



Bruxelas, 5.2.2019
COM(2019) 70 final

Recomendação de

DECISÃO DO CONSELHO

que autoriza a abertura de negociações tendo em vista um acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre o acesso transfronteiras a provas eletrónicas para fins de cooperação judiciária em matéria penal

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. CONTEXTO

Os fluxos de dados transfronteiras estão a aumentar em paralelo com a utilização crescente das redes sociais, do correio eletrónico, dos serviços de mensagens e de aplicações com o objetivo de comunicar, trabalhar, socializar e obter informações, incluindo para fins ilícitos. Um número crescente de investigações penais depende, portanto, de provas eletrónicas que não estão acessíveis ao público. Tendo em conta a natureza transfronteiras da Internet e a possibilidade de os serviços serem prestados a partir de qualquer parte do mundo, incluindo por empresas não europeias, torna-se urgente simplificar o acesso transfronteiras às provas eletrónicas para praticamente todos os tipos de infrações. Os recentes atentados terroristas, em especial, demonstraram que é necessário encontrar, com grande prioridade, formas mais rápidas e eficazes de os procuradores e juizes dos Estados-Membros da União Europeia preservarem e obterem provas eletrónicas.

Atualmente, mais de metade de todas as investigações penais exige o acesso a provas eletrónicas transfronteiras. As provas eletrónicas são necessárias em cerca de 85 % das investigações penais e, em dois terços dessas investigações é necessário obter provas de prestadores de serviços em linha estabelecidos numa jurisdição diferente. O número de pedidos dirigidos aos principais prestadores de serviços em linha aumentou 84 % no período entre 2013 e 2018. Estes tipos de dados são essenciais nas investigações penais para a identificação de uma pessoa ou para a obtenção de informações acerca das suas atividades.

As provas eletrónicas dizem respeito a vários tipos de dados em formato eletrónico que são relevantes para a investigação e repressão de infrações penais, estando muitas vezes armazenados nos servidores de prestadores de serviços em linha. Tal inclui «dados com conteúdo», por exemplo, mensagens de correio eletrónico, mensagens de texto, fotografias e vídeos, bem como «dados não relacionados com conteúdos», por exemplo, dados de assinantes ou dados de tráfego relativos a uma conta em linha.

A cooperação entre as autoridades judiciais é o método tradicional utilizado pelas autoridades para trabalharem em conjunto na luta contra todos os tipos de criminalidade. Atualmente, o principal instrumento utilizado pelos Estados-Membros para solicitarem o acesso a provas eletrónicas transfronteiras na maioria dos países da UE é a decisão europeia de investigação.

Os Estados-Membros da União Europeia podem recorrer a pedidos de auxílio judiciário mútuo junto de países terceiros (bem como da Dinamarca e da Irlanda, que não participam na decisão europeia de investigação). Várias autoridades distintas estão envolvidas de ambos os lados. Os procedimentos em causa foram concebidos antes do desenvolvimento da Internet, quando o volume de pedidos era muito inferior ao atual, e quando as autoridades não se confrontavam com o problema da volatilidade das provas eletrónicas.

Um dos principais destinatários de pedidos de auxílio judiciário mútuo dos Estados-Membros da UE (e de todo o mundo) para aceder a provas eletrónicas são os Estados Unidos, onde os principais prestadores de serviços estão estabelecidos. Um Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre auxílio judiciário mútuo foi assinado em 25 de junho de 2003, tendo entrado em vigor em 1 de fevereiro de 2010. Este acordo constitui um mecanismo transatlântico crucial para garantir uma cooperação eficaz no domínio da justiça penal e da luta contra a criminalidade organizada e o terrorismo.

Um primeiro reexame conjunto do acordo ocorreu em 2016¹, o qual concluiu que o acordo conferia valor acrescentado ao auxílio judiciário mútuo entre a UE e os EUA e que, em geral, funcionava de forma eficaz. Serão envidados esforços adicionais para reforçar essa cooperação. Embora a cooperação judiciária entre as autoridades públicas, incluindo com os Estados Unidos, seja essencial, este método é frequentemente demasiado lento, tendo em conta a natureza volátil das provas eletrónicas, ou seja, demora em média 10 meses, podendo ainda implicar gastos desproporcionados em termos de recursos. Além disso, embora a soberania seja um aspeto importante da cooperação judiciária numa investigação específica, tornou-se cada vez mais comum que a única ligação a outro Estado seja a localização dos dados ou do prestador de serviços. Em especial no que se refere às provas eletrónicas, o reexame conjunto de 2016 incentivou os Estados-Membros a cooperarem diretamente com os prestadores de serviços norte-americanos, a fim de preservar e obter mais rápida e eficazmente as provas eletrónicas.

A cooperação direta com os prestadores de serviços norte-americanos desenvolveu-se como um canal alternativo à cooperação judiciária, limitando-se a dados não relacionados com conteúdos² processando-se numa base voluntária do ponto de vista do direito dos EUA. Em termos práticos, as autoridades públicas dos Estados-Membros da União Europeia contactam diretamente um prestador de serviços estabelecido nos EUA para efeitos de pedidos ao abrigo das normas processuais penais nacionais aos quais esse prestador de serviços tem acesso, normalmente dados relativos a um utilizador dos serviços que presta. Tal diz respeito a alguns prestadores de serviços estabelecidos nos Estados Unidos da América e, de forma mais limitada, na Irlanda, que respondem diretamente aos pedidos das autoridades de aplicação da lei dos Estados-Membros, a título voluntário, na medida em que os pedidos sejam relativos a dados não relacionados com conteúdos.

O direito dos EUA³ permite que os prestadores de serviços estabelecidos no seu território cooperem diretamente com as autoridades públicas europeias no que se refere a dados não relacionados com conteúdos. Contudo, esta cooperação é voluntária. Por conseguinte, os prestadores de serviços desenvolveram as suas próprias políticas ou decidem, caso a caso, se e de que forma cooperam. Além do aumento da cooperação direta com os prestadores de serviços, recentes sentenças e processos judiciais nos EUA visaram clarificar se as autoridades norte-americanas têm o direito de solicitar dados armazenados no estrangeiro por um prestador de serviços cuja sede principal seja nos Estados Unidos da América, em especial nomeadamente o processo «Microsoft Irland»⁴.

A dimensão dos pedidos de cooperação direta numa base voluntária aumentou rapidamente, registando-se mais de 124 000 pedidos em 2017. Embora assegurando um acesso mais rápido em comparação com o auxílio judiciário mútuo, a cooperação direta numa base voluntária está limitada a dados não relacionados com conteúdos. Além disso, é suscetível de ser pouco fiável, pode não assegurar o respeito das garantias processuais adequadas, só é possível com um número limitado de prestadores de serviços que aplicam políticas diferentes, não é

¹ Reexame de 2010 do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre auxílio judiciário mútuo, de 7 de abril de 2016, Documento 7403/16.

² Os dados de conteúdo só podem ser obtidos numa base voluntária em casos considerados urgentes que envolvam um risco de morte ou de lesões graves para uma pessoa.

³ Secção 2701(2) da *Electronic Communications and Privacy Act* 1986 (ECPA) 41, (Lei relativa a comunicações eletrónicas e privacidade).

⁴ O processo foi apreciado pelo Supremo Tribunal americano em 27 de fevereiro de 2018. O referido tribunal rejeitou o processo em 17 de abril de 2018, depois de ter sido informado pelas partes que a *CLOUD Act* tinha sido promulgada, permitindo a emissão de um novo mandado para obter a informação solicitada à Microsoft.

transparente e não prevê a obrigação de responsabilização. A fragmentação daí resultante pode gerar incerteza jurídica, suscitar questões sobre a legalidade da ação penal, bem como preocupações relativas à proteção dos direitos fundamentais e às garantias processuais para as pessoas a quem tais pedidos digam respeito. Por outro lado, menos de metade de todos os pedidos dirigidos aos prestadores de serviços é respondida⁵.

Quanto a eventuais pedidos das autoridades norte-americanas a prestadores de serviços estabelecidos na União Europeia, em muitos Estados-Membros o atual quadro jurídico que rege as telecomunicações proíbe que os prestadores de serviços nacionais de telecomunicações respondam diretamente aos pedidos de autoridades estrangeiras, incluindo de dados não relacionados com conteúdos. Por outro lado, não existe qualquer quadro jurídico que permita a cooperação direta noutros setores das comunicações. As autoridades norte-americanas apenas podem, regra geral, obter tais dados junto de prestadores de serviços da UE no quadro de um pedido de auxílio judiciário mútuo.

2. OBJETIVOS DA PROPOSTA

A Comissão Europeia comprometeu-se, no quadro da Agenda Europeia para a Segurança, de abril de 2015⁶, a rever os obstáculos às investigações de crimes praticados através de meios informáticos, nomeadamente o acesso transfronteiras a provas eletrónicas. Em 17 de abril de 2018, a Comissão apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho uma proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal⁷ e uma proposta de diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal (a seguir designadas «propostas relativas às provas eletrónicas»)⁸.

O objetivo destas propostas consiste em acelerar, na União Europeia, o processo destinado a preservar e obter provas eletrónicas diretamente junto dos prestadores de serviços estabelecidos noutra jurisdição. O âmbito destas propostas inclui tipos específicos de prestadores de serviços ativos na União Europeia. Um prestador oferece serviços na União Europeia quando permite que os utilizadores num ou vários Estados-Membros utilizem os seus serviços e quando existe uma ligação significativa com a União, por exemplo, caso tenha um estabelecimento num Estado-Membro ou preste serviços a um grande número de utilizadores nesse Estado-Membro. Os prestadores de serviços sem estabelecimento na UE têm a obrigação de designar um representante legal junto do qual as ordens de entrega de provas podem ser executadas.

O Conselho Europeu salientou a relevância desta questão tanto a nível interno como externo. As conclusões do Conselho Europeu, de 18 de outubro de 2018, referem que «É necessário

⁵ *Commission Impact Assessment accompanying the electronic evidence package* (Avaliação de impacto da Comissão que acompanha o conjunto de medidas sobre as provas eletrónicas), de 17 de abril de 2018, SWD(2018) 118 final.

⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Agenda Europeia para a Segurança, de 28 de abril de 2015, COM (2015) 185 final.

⁷ Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, de 17 de abril de 2018, COM (2018) 225 final.

⁸ Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal, de 17 de abril de 2018, COM (2018) 226 final.

encontrar soluções que permitam assegurar o acesso transfronteiras rápido e eficiente às provas eletrónicas, a fim de combater eficazmente o terrorismo e outras formas de criminalidade grave e organizada, tanto na UE como a nível internacional; até ao final da legislatura dever-se-á chegar a acordo sobre as propostas da Comissão relativas às provas eletrónicas e ao acesso a informações financeiras, bem como sobre as propostas que visam combater melhor o branqueamento de capitais⁹. A Comissão deverá igualmente apresentar, com carácter de urgência, mandatos de negociação para as negociações internacionais sobre provas eletrónicas».

As propostas da Comissão relativas às provas eletrónicas proporcionam a base para uma abordagem coordenada e coerente tanto no quadro da UE como a nível internacional, tendo em devida conta as normas da União Europeia, incluindo em matéria de não discriminação entre os Estados-Membros da UE e os respetivos nacionais. Embora a Comissão, na sua avaliação de impacto das propostas relativas às provas eletrónicas, já tivesse salientado que as propostas poderiam ser devidamente completadas por acordos bilaterais ou multilaterais sobre o acesso transfronteiras a provas eletrónicas acompanhados das garantias correspondentes, decidiu propor normas da UE relativas às modalidades e garantias adequadas para o acesso transfronteiras a provas eletrónicas antes de participar em negociações com terceiros.

A nível internacional, estão em curso debates no quadro das negociações sobre o Segundo Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime¹⁰. O acesso transfronteiras a provas eletrónicas tem figurado regularmente nas reuniões ministeriais recentes no domínio da justiça e dos assuntos internos entre a UE e os EUA.

As duas recomendações tendo em vista a abertura de negociações com os Estados Unidos e para participar nas negociações do Segundo Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime estão em fase de adoção simultânea pela Comissão. Embora ambos os processos progridam a ritmos diferentes, contemplam questões interligadas e os compromissos assumidos numa negociação poderão ter um impacto direto nas outras vertentes das negociações.

Uma vez que as propostas relativas às provas eletrónicas tratam a situação de certos tipos de prestadores de serviços que fornecem serviços no mercado da UE, existe um risco de existirem obrigações incompatíveis com as regulamentações de países terceiros. A fim de evitar estes conflitos de leis, e em consonância com o princípio da cortesia internacional, as propostas relativas às provas eletrónicas incluem disposições que prevêm mecanismos específicos aplicáveis quando um prestador de serviços seja confrontado com obrigações contraditórias decorrentes do direito de um país terceiro sempre que lhe são solicitadas provas. Esses mecanismos incluem um procedimento de reexame para clarificar tal situação. Um acordo entre a UE e os EUA deveria ter por objetivo evitar o risco de obrigações contraditórias entre a União Europeia e os Estados Unidos da América.

Os principais prestadores de serviços com provas pertinentes para investigações penais funcionam ao abrigo da jurisdição dos Estados Unidos. A *Stored Communications Act* de 1986 (Lei das comunicações armazenadas) proibiu a divulgação de dados de conteúdo, enquanto os dados não relacionados com conteúdos podem ser fornecidos a título voluntário. A *CLOUD Act* americana (Clarifying Lawful Overseas Use of Data) - lei sobre a clarificação

⁹ Embora as negociações com o Parlamento Europeu e o Conselho estejam em curso, o Conselho chegou a acordo sobre uma orientação geral relativamente à proposta da Comissão de regulamento no âmbito do Conselho «Justiça e Assuntos Internos» de 7 de dezembro de 2018.

¹⁰ Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime do Conselho da Europa (CETS n.º 185), 23 de novembro de 2001, <http://conventions.coe.int>

da utilização legítima de dados no estrangeiro, aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 23 de março de 2018, esclarece, através de uma alteração da *Stored Communications Act* de 1986, que os prestadores de serviços são obrigados a cumprir as decisões americanas de divulgação de dados de conteúdo e de dados não relacionados com conteúdos, independentemente do lugar de armazenamento desses dados, incluindo na União Europeia. A CLOUD ACT também permite a celebração de acordos de execução com governos estrangeiros, segundo os quais os prestadores de serviços americanos poderão fornecer dados de conteúdo diretamente às autoridades desses países. O âmbito dos dados abrangidos pela CLOUD Act respeita aos dados armazenados e de interceção de comunicações eletrónicas, embora as infrações penais abrangidas sejam os «crimes graves». Os acordos de execução com governos estrangeiros estão sujeitos a determinadas condições, por exemplo, que o país estrangeiro preveja proteções suficientes, incluindo a limitação do acesso aos dados de nacionais dos EUA.

O objetivo da presente iniciativa é tratar, através de normas comuns, o problema jurídico específico do acesso a dados de conteúdo e dados não relacionados com conteúdos na posse de prestadores de serviços na União Europeia ou nos Estados Unidos da América. A presente iniciativa, no contexto de um acordo internacional, completa as propostas da UE relativas às provas eletrónicas ao tratar a questão dos conflitos de leis, em especial no respeitante aos dados de conteúdo e ao tornar mais rápido o acesso a provas eletrónicas. A presente recomendação inclui diretrizes de negociação para a abertura das negociações sobre um acordo alargado a nível da UE com os Estados Unidos da América relativo ao acesso transfronteiras a provas eletrónicas. A União Europeia tem interesse em celebrar um acordo global com os Estados Unidos da América, tanto do ponto de vista da proteção dos direitos e valores europeus, nomeadamente a privacidade e a proteção dos dados pessoais, como na perspetiva dos nossos próprios interesses em matéria de segurança.

Em termos de dados de conteúdo, tal como acima salientado, a legislação dos EUA (*Stored Communications Act* de 1986) em vigor atualmente proíbe que os prestadores de serviços americanos respondam aos pedidos das autoridades de aplicação da lei estrangeiras. A legislação americana exige atualmente que um motivo provável seja invocado antes que um pedido de auxílio judiciário mútuo proveniente de um país terceiro possa ser executado. Os prestadores de serviços dos Estados-Membros da UE não podem atualmente dar resposta a pedidos diretos de autoridades de países terceiros. Um acordo entre a UE e os EUA completará o objetivo e a eficácia das propostas relativas às provas eletrónicas, em especial no que se refere aos dados de conteúdo na posse de prestadores de serviços americanos estabelecidos nos Estados Unidos da América. Tal permitirá a cooperação direta com um prestador de serviços mediante a criação de um quadro jurídico mais eficiente para as autoridades judiciais, uma vez que os profissionais UE deste setor enfrentam atualmente dificuldades para obter dados de conteúdo recorrendo a pedidos de auxílio judiciário mútuo.

No que diz respeito aos dados não relacionados com conteúdos, devido ao número crescente de pedidos de auxílio judiciário mútuo dirigidos aos Estados Unidos da América, as autoridades americanas têm incentivado as autoridades policiais e judiciais da UE a solicitarem dados não relacionados com conteúdos diretamente aos prestadores de serviços americanos, e a legislação dos EUA permite, embora não imponha, que os prestadores de serviços estabelecidos neste último país respondam a tais pedidos. Um acordo UE-EUA proporcionaria mais segurança, garantias processuais mais claras e reduziria a fragmentação no acesso das autoridades da UE a dados não relacionados com conteúdo na posse de prestadores de serviços americanos. Permitiria também o acesso recíproco por autoridades dos EUA aos dados conservados pelos prestadores de serviços da UE.

A recomendação de uma decisão do Conselho visa encetar as negociações entre a União Europeia e os Estados Unidos da América tendo em vista um acordo transatlântico relativo ao acesso transfronteiras a provas eletrónicas diretamente junto de prestadores de serviços para utilização em processos penais. Pretende adaptar os mecanismos de cooperação à era digital, dotando os setores judiciário e policial das ferramentas que lhes permitam fazer face aos novos meios que os criminosos utilizam para comunicar, bem como lutar contra as novas formas de criminalidade.

Um acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos proporcionaria uma série de vantagens práticas:

- Permitirá o acesso recíproco das autoridades judiciais aos dados de conteúdo;
- Permitirá tratar o acesso a dados não relacionados com conteúdos tendo por base ordens das autoridades judiciais, assegurar o acesso recíproco por autoridades da UE e dos EUA, bem como reapreciar as condições e garantias da cooperação direta com os prestadores de serviço;
- Contribuirá para tornar mais rápido o acesso das autoridades judiciais aos dados;
- Reduzirá o risco de conflitos de leis;
- Reduzirá o risco de fragmentação das normas e procedimentos, e harmonizará os direitos e as garantias através de um único mandato de negociação para todos os Estados-Membros da União Europeia com os Estados Unidos, assegurando desta forma o respeito do princípio de não discriminação entre os Estados-Membros da União Europeia e os respetivos nacionais;
- Clarificará o carácter vinculativo e a execução das ordens dirigidas aos prestadores de serviços e especificará, em simultâneo, as obrigações que incumbem às autoridades judiciais.

O acordo deverá estar subordinado à instauração de mecanismos sólidos de proteção dos direitos fundamentais. As presentes diretrizes de negociação visam reforçar a segurança jurídica para as autoridades, os prestadores de serviços e as pessoas interessadas, garantindo a proporcionalidade, a proteção dos direitos fundamentais, a transparência e a responsabilização tanto das autoridades judiciais como dos prestadores de serviços.

3. DISPOSIÇÕES EM VIGOR NO MESMO DOMÍNIO DE INTERVENÇÃO

O atual quadro jurídico da União Europeia é composto por instrumentos de cooperação em matéria penal, designadamente a Diretiva 2014/41/UE relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal¹¹, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia¹², o Regulamento 2018/1727 que cria a Eurojust¹³, o Regulamento (UE) 2016/794 que cria a Europol¹⁴, a Decisão-Quadro

¹¹ [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, JO L 130 de 1.5.2014, p. 1.

¹² [Ato do Conselho, de 29 de maio de 2000](#), que estabelece, em conformidade com o artigo 34.º do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia.

¹³ Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust) e que substitui e revoga a Decisão 2002/187/JAI do Conselho.

2002/465/JAI do Conselho relativa às equipas de investigação conjuntas¹⁵ e a proposta de regulamento sobre a prevenção da disseminação de conteúdos terroristas em linha¹⁶.

Em 17 de abril de 2018, a Comissão apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho uma proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal¹⁷ e uma proposta de diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal¹⁸. A nível externo, a União Europeia celebrou vários acordos bilaterais entre a União e países terceiros, designadamente o Acordo sobre auxílio judiciário mútuo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América¹⁹. O presente acordo destina-se a completar os acordos citados.

Os dados pessoais cobertos pela presente recomendação de decisão do Conselho estão protegidos e apenas podem ser tratados em conformidade com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)²⁰ e, em relação às autoridades da União Europeia, com a Diretiva relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades policiais e judiciárias (Diretiva proteção de dados para fins de aplicação da lei)²¹. O acordo deverá completar o Acordo UE-EUA sobre proteção de dados e privacidade, também conhecido por «Acordo-Quadro», que entrou em vigor em 1 de fevereiro de 2017, e a *Judicial Redress Act* (lei de recurso judicial), que alarga as vantagens da *Privacy Act* aos cidadãos europeus e que foi aprovada pelo Congresso americano em 24 de fevereiro de 2016.

Os dados de comunicações eletrónicas abrangidos pela presente recomendação de decisão do Conselho estão protegidos e apenas podem ser tratados em conformidade com a Diretiva 2002/58/CE (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas)²².

¹⁴ [Regulamento \(UE\) 2016/794](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (Europol) e que substitui e revoga as Decisões 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI e 2009/968/JAI do Conselho.

¹⁵ [Decisão-Quadro 2002/465/JAI do Conselho](#), de 13 de junho de 2002, relativa às equipas de investigação conjuntas.

¹⁶ Proposta de Regulamento sobre a prevenção da disseminação de conteúdos terroristas em linha, 12 de setembro de 2018, COM (2018) 640 final.

¹⁷ Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, 17 de abril de 2018, COM (2018) 225 final.

¹⁸ Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal, de 17 de abril de 2018, COM (2018) 226 final.

¹⁹ [Decisão 2009/820/PESC do Conselho](#), de 23 de outubro de 2009, relativa à celebração, em nome da União Europeia, do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre extradição e do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre auxílio judiciário mútuo.

²⁰ [Regulamento \(UE\) 2016/679](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

²¹ [Diretiva \(UE\) 2016/680](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

²² Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) (JO L 201 de 31.7.2002, p.37), alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de

O acordo deverá respeitar os direitos fundamentais, as liberdades e os princípios gerais do direito da UE conforme consagrados nos Tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os direitos processuais, incluindo o direito à ação e a um tribunal imparcial, a presunção de inocência e o direito de defesa, os princípios da legalidade e de proporcionalidade dos delitos e das penas, bem como quaisquer obrigações que nesta matéria incumbam às autoridades de aplicação da lei ou judiciais. No respeitante às necessárias garantias sobre a proteção de dados relativas aos dados pessoais transferidos da União Europeia para as autoridades de aplicação da lei americanas, as disposições aplicáveis do Acordo entre a UE e os EUA sobre proteção de dados e privacidade serão completadas por garantias adicionais a fim de ter em conta o nível de sensibilidade das categorias dos dados em questão e os requisitos únicos da transferência de provas eletrónicas diretamente pelos prestadores de serviços.

O acordo também não deve prejudicar outros acordos internacionais em vigor no domínio da cooperação judiciária em matéria penal entre autoridades, designadamente o Acordo UE-EUA de assistência judiciária mútua. O acordo deverá, nas relações bilaterais entre os Estados Unidos da América e a União Europeia, prevalecer sobre qualquer acordo ou convénio alcançado em resultado das negociações do Segundo Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime.

O Conselho deve autorizar a abertura das negociações, adotar diretrizes de negociação e autorizar a assinatura e a celebração do acordo, como estabelecido no artigo 218.º, n.ºs 3 e 4, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Direitos fundamentais

O acordo será suscetível de afetar vários direitos fundamentais:

- Os direitos das pessoas a cujos dados é autorizado o acesso: nomeadamente, o direito à proteção dos dados pessoais; o direito ao respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e comunicações; o direito à liberdade de expressão e associação; o direito à ação e a um tribunal imparcial, a presunção de inocência e o direito de defesa, os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas;
- Os direitos do prestador de serviços: o direito à liberdade de empresa; o direito à ação judicial;
- o direito à liberdade e à segurança individual.

Tendo em conta o acervo aplicável em matéria de proteção da privacidade e dos dados, devem ser previstas no acordo garantias suficientes e relevantes, a fim de assegurar que os direitos das pessoas em causa estão protegidos em conformidade com os princípios gerais do direito da UE e da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O Acordo UE-EUA deve ser compatível com as propostas relativas às provas eletrónicas, incluindo a sua evolução no âmbito do processo legislativo e sob a sua forma definitiva adotada.

redes e serviços de comunicações eletrónicas, a Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

A definição dos processos penais para efeitos dos quais tais dados poderão ser obtidos, os tipos de dados abrangidos, os requisitos de emissão de uma ordem, os recursos judiciais e as garantias, bem como o âmbito das infrações em causa, constituirão parte importante das negociações, a fim de evitar conflitos de leis e melhorar o acesso das autoridades. As definições e o âmbito de aplicação deverão ser compatíveis com as definições e o âmbito de aplicação das normas internas da UE relativas às provas eletrónicas, incluindo a sua evolução.

A Comissão considera que é do interesse da União Europeia e dos Estados Unidos da América celebrarem um acordo global, pois este proporcionará clareza jurídica às autoridades judiciais e de aplicação da lei das duas Partes, evitando-se deste modo o risco de obrigações jurídicas contraditórias para os prestadores de serviços. Além disso, será a única forma de evitar a aplicação de normas distintas aos cidadãos e prestadores de serviços da UE em função da respetiva nacionalidade.

O acordo deverá clarificar o carácter vinculativo e as modalidades de execução das ordens dirigidas aos prestadores de serviços, bem como definir, em simultâneo, as obrigações que incumbem às autoridades judiciais.

Nos pontos 1 a 3 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe os três principais objetivos do acordo, ou seja, estabelecer normas comuns e prevenir os conflitos de leis em relação às ordens sobre dados de conteúdo e dados não relacionados com conteúdos, de uma autoridade judicial numa Parte Contratante, dirigidas a um prestador de serviços sujeito ao direito da outra Parte Contratante; em segundo lugar, tendo por base esse tipo de ordem, permitir a transferência de provas eletrónicas diretamente, segundo o princípio da reciprocidade, de um prestador de serviços para uma autoridade requerente e, em terceiro lugar, assegurar o respeito dos direitos fundamentais, das liberdades e dos princípios gerais do direito da UE conforme consagrados nos Tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No ponto 4 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo seja aplicado aos processos penais, incluindo as fases de instrução e de julgamento. Deve ser compatível com o artigo 3.º da proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal. Durante a fase de instrução e a fase de julgamento são aplicáveis todas as proteções jurídicas das pessoas interessadas e, em especial, as garantias do direito processual penal.

No ponto 5 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo crie direitos e obrigações recíprocos para as Partes no acordo.

No ponto 6 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo estabeleça as definições e os tipos de dados a serem abrangidos, incluindo os dados de conteúdo e os dados não relacionados com conteúdos. Os dados de conteúdo incluem os conteúdos do intercâmbio eletrónico e são considerados a categoria mais intrusiva de prova eletrónica. Os dados não relacionados com conteúdos englobam os dados do assinante, que é o tipo de dados mais frequentemente solicitado para efeitos de investigações penais, bem como os dados de tráfego, que incluem informações sobre as identidades dos remetentes e dos destinatários de mensagens eletrónicas e os metadados, incluindo a data e hora, a frequência e a duração dos intercâmbios.

No ponto 7 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo defina o seu âmbito de aplicação exato em termos das infrações penais abrangidas e dos limites dos níveis de sanções. Deve ser compatível com o artigo 5.º, n.º 4, da proposta de regulamento relativo às

ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal. A autoridade que emite a ordem deverá ser obrigada a assegurar, no caso concreto, que a medida é necessária e proporcionada, nomeadamente tendo em conta a gravidade da infração sob investigação. O acordo deverá incluir os limites adequados dos níveis de sanções para os dados de conteúdo e os dados não relacionados com conteúdos. Deverá ser compatível com o limite de três anos, que restringe o âmbito do instrumento às formas mais graves de infrações, sem restringir excessivamente a possibilidade de utilização deste instrumento pelos profissionais do setor judicial.

No ponto 8 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo defina as condições a serem cumpridas antes de uma autoridade judicial poder emitir uma ordem e as formas de citação ou notificação dessa ordem. Deve ser compatível com o artigo 5.º sobre as condições de emissão de uma ordem da proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal.

No ponto 9 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo inclua uma cláusula que permite um recurso judicial efetivo para suspeitos e arguidos durante o processo penal. Além disso, o acordo deverá definir as circunstâncias em que um prestador de serviços tem o direito de impugnar uma ordem. Para as pessoas interessadas, a base para as estas disposições é o artigo 17.º da proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, que garante que as pessoas afetadas por uma ordem europeia de entrega de provas dispõem de recursos efetivos em conformidade com o direito nacional, normalmente durante o processo penal. Os recursos dos titulares de dados são igualmente definidos na Diretiva (UE) 2016/680 e no Regulamento (UE) 2016/679. Uma vez que a ordem é uma medida vinculativa, poderá ainda afetar os direitos dos prestadores de serviços, em especial a liberdade de empresa e as condições deste exercício. A Comissão propõe que o acordo inclua, no caso do prestador de serviços, um direito de queixa no Estado de emissão, por exemplo quando a ordem não tenha sido emitida ou validada por uma autoridade judicial.

No ponto 10 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo defina o prazo para o fornecimento dos dados abrangidos pela ordem. A base para a presente disposição é o artigo 9.º da proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, que obriga os destinatários a responder num prazo normal de 10 dias, embora as autoridades possam fixar um prazo mais curto, quando justificado.

A Comissão propõe, no ponto 11 das diretrizes de negociação, que o acordo não deve prejudicar outros acordos internacionais em vigor no domínio da cooperação judiciária em matéria penal entre autoridades, designadamente o Acordo UE-EUA de assistência judiciária mútua.

No ponto 12 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo deve, nas relações bilaterais entre a União Europeia e os Estados Unidos da América prevalecer em relação à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime e qualquer acordo ou convénio alcançado em resultado das negociações do Segundo Protocolo Adicional à Convenção, na medida em que as disposições deste último acordo ou convénio tratem matérias abrangidas pelo presente acordo.

No ponto 13 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo seja recíproco para as categorias de pessoas cujos dados não podem ser solicitados ao abrigo do presente

acordo. O acordo não deve prever qualquer disposição discriminatória entre nacionais de diferentes Estados-Membros da União Europeia. A Comissão considera que este acordo, que é aplicável no conjunto da UE, constitui uma garantia de cumprimento deste requisito.

Os pontos 14 a 16 das diretrizes abrangem as garantias sobre a proteção de dados exigidas para este acordo específico. O ponto 14 das diretrizes de negociação estabelece que o acordo deve tornar aplicável, por remissão, o Acordo UE-EUA sobre proteção de dados e privacidade, também conhecido por «Acordo-Quadro». No ponto 15, a Comissão refere que o acordo deverá completar o Acordo-Quadro através de garantias adicionais que tenham em conta o nível de sensibilidade das categorias de dados em questão e os requisitos únicos da transferência de provas eletrónicas diretamente pelos prestadores de serviços e não entre autoridades. O ponto 16 estabelece as garantias adicionais propostas pela Comissão como necessárias ao presente acordo, incluindo a especificação do objeto, a limitação do objeto, a notificação e a transferência ulterior.

O ponto 17 das diretrizes de negociação abrange os direitos processuais adicionais que a Comissão propõe como necessários para ter em conta os requisitos únicos da transferência de provas eletrónicas diretamente pelos prestadores de serviços e não entre as autoridades. Esses direitos adicionais determinam que os dados não poderão ser solicitados para utilização num processo penal que possa resultar numa condenação à pena de morte, prevêm a proporcionalidade das ordens, e garantias específicas para os dados protegidos por privilégios e imunidades. As imunidades e os privilégios associados a certas profissões, por exemplo os advogados, bem como os interesses fundamentais atinentes à segurança ou à defesa nacional no Estado do destinatário, devem igualmente ser tidos em consideração durante o julgamento no Estado de emissão. O reexame por uma autoridade judicial funciona como garantia adicional neste contexto.

Nas disposições relativas ao funcionamento do acordo, constantes dos pontos 18 a 23 das diretrizes de negociação, a Comissão propõe que o acordo inclua periodicamente reexames conjuntos da sua aplicação e uma cláusula relativa à vigência. Além disso, é proposto que o acordo estabeleça consultas entre as Partes para facilitar a resolução de qualquer diferendo relativo à interpretação ou à aplicação do acordo. Deverão ser recolhidas estatísticas pelas duas Partes para facilitar o processo de reexame. Além disso, as diretrizes de negociação propõem que o futuro acordo inclua uma cláusula de suspensão ou de termo de vigência caso o procedimento de consulta não permita a resolução do diferendo.

DECISÃO DO CONSELHO

que autoriza a abertura de negociações tendo em vista um acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre o acesso transfronteiras a provas eletrónicas para fins de cooperação judiciária em matéria penal

O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 218.º, n.ºs 3 e 4,

Tendo em conta a recomendação da Comissão Europeia,

- (1) Em 17 de abril de 2018, a Comissão apresentou propostas legislativas respeitantes a um regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal e uma diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal (a seguir designadas por «propostas relativas às provas eletrónicas»)²³. O Conselho aprovou uma orientação geral sobre a proposta da Comissão relativa ao regulamento no âmbito do Conselho «Justiça e Assuntos Internos» de 7 de dezembro de 2018²⁴.
- (2) Devem ser encetadas negociações tendo em vista à celebração de um acordo entre a União e os Estados Unidos da América sobre o acesso transfronteiras das autoridades judiciárias a provas eletrónicas na posse de um prestador de serviços no âmbito de processos penais.
- (3) O acordo deverá incluir as garantias necessárias respeitantes aos direitos e liberdades fundamentais e observar os princípios reconhecidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial o direito à vida privada e familiar, ao domicílio e comunicações, reconhecido no artigo 7.º da Carta, o direito à proteção dos dados pessoais, reconhecido no artigo 8.º da Carta, o direito à ação e a um tribunal imparcial, reconhecido no artigo 47.º da Carta, a presunção de inocência e os direitos de defesa, reconhecidos no artigo 48.º da Carta, bem como os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas consagrados no artigo 49.º da Carta. O acordo deve ser aplicado em conformidade com esses direitos e princípios.

²³ Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, de 17 de abril de 2018, COM (2018) 225 final. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal, de 17 de abril de 2018, COM (2018) 226 final.

²⁴ Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal, Orientação geral do Conselho, ST 15292 2018 INIT, de 12 de dezembro de 2018.

- (4) A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados foi consultada nos termos do 42.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho²⁵, tendo emitido o seu parecer em ...²⁶,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A Comissão fica autorizada a negociar, em nome da União, um acordo entre a União e os Estados Unidos da América sobre o acesso transfronteiras das autoridades judiciárias a provas eletrónicas na posse de um prestador de serviços no âmbito de processos penais.

Artigo 2.º

As diretrizes de negociação figuram em anexo.

Artigo 3.º

As negociações devem ser conduzidas em consulta com um comité especial a designar pelo Conselho.

Artigo 4.º

A destinatária da presente decisão é a Comissão.

Feito em Bruxelas, em

*Pelo Conselho
O Presidente*

²⁵ Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE (JO L 295 de 21.11.2018, p. 39).

²⁶ JO C