003452910, §§ 234 e 235; 30 de setembro de 2014, Prezhdarovi c. Bulgária, CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, §§ 26 a 28, 30 e 31 e 49 a 52; 16 de fevereiro de 2016, Govedarski c. Bulgária, CE:ECHR:2016:0216JUD003495712, §§ 38 a 40, e 72 a 75; 31 de março de 2016, Stoyanov c. Bulgária, CE:ECHR:2016:0331JUD005538810, § 152; e 9 de junho de 2016, Popovi c. Bulgária, CE:ECHR:2016:0609JUD003965111, § 122.

[24] Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 17).

64. O TEDH considerou que o conceito de «tutela jurisdicional efetiva» na aceção do artigo 13.º da CEDH não pressupõe a possibilidade de impugnar a emissão do mandado antes da realização da busca [25]. No entanto, no Acórdão Posevini, o TEDH acrescentou que uma ação disciplinar contra os agentes da autoridade pela execução de uma busca e apreensão não pode ser considerada um recurso na aceção do artigo 13.º da CEDH. O que é relevante no quadro da apreciação do artigo 13.º da CEDH é se a pessoa alvo de uma busca e apreensão teve acesso a um procedimento que lhe permitisse impugnar a sua legalidade e obter a reparação adequada na hipótese de essa medida ter sido ilegalmente decidida ou executada [26]. O TEDH sublinhou que deve existir a possibilidade de «impugnar uma busca enquanto tal, ou a forma como foi ordenada ou autorizada» [27].

65. Por outras palavras, por um lado, uma petição para dar início a um procedimento disciplinar contra a polícia por métodos «musculados» de execução não é suficiente para cumprir a exigência de vias de recurso nos termos do artigo 13.º da CEDH e, por outro lado, esta disposição não chega a impor que a decisão de proceder a buscas e apreensões seja suscetível de recurso que possa ser interposto antes da execução dessa decisão. O TEDH não exige que as vias de recurso permitam à pessoa em causa impedir a realização de buscas e a apreensões ou que o recurso possa ser interposto num momento concreto do procedimento de buscas e apreensões. Também não é exigido que essa possibilidade de recurso esteja prevista no âmbito do processo penal a que a decisão de busca e apreensão respeita.

66. Retiro as conclusões seguintes da jurisprudência do TEDH. Em primeiro lugar, deve existir, *numa qualquer fase*, a possibilidade de impugnar a legalidade das buscas e apreensões, mas não necessariamente (e de forma bastante lógica) antes que essa medida seja executada. Em segundo lugar, essa fiscalização e a iniciativa da mesma devem claramente pertencer à *pessoa* em causa. Não podem depender da iniciativa de terceiros nem ficar ao critério destes, tal como seria o caso no plano interno no seio das forças policiais. Em terceiro lugar, ambos os aspetos de uma busca e apreensão devem ser impugnáveis: não só no que diz respeito a eventuais excessos na forma como a medida foi executada, mas também no que concerne à legalidade da própria decisão de impor essa medida.

67. Simplificando e exemplificando: uma pessoa cujas portas foram arrombadas numa manhã pelos agentes da autoridade deve ter a possibilidade de desencadear, perante um órgão do Estado-Membro, um processo de fiscalização não apenas para apurar se era efetivamente necessário arrombar a entrada de entrada ou partir a mão da pessoa que supostamente se opôs à busca (*a forma de execução* da medida), mas também para determinar se essa busca foi, de facto, legitimamente ordenada (*a legalidade* da medida *per se*).

68. Essa é a natureza do direito garantido pela CEDH. É através da eventual salvaguarda *desse direito* que o artigo 47.º da Carta garante a possibilidade de, oportunamente, intentar uma ação perante um tribunal.

[25] Acórdão TEDH, 22 de maio de 2008, Stefanov c. Bulgária, CE:ECHR:2008:0522JUD006575501, § 59.

[26] V. Acórdão TEDH, 19 de janeiro de 2017, Posevini c. Bulgária, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, § 84. V., igualmente, Acórdão TEDH, 16 de fevereiro de 2016, Govedarski c. Bulgária, CE:ECHR:2016:0216JUD003495712, §94, em que o TEDH observou que «aucune disposition du droit interne ne permettait [aux demandeurs] de contester la régularité et la nécessité d'une perquisition du domicile[…]». No seu Acórdão de 30 de setembro de 2014, Prezhdarovi c. Bulgária, CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, § 50, o TEDH observou que a inexistência de regras claras relativas ao âmbito da fiscalização jurisdicional, bem como de qualquer fiscalização significativa da legalidade e da justificação da busca e apreensão, constitui um problema.

[27] V. Acórdão TEDH, 19 de janeiro de 2017, Posevini c. Bulgária, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, § 85.

69. Contudo, a possibilidade de contestar as conclusões perante um tribunal imparcial nos termos do artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta não altera a natureza do direito subjacente, nem impede a interposição prévia de um recurso administrativo ou a obrigação de apresentar primeiro uma reclamação administrativa antes de submeter a questão a um órgão jurisdicional nacional [28].

4. Resumo provisório e a verdadeira questão

70. Vista e entendida neste contexto, nada na jurisprudência do TEDH pode impedir a execução das medidas de investigação ao abrigo da Diretiva 2014/41. Da mesma forma, não há dúvidas de que o artigo 47.º da Carta é potencialmente aplicável, se for caso disso, tanto à forma como uma medida de investigação foi executada no Estado-Membro de execução (pelas autoridades do Estado-Membro de execução), como à legalidade da decisão com base na qual é emitida uma DEI pelas autoridades do Estado-Membro de emissão. Com efeito, a repartição de competência jurisdicional introduzida no artigo 14.º, n.os 1 e 2, da Diretiva 2014/41 parece refletir precisamente essa perspetiva.

71. Todos estes esclarecimentos sobre o verdadeiro âmbito de aplicação da Diretiva 2014/41, bem como a jurisprudência do TEDH e as normas mínimas exigidas, foram necessários para poder enquadrar e, eventualmente, enfrentar o verdadeiro problema do presente processo. Não se trata necessariamente da compatibilidade da legislação nacional com qualquer disposição específica da Diretiva 2014/41. A verdadeira questão está um passo à frente e, metaforicamente falando, no portão de entrada de todo o sistema: pode um Estado-Membro emitir DEI mesmo sabendo que tais atos violam as normas mínimas da CEDH e, portanto, o nível mínimo de proteção exigido pelo direito da União?

C. Um Estado-Membro que viole as normas mínimas previstas pela CEDH não pode emitir DEI que forçosamente enfermam do mesmo tipo de infração

72. Com a segunda questão prejudicial suscitada no presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se pode emitir uma DEI para serem efetuadas buscas e apreensões, tanto nas instalações de uma sociedade como numa residência particular, e se pode inquirir uma testemunha numa situação em que, ao abrigo do direito nacional, as pessoas afetadas por essas medidas não dispõem de nenhuma via de recurso.

73. Considero que a resposta é «não». *Enquanto* o Estado-Membro de emissão não tiver garantido o cumprimento das normas mínimas exigidas pela CEDH e enunciadas na secção anterior das presentes conclusões, as autoridades desse Estado não podem participar no sistema implementado pela Diretiva 2014/41.

74. Como foi corretamente assinalado, em especial pelos Governos francês e austríaco, bem como pela Comissão, a participação no sistema de auxílio judiciário e o reconhecimento mútuo estabelecido pela Diretiva 2014/41 pressupõem que todos os participantes cumpram os requisitos mínimos de proteção dos direitos fundamentais.

[28] V. minhas Conclusões no processo in El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659, n.os 116 e 117 e jurisprudência referida). Por extensão, v., igualmente, Acórdãos de 13 de dezembro de 2017, El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:960, n.os 39 a 41), e de 10 de março de 2021, Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N. (C-949/19, EU:C:2021:186, n.os 45 e 46).

75. É certo que a peculiaridade do caso em apreço reside no facto de as questões terem sido submetidas por um órgão jurisdicional do Estado-Membro de emissão, enquanto o processo se encontra ainda numa fase anterior ao reconhecimento. O órgão jurisdicional de reenvio pretende emitir uma DEI, mas não houve ainda nenhum ato que tivesse produzido efeitos além-fronteiras.

76. A jurisprudência do Tribunal de Justiça que aborda a questão do reconhecimento mútuo em matéria penal tem sido confrontada com questões por parte das autoridades de *execução* que suscitam dúvidas quanto ao facto de o direito da União lhes permitir dar seguimento aos pedidos apresentados pelas autoridades de um outro Estado-Membro. Com efeito, os instrumentos que se baseiam no reconhecimento mútuo têm habitualmente atribuído aos Estados de execução a aplicação dos mecanismos que impedem que um ato que padece de vício produza os efeitos jurídicos pretendidos. O presente processo é um raro exemplo de exercício de autolimitação por parte da autoridade de emissão devido a dúvidas quanto à sua capacidade de acionar um determinado instrumento de reconhecimento mútuo.

77. No entanto, não se pode deduzir do que precede que o direito da União ignora a situação no Estado-Membro de emissão.

78. Na prática, a Diretiva 2014/41 regula uma série de questões e estabelece vários requisitos para o Estado-Membro de emissão. Tais requisitos são ainda reforçados pela obrigação geral que incumbe a todas as autoridades judiciais afetadas, abrangidas pelo artigo 1.º, n.º 4 da referida diretiva, de respeitar os direitos fundamentais.

79. É, contudo, quando observada ao nível dos princípios que a questão se torna bem evidente. Não vejo como poderia haver qualquer «confiança mútua» num sistema em que os Estados-Membros de emissão podem emitir atos que, por defeito e como já anteriormente referido, violam as normas mínimas a que esse sistema, na sua totalidade, está vinculado, sendo que, não obstante, tais atos são, independentemente desse facto, deliberadamente autorizados a entrar no sistema.

80. Com efeito, não considero que seja necessário repetir a abundante jurisprudência nesta matéria, sublinhando a importância da confiança mútua para o reconhecimento mútuo e para o funcionamento de numerosos mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Europeia [29]. Especificamente, o requisito da confiança mútua (ou melhor, na realidade, da proibição de desconfiança) significa que as autoridades do Estado-Membro de execução *devem presumir* que as regras e os direitos fundamentais no Estado-Membro de emissão foram cumpridos e, portanto, *não devem verificar*, salvo em circunstâncias excecionais, a conformidade do ato adotado no Estado-Membro de emissão com os direitos fundamentais [30].

81. O Tribunal de Justiça sublinhou ainda que «compete aos Estados-Membros, designadamente, por força do princípio da cooperação leal, enunciado no artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, TUE, assegurar, nos respetivos territórios, a aplicação e o respeito do direito da União e […] tomar, para esse efeito, todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União» [31].

[29] V., por exemplo, recentemente, Acórdãos de 8 de dezembro de 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ordens de transferência falsificadas) (C-584/19, EU:C:2020:1002, n.º 40), e de 10 de março de 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, n.º 35 e jurisprudência referida).

[30] V., por exemplo, Parecer 2/13 (Adesão da União Europeia à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 192). V., igualmente, Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 34 e jurisprudência referida).

[31] Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 34 e jurisprudência referida).

82. Assim, um Estado-Membro que adere ao sistema ciente de que os atos que emite são desde logo efetivamente incompatíveis com as garantias mínimas exigidas em matéria de direitos fundamentais não está, a meu ver, a atuar num espírito de cooperação leal. Tais atos não podem inspirar confiança mútua. Na realidade, são a sua antítese, obrigando qualquer outro interveniente, e em especial o Estado-Membro de execução, a optar pela *desconfiança mútua* como posição predefinida. Como poderia um sistema em que alguns dos intervenientes podem desrespeitar deliberadamente as regras gerar qualquer confiança mútua?

83. É certo que a Diretiva 2014/41 contém várias salvaguardas que garantem o respeito dos direitos fundamentais ao nível do reconhecimento e da execução da medida de investigação em causa no Estado-Membro de execução [32]. Com efeito, esta lista inclui os motivos de recusa nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2014/41, que podem conduzir a uma recusa por inobservância dos direitos fundamentais.

84. Contudo, isso certamente não significa que toda a responsabilidade possa ser atribuída ao Estado-Membro de execução. Sublinhe-se que a cooperação leal (e a confiança mútua) são inter-relacionais. Incluem, por definição, todas as partes na transação. O Tribunal de Justiça insistiu nesta ideia ao afirmar que o respeito dos direitos fundamentais é uma *obrigação partilhada*, que recai tanto sobre o Estado-Membro de emissão como sobre o de execução. A obrigação inicial de garantir o respeito dos direitos fundamentais recai diretamente no Estado-Membro de emissão [33]. Permitir que DEI à partida incompatíveis façam parte do sistema faria recair toda a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais unicamente sobre as autoridades de execução [34], as quais poderão ter consciência disso nalguns casos e ignorá-lo inteiramente noutros.

85. Considero que um tal jogo de «roleta russa» com os direitos individuais seria, no plano conceptual, inteiramente incompatível com a lógica do sistema de reconhecimento mútuo. A autoridade de emissão estaria ciente de que a DEI emitida viola direitos fundamentais, mas deixaria simplesmente a cargo da autoridade de execução essa vigilância, o que teria por consequência uma proteção seletiva dos direitos fundamentais das partes no processo [35].

86. Além disso, essa roleta russa não só faz recair a responsabilidade pela deteção da violação sobre o Estado-Membro de execução, como também o torna potencialmente cúmplice dessas infrações, caso não as detete e evite. Desta forma, os Estados-Membros envolvidos correriam o risco de não respeitar os requisitos estabelecidos pelo TEDH no Acórdão Avotiņš [36], tornando-se, assim, responsáveis ao abrigo do direito internacional [37].

[32] Salientado nos n.os 53 e 54, *supra*.

[33] V., por exemplo, Acórdão de 23 de janeiro de 2018, Piotrowski (C-367/16, EU:C:2018:27, n.º 50 e jurisprudência referida) que confirma, no contexto do mandado de detenção europeu, a *responsabilidade primária do Estado-Membro de emissão* de garantir o respeito dos direitos fundamentais.

[34] Concordo, a este respeito, com as Conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Gavanozov, segundo o qual tal solução desafia não só a conceção geral da Diretiva 2014/41, mas também o conceito de confiança mútua (C-324/17, EU:C:2019:312, n.os 84 a 87).

[35] Tudo isto nos faz pensar num hipotético fabricante de veículos automóveis que introduz veículos em circulação sabendo que todos têm uma falha técnica, mas que, apesar disso, acredita que os controlos policiais não serão tão frequentes e que, com sorte, não haverá muitos acidentes de trânsito causados por essa falha técnica em que sejam feridos os ocupantes dos veículos ou outras pessoas.

[36] Acórdão TEDH, 23 de maio de 2016, Avotiņš c. Letónia, CE:ECHR:2016:0523JUD001750207, § 116.

[37] V., recentemente, Acórdão TEDH, 25 de março de 2021, Bivolaru e Moldovan c. França (CE:ECHR:2021:0325JUD004032416).

87. Com efeito, tanto o Acórdão Avotiņš como a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao eventual não reconhecimento ou não execução de um ato de um Estado-Membro de emissão no Estado-Membro de execução [38] incidem sobre as falhas sistémicas no Estado-Membro de emissão que podem ter determinadas consequências no Estado-Membro de execução.

88. Contudo, ou melhor, *a fortiori*, não vejo por que razão, se essas consequências são previstas para falhas macro (sistémicas), nomeadamente quando todo o sistema se torna disfuncional [39], bem como para o que se pode classificar de falhas setoriais [40], não deveria ser esse o caso também para o que se pode classificar de meras falhas micro, ou seja, falhas identificadas apenas em relação a um elemento processual específico.

89. Além disso, se a perspetiva é que, a partir de certo ponto, o Estado-Membro de execução deixa de estar obrigado a reconhecer ou a executar atos provenientes de certos Estados-Membros de emissão [41], não decorre também dessa afirmação que o Estado-Membro de emissão, ao saber que se encontra em situação de incumprimento, deve ser impedido de recorrer a um sistema de cooperação judiciária cujos requisitos de entrada já não preenche?

90. De certa forma, tal conclusão não é apenas inerente à perspetiva adotada pelo sistema, mas também muito mais *proporcionada*. Em vez de sobrecarregar todo o sistema de cooperação judiciária (e todos os atores individuais no Estado-Membro) com a necessidade de examinar, caso a caso, repetidamente, se existem motivos de recusa de reconhecimento e execução, não é mais razoável suspender temporariamente a origem reconhecida e confirmada do problema para que, antes da sua readmissão, esta possa primeiro assegurar o cumprimento das normas mínimas? Tal solução parece a mais justificada porquanto, ao contrário de uma situação em que se deve demonstrar que a eventual falha sistémica pode representar uma ameaça para a situação particular da pessoa em causa [42], no caso de uma falha na regulamentação setorial relativa a um único aspeto, é evidente que não é possível emitir qualquer ato conforme. Todos os atos emitidos serão, por definição, irregulares porque a própria legislação ao abrigo da qual são emitidos é incompatível.

91. Em suma, quem pretende recorrer ao sistema de auxílio judiciário e reconhecimento mútuo ao abrigo da Diretiva 2014/41, ou de qualquer outro instrumento de cooperação judicial e reconhecimento mútuo, deve ser isento de culpa ou, metaforicamente falando, não pode ter as mãos sujas com conhecimento de causa. O não cumprimento dessa regra de higiene básica, que

[38] Acórdãos de 21 de dezembro de 2011, N.S. e o. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865); de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198), e de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586).

[39] Acórdão de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.os 58 a 62).

[40] Nas quais o que se denuncia é uma falha em relação a certas áreas em questão, como as condições para os requerentes de proteção internacional — Acórdão de 21 de dezembro de 2011, N.S. e o. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, n.os 89 e 90, 94, 106), ou as condições prisionais — Acórdão de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.os 89 a 94), sem sugerir em nenhum dos cenários que todo o sistema judiciário de um determinado Estado-Membro foi afetado por essas falhas.

[41] Mais recentemente reafirmado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 17 de dezembro de 2020, Openbaar Ministerie (Independência da autoridade judiciária de emissão) (C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033) e subsequentemente aplicado pelo Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão) no Acórdão de 10 de fevereiro de 2021, Processo n.º RK 20/771 13/751021-20, NL:RBAMS:2021:420.

[42] Necessário no «critério em duas etapas», que requer a consideração estrutural (sistémica e generalizada) e individual em relação ao caso concreto — Acórdão de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.os 61 e 68) conforme confirmado pelo Acórdão de 17 de dezembro de 2020, Openbaar Ministerie (Independência da autoridade judiciária de emissão) (C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, n.os 54 e 55).

tem sido repetidamente reconhecida e sistematicamente realçada, pode com efeito implicar que essa pessoa seja convidada a sair e a voltar apenas depois de ter encontrado o sabão e efetuado os procedimentos necessários.

92. No contexto específico do presente processo, conforme descrito anteriormente, no Acórdão Posevini [43] e em acórdãos anteriores, o TEDH considerou que a Bulgária violou a obrigação de prever uma tutela jurisdicional efetiva na aceção do artigo 13.º da CEDH devido à inexistência de qualquer procedimento que permitisse impugnar a legalidade de uma decisão que ordene buscas e apreensões ou obter uma reparação adequada [44]. Tal como referido nesses acórdãos, o Governo búlgaro reconheceu, com efeito, esse incumprimento e assumiu perante o Comité de Ministros o compromisso de sanar a situação [45], mas, até agora, sem resultado, conforme igualmente sublinhado pelo despacho de reenvio no presente processo.

93. Em suma, enquanto essa lacuna legislativa nacional não for suprida, as autoridades do referido Estado-Membro estão efetivamente impedidas de emitir uma DEI que implicaria automática e inevitavelmente uma violação dos direitos fundamentais idêntica à constatada pelo TEDH.

94. Observe-se que não foi identificado nenhum problema semelhante no que diz respeito a uma decisão de inquirição de uma testemunha. A este respeito, concordo com os Governos francês e austríaco, segundo os quais, em substância, é pouco provável que a inquirição de uma testemunha origine, em si mesma, uma intrusão nas liberdades fundamentais tão grave como uma decisão de busca e apreensão.

95. Além disso, o artigo 24.º da Diretiva 2014/41 contém um regime bastante pormenorizado da audição de uma testemunha por videoconferência ou outros meios de transmissão audiovisual, enquanto o artigo 25.º respeita à audição de uma testemunha por conferência telefónica. Estas disposições contêm garantias específicas, incluindo os motivos de não reconhecimento ou não execução nos termos do artigo 24.º, n.º 2, dessa diretiva, a obrigação de a autoridade de execução assegurar o respeito pelos «princípios fundamentais da lei do Estado de execução» nos termos do artigo 24.º, n.º 5, alínea a), dessa diretiva, e a obrigação de prestar informações sobre os direitos processuais que incluem o direito de se recusarem a depor, conforme estabelecido no artigo 24.º, n.º 5, alínea e).

96. Dito isto, não considero que limitar a solução do caso em apreço às decisões de busca e apreensão seja suscetível de conduzir a uma solução sistémica para uma lista potencialmente aberta de possíveis violações dos direitos fundamentais. Diferentes medidas de investigação podem apresentar, como já foi observado, diferentes graus e intensidades de intrusões. Nesta perspetiva, parece difícil impor um limite em abstrato para se afirmar que uma determinada medida de investigação *nunca* pode ser problemática.

97. No que diz especificamente respeito à audição de uma testemunha, embora possa ser qualificada como uma intrusão «leve» na esfera pessoal, não se pode excluir, no entanto, que seja suscetível de implicar uma violação de direitos individuais protegidos, como os direitos das pessoas vulneráveis, cuja situação específica não tenha sido devidamente tida em conta na adoção de uma DEI que ordena essa audição. Caso tal situação ocorra, a pessoa afetada também deve ter acesso a vias de recurso que permitam fiscalizar a legalidade de tal medida e obter a reparação adequada.

[43] Acórdão TEDH, 19 de janeiro de 2017, Posevini c. Bulgária, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814.

[44] V. nota 23, *supra*.

[45] V. Acórdão TEDH, 19 de janeiro de 2017, Posevini c. Bulgária, CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, § 47.

98. Em síntese, incumbe às autoridades de emissão garantir que os seus próprios atos não enfermam de ilegalidade devido ao incumprimento das normas mínimas estabelecidas na CEDH quando esses atos acedam ao sistema da Diretiva 2014/41.

V. Conclusão

99. Proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial, Bulgária) da seguinte forma:

Os artigos 14.º, n.º 1, e 1.º, n.º 4, da 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, interpretados à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do artigo 4.º, n.º 3, TUE, opõem-se a uma situação em que a legislação nacional não preveja vias de recurso contra a emissão de uma decisão europeia de investigação, se a emissão de tal decisão implicar automática e inevitavelmente a mesma violação das normas mínimas garantidas pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem que já foi constatada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. As referidas disposições opõem-se igualmente à emissão de uma decisão europeia de investigação em tais circunstâncias.