



Bruxelas, 28 de maio de 2018
(OR. en)

9418/18

Dossiês interinstitucionais:
2018/0107 (COD)
2018/0108 (COD)

JAI 516
COPEN 166
CYBER 117
DROIPEN 76
JAIEX 56
ENFOPOL 284
DAPIX 158
EJUSTICE 62
MI 399
CODEC 873

NOTA

de: Presidência
para: Conselho

Assunto: Provas eletrónicas
a) Regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas
b) Diretiva relativa aos representantes legais para efeitos de recolha de provas
= Debate de orientação

I. Introdução

1. Em 17 de abril de 2018, a Comissão adotou duas propostas legislativas: a *proposta de regulamento relativo às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal*¹ e a *proposta de diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal*². O objetivo consiste em melhorar o acesso transfronteiras aos meios de prova eletrónicos através da criação de um quadro jurídico para as sentenças remetidas diretamente aos representantes legais dos prestadores de serviços sem a intervenção de uma autoridade do Estado-Membro onde está situado o respetivo representante legal.

¹ 8110/18.

² 8115/18.

As primeiras discussões de peritos e um debate no CATS revelaram uma série de questões politicamente importantes, que a Presidência gostaria de apresentar ao Conselho (JAI) de 4 de junho com o intuito de solicitar orientações políticas, não só sobre o rumo a seguir nas futuras negociações sobre as propostas, como também no que diz respeito às relações externas da UE, referentes a essa matéria, com os seus principais parceiros, tais como os Estados Unidos.

II. Âmbito de aplicação das propostas legislativas da Comissão

2. Pese embora terem acolhido favoravelmente as propostas, diversas delegações lamentaram o limitado âmbito de aplicação do regulamento proposto, uma vez que não aborda o *acesso direto a provas eletrónicas* (acesso direto a dados sem a assistência de um terceiro (prestador de serviços) na qualidade de intermediário), nem a *interceção de dados em tempo real*. Muitas delegações consideraram que era necessário tratar estes dois elementos, na medida em que respondem a uma necessidade operacional e, por conseguinte, precisam de ser estudados mais aprofundadamente e com maior pormenor. No entanto, as opiniões dividiram-se quanto à questão de saber se tal deverá ser feito com vista a incluí-los nas atuais propostas ou, pelo contrário, paralelamente às atuais propostas, a fim de não atrasar ou prolongar as negociações em curso.
3. No que diz respeito à *interceção de dados em tempo real*, foram feitas até à data as seguintes considerações:
 - trata-se de uma medida sensível e intrusiva,
 - esta possibilidade está prevista na maioria das legislações nacionais para circunstâncias nacionais, na diretiva relativa à decisão europeia de investigação e na Lei CLOUD dos EUA; uma base da UE para a interceção de dados em tempo real deverá ser considerada neste quadro mais amplo e ter em conta a necessidade de dotar as autoridades dos Estados-Membros com toda a gama de instrumentos para combater a criminalidade na era digital (de que dispõem os seus homólogos americanos). Além disso, os Estados-Membros alegaram que é de considerar também parte integrante da reflexão sobre essa medida determinar se é possível integrar a interceção em tempo real num acordo de execução ao abrigo da Lei CLOUD dos EUA, numa base de reciprocidade.

4. No que diz respeito ao *acesso direto a provas eletrônicas*, foram feitas até à data as seguintes considerações:
- é um instrumento eficaz no caso de perda de localização ou de prestadores de serviços não cooperantes, que habilita as autoridades dos Estados-Membros a acederem remotamente aos dados disponíveis na sequência de uma busca e apreensão de um dispositivo ou a utilização de credenciais de acesso a uma conta obtidas de forma legal;
 - há uma grande disparidade nas legislações nacionais que regulam atualmente esse acesso direto nos Estados-Membros, nomeadamente quanto às salvaguardas e às competências previstas;
 - a eventual criação de um quadro comum da UE seria de grande utilidade, mas uma tal abordagem da UE deverá ser cuidadosamente analisada à luz dessas divergências entre os quadros jurídicos nacionais, e haverá que examinar também cuidadosamente um certo número de questões de natureza jurídica, nomeadamente a base jurídica adequada.
5. ***Os ministros são convidados a trocar impressões sobre a urgência da questão e as modalidades para a continuação dos debates referentes à criação de um quadro da UE para o “acesso direto a provas eletrônicas” e a “interceção de dados em tempo real” num futuro próximo.***

III. A recente evolução da situação internacional e o impacto da Lei Cloud dos EUA

6. A Lei CLOUD dos EUA³, adotada pelo Congresso dos EUA em 23 de março de 2018, clarifica, mediante uma alteração da lei de 1986 sobre as comunicações arquivadas (Stored Communications Act), que os prestadores de serviços americanos são obrigados a cumprir as decisões americanas de divulgação dos dados de conteúdo, independentemente do local onde esses dados estejam arquivados⁴. Além disso, a Lei Cloud dos EUA permite a celebração, em determinadas condições, de acordos de execução com governos de países estrangeiros, segundo os quais os prestadores de serviços americanos poderão fornecer dados de conteúdo diretamente às autoridades desses países (bem como interceptar comunicações por cabo), em condições a determinar no acordo de execução.

³ Lei sobre a clarificação da utilização legítima de dados no estrangeiro (Clarifying Lawful Overseas Use of Data)

⁴ Assim, torna irrelevante o processo EUA contra Microsoft Corporation sobre este mesmo assunto, ou seja, a questão de saber se, nos termos da lei de 1986 sobre as comunicações arquivadas, as autoridades norte-americanas responsáveis pela aplicação da lei podem exigir que, mediante mandado judicial, um prestador de serviços estabelecido nos EUA reproduza o conteúdo de uma conta de correio eletrónico armazenado num servidor localizado no estrangeiro.

7. Quando esta questão foi debatida no Conselho (JAI) de março, os ministros pronunciaram-se a favor de uma abordagem comum da UE em relação aos EUA, sublinhando que tal iria não só contribuir consideravelmente para garantir clareza jurídica aos prestadores de serviços e às autoridades competentes dos Estados-Membros, como também que evitaria a proliferação de regimes divergentes, a fragmentação na UE e o tratamento desigual dos Estados-Membros.
8. Na reunião do CATS de 18 de maio, a Comissão e o Serviço Jurídico do Conselho clarificaram que a UE é competente para iniciar tais negociações com os EUA e os Estados-Membros não deverão iniciar negociações bilaterais. A Comissão frisou igualmente algumas das vantagens acima referidas. Na reunião ministerial UE-EUA realizada em Sófia, em 22 e 23 de maio de 2018, a Comissão e a Presidência clarificaram igualmente a competência da UE sobre o assunto.
9. A celebração de um acordo de execução entre a UE e os EUA deverá igualmente ser apreciada à luz das disposições do artigo 48.º do RGPD, que entrou em vigor recentemente. O artigo referido dispõe que *‘As decisões [...] que exijam que o responsável pelo tratamento ou o subcontratante transfiram ou divulguem dados pessoais só são reconhecidas ou executadas se tiverem como base um acordo internacional [...] entre o país terceiro em causa e a União [...] sem prejuízo de outros motivos de transferência nos termos do presente capítulo [V]’*.
10. Por último, ao definir as futuras relações, deverá ser dada especial atenção às regras contidas nos respetivos textos legislativos relativos aos casos em que os prestadores de serviços se vêm confrontados com legislações nacionais contraditórias. A Lei CLOUD dos EUA contém uma “cláusula de cortesia”⁵, ao passo que o projeto de regulamento da UE estipula no artigo 15.º um procedimento de reexame em caso de conflito de obrigações⁶. Será necessário proceder a uma análise atenta e pormenorizada destas disposições, a fim de se assegurar a reciprocidade e a eficácia operacional.

⁵ A cláusula de cortesia permite que os prestadores de serviços solicitem a um tribunal norte-americano que anule ou altere uma decisão emitida em relação à conservação ou divulgação de dados se esses dados disserem respeito a um cidadão que não seja norte-americano e se o cumprimento do mandado os obrigar a violar as leis de um país com o qual os EUA tenham celebrado um acordo de execução que preveja conferir possibilidades semelhantes aos prestadores de serviços sujeitos à sua legislação.

⁶ O artigo 15.º prevê um diálogo com a autoridade central do Estado terceiro em causa. Apenas no caso de esta autoridade não levantar objeções, seria mantida a ordem europeia de entrega de provas (também conhecida por "decisão europeia de obtenção de provas") e seriam transmitidos os dados.

- 11. Os ministros são convidados a confirmar a sua vontade de iniciar rapidamente negociações com os EUA sobre a celebração de um acordo de execução entre a UE e os EUA e são ainda convidados a solicitar à Comissão que apresente urgentemente ao Conselho uma recomendação de mandato de negociação para esse efeito. Convidam-se os ministros a solicitar à Comissão que tome medidas semelhantes no que respeita ao Segundo Protocolo Adicional à Convenção de Budapeste que está atualmente a ser elaborado sob a égide do Conselho da Europa.**
-