Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 25 de julho de 2018[1]

Processo C-310/16

Spetsializirana prokuratura
contra
Petar Dzivev,
Galina Angelova,
Georgi Dimov,
Milko Velkov

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

«Pedido de decisão prejudicial — Proteção dos interesses financeiros da União Europeia — Luta contra a fraude ao imposto sobre o valor acrescentado (IVA) — Crimes fiscais — Cobrança efetiva do IVA — Alcance dos deveres dos Estados-Membros — Limites decorrentes dos direitos fundamentais da União ou nacionais — Provas obtidas em violação do direito nacional — Interceções de telecomunicações — Incompetência do tribunal que autoriza as interceções»

I. Introdução

1. Petar Dzivev é acusado de liderar uma associação criminosa que cometeu uma fraude ao imposto sobre o valor acrescentado (IVA). A fim de recolher provas do seu envolvimento, foram intercetadas telecomunicações (através de interceções telefónicas). No entanto, algumas dessas gravações foram decretadas por um tribunal que aparentemente não tinha competência para tomar essa decisão. Além disso, algumas decisões não foram devidamente fundamentadas. Nos termos da lei búlgara, as provas reunidas são ilegais e não podem ser utilizadas em processos penais contra P. Dzivev.

2. Neste contexto factual e jurídico, o Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial, Bulgária) pretende saber se, num caso como o presente, o direito da União se opõe à aplicação de uma disposição de direito nacional que proíba a utilização de provas obtidas através de interceções decretadas por um tribunal que não tinha competência para o fazer e/ou que não fundamentou devidamente essa decisão, se essas provas pudessem alegadamente confirmar o envolvimento de P. Dzivev numa infração relativa ao IVA.

3. Até que ponto se estende o dever dos Estados-Membros de proteger os interesses financeiros da União Europeia ao abrigo do artigo 325.º TFUE? Pode, ou mesmo deve, qualquer regra nacional ser ignorada se parecer impedir a cobrança exata e integral do IVA, incluindo a imposição de sanções por fraude ou outras atividades ilegais que afetem os interesses financeiros da União Europeia?

1 Língua original: inglês.

4. É indiscutível que a rápida evolução da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça sobre esta matéria não esteve isenta de controvérsia e, digamos, de dissonância interna. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça proferiu o Acórdão no processo Taricco [2]. Depois pronunciou-se nos processos M.A.S e M.B [3]. e Scialdone [4], parecendo seguir um curso diferente (e, pelo menos na minha opinião, mais razoável). Mais recentemente, foi proferido o Acórdão Kolev que mais parece reverter para a posição do Acórdão Taricco [5]. Com uma série de outros acórdãos do Tribunal de Justiça a orbitar à volta da jurisprudência, pode não ser de facto muito fácil discernir o que estabelece o direito atualmente. Nas presentes conclusões, por conseguinte, procuro explicar por que razão acredito que a abordagem adequada ao Acórdão Taricco e aos seus sucessores é feita pelo prisma dos Acórdãos M.A.S e Scialdone e não do Acórdão Kolev.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Carta dos Direitos Fundamentais

5. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») prevê que «[t]odas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações».

6. Nos termos do artigo 48.º, n.º 2, «[é] garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa».

2. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

7. O artigo 325.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «TFUE») prevê que «[a] União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União».

3. Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias

8. O artigo 1.º, n.º 1, da Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (a seguir «Convenção PIF») [6] prevê que:

«Para efeitos da presente convenção, constitui fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias:

[…]

2 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555).

3 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

4 Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295).

5 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392).

6 Convenção estabelecida com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia (JO 1995, C 316, p. 49).

b) Em matéria de receitas, qualquer ato ou omissão intencionais relativos:

– à utilização ou apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a diminuição ilegal de recursos do Orçamento Geral das Comunidades Europeias ou dos orçamentos geridos pelas Comunidades Europeias ou por sua conta,

– à não comunicação de uma informação em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito,

– ao desvio de um benefício legalmente obtido, que produza o mesmo efeito.»

9. O artigo 2.º, n.º 1, dispõe que «[c]ada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para que os comportamentos referidos no artigo 1.º, bem como a cumplicidade, a instigação ou a tentativa relativas aos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 1.º, sejam passíveis de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasoras, incluindo, pelo menos nos casos de fraude grave, penas privativas de liberdade que possam determinar a extradição, entendendo-se que se deve considerar fraude grave qualquer fraude relativa a um montante mínimo, a fixar em cada Estado-Membro. Esse montante mínimo não pode ser fixado em mais de 50 000 [euros]».

4. Decisão 2007/436

10. De acordo com o artigo 2.º, n.º 1, da Decisão 2007/436/CE EURATOM [7]:

«Constituem recursos próprios inscritos no orçamento geral da União Europeia as receitas provenientes:

[…]

b) Sem prejuízo do disposto no segundo parágrafo do n.º 4, a aplicação de uma taxa uniforme, válida para todos os Estados-Membros, à base do IVA, determinada de maneira harmonizada segundo regras da Comunidade. A base a ter em conta para este efeito está limitada a 50% do RNB para cada Estado-Membro, conforme definido no n.º 7;

[…]»

5. Diretiva IVA

11. O artigo 250.º, n.º 1, da Diretiva 2006/112/CE (a seguir «Diretiva IVA») [8] prevê que «[o]s sujeitos passivos devem apresentar uma declaração de IVA da qual constem todos os dados necessários para o apuramento do montante do imposto exigível e do montante das deduções a efetuar, incluindo, na medida em que tal seja necessário para o apuramento do valor tributável, o montante global das operações relativas a esse imposto e a essas deduções, bem como o montante das operações isentas».

12. O artigo 273.º tem a seguinte redação: «Os Estados-Membros podem prever outras obrigações que considerem necessárias para garantir a cobrança exata do IVA e para evitar a fraude, sob reserva da observância da igualdade de tratamento das operações internas e das operações efetuadas entre Estados-Membros por sujeitos passivos, e na condição de essas obrigações não darem origem, nas trocas comerciais entre Estados-Membros, a formalidades relacionadas com a passagem de uma fronteira […]»

7 Decisão do Conselho, de 7 de junho de 2007, relativa ao sistema de recursos próprios das Comunidades Europeias (JO 2007, L 163, p. 17).

8 Diretiva do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO 2006, L 347, p. 1).

B. Direito nacional

13. O artigo 32.º, n.º 2, da Constituição búlgara consagra a proibição de interceção das telecomunicações, com exceção dos casos previstos na lei.

14. O artigo 121.º, n.º 4, da Constituição estabelece o dever de fundamentação das decisões judiciais.

15. A interceção de telecomunicações está regulada nos artigos 1.º a 3.º, 6.º e 12.º a 18.º da Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (Lei sobre métodos especiais de investigação, a seguir «ZSRS») e nos artigos 172.º a 177.º do Código de Processo Penal. Como explicou o órgão jurisdicional de reenvio, as interceções tanto podem ser realizadas antes (investigações preliminares) como depois da instauração do processo penal. Quando são realizadas antes, a decisão é requerida por um órgão do Ministerstvo na vatreshnite raboti (Ministério do Interior) (no presente caso pelo Direktor na Glavna direktsia za Borba s organiziranata prestapnost (diretor da Direção-Geral de Combate ao Crime Organizado). Depois da instauração do processo penal, a decisão é requerida pelo Ministério Público. No pedido deve indicar-se qual a pessoa (ou qual a linha telefónica) que deve ser escutada e qual a ação suspeita que está na base da interceção.

16. A interceção de telecomunicações só é lícita se tiver sido previamente autorizada, pelo presidente ou pelo vice-presidente de um tribunal competente para decidir sobre o pedido, através de decisão judicial não passível de recurso.

17. Em 1 de janeiro de 2012, entrou em vigor a Zakon za izmenenie i dopalnenie na Nakazatelno-protsesualnia kodeks (Lei que altera e completa o Código de Processo Penal, a seguir «ZIDNPK»), relativa à criação e ao modo de funcionamento do Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial). Esta lei transferiu poderes sobre processos contra organizações criminosas do Sofiyski gradski sad (Tribunal da Cidade de Sófia) para o Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial). Nos termos do artigo 5.º ZIDNPK, a competência para decretar medidas de interceção de telecomunicações em certos casos também foi transferida para esse órgão jurisdicional.

18. Por força do artigo 9.º, n.º 2, ZIDNPK, os processos penais existentes e em curso continuaram a ser tratados pelos órgãos que até então dispunham da competência correspondente. A partir de 6 de março de 2012, a disposição foi novamente alterada para que o controlo jurisdicional das interceções fosse exercido pelo órgão jurisdicional que tinha competência antes de 1 de janeiro de 2012.

III. Factos, tramitação do processo e questões prejudiciais

19. Petar Dzivev, Galina Angelova, Georgi Dimov e Milko Velkov (a seguir «arguidos») vêm acusados de terem pertencido, entre 1 de junho de 2011 e 31 de março de 2012, a uma associação criminosa. Foi alegado que cometeram diversos crimes fiscais para seu benefício, através da sociedade Karoli Kepital EOOD (a seguir «Karoli»). Ao fazê-lo, terão permitido a evasão à determinação e ao pagamento de dívidas fiscais a que a sociedade estava sujeita nos termos da Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (a seguir «Lei do IVA»). Estes quatro indivíduos também estão acusados de crimes fiscais concretos cometidos pela Karoli entre 1 de junho de 2011 e 31 de janeiro de 2012. O imposto não declarado e não pago atinge o valor total de 372 667,99 Leva búlgaros (BGN) (mais de 190 000 euros).

20. Antes da instauração do processo penal contra os arguidos, entre 10 de novembro de 2011 e 2 de fevereiro de 2012, a autoridade competente, o diretor da Direção-Geral de Combate ao Crime Organizado requereu a interceção das comunicações dos arguidos. O presidente do Sofiyski gradski sad (Tribunal da Cidade de Sófia, Bulgária) proferiu a decisão de autorização da referida interceção.

21. O magistrado do Ministério Público tinha competência para requerer a interceção de linhas telefónicas devido à reforma de 1 de janeiro de 2012. Em março de 2012, requereu e obteve uma decisão do presidente do Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial, o órgão jurisdicional de reenvio). Essa decisão autorizou a interceção de determinadas linhas telefónicas respeitantes aos quatro arguidos.

22. O Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial) coloca questões sobre a fiscalização da legalidade dessas interceções previamente autorizadas, mencionando dois pontos problemáticos que se suscitam relativamente a essas decisões. Em primeiro lugar, não houve fundamentação adequada. O órgão jurisdicional de reenvio indica no despacho de reenvio que as decisões de interceção em causa apenas reproduzem o texto das disposições legais, mas não contêm fundamentos (próprios, específicos) para as sustentar. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, isso equivale a uma fundamentação inadequada nos termos da lei búlgara. Em segundo lugar, algumas dessas decisões (as emitidas em janeiro e fevereiro de 2012) terão sido adotadas por uma autoridade judicial que não tinha competência para o fazer, a saber, o Sofiyski gradski sad (Tribunal da Cidade de Sófia). Este último deveria ter transferido os pedidos de interceção para o Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial), uma vez que o Sofiyski gradski sad (Tribunal da Cidade de Sófia) já não tinha competência para ordenar tais autorizações à data dos factos.

23. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio refere que existem erros sistémicos na prolação de decisões de utilização de métodos especiais de investigação, particularmente a interceção de telecomunicações, que foram posteriormente revelados pelos funcionários a nível nacional. Isso terá levado à alteração da lei aplicável.

24. O órgão jurisdicional de reenvio menciona que a regra transitória prevista no artigo 9.º ZDNPK não era clara quanto ao facto de também ser aplicável às investigações preliminares em curso. Esta disposição parece ter dado origem a jurisprudência longa e contraditória. No entanto, na decisão de interpretação [9] n.º 5/14 de 16 de janeiro de 2014, o Varhoven kasatsionen sad (Supremo Tribunal de Cassação, Bulgária) confirmou o princípio da competência exclusiva do órgão encarregado da justiça penal. Não há exceções a este princípio. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, este princípio é particularmente importante nos termos do direito nacional. Esta situação é especialmente aplicável em casos em que se recorre a métodos especiais de investigação, incluindo a interceção de telecomunicações. Assim, nesses casos, a decisão é da competência exclusiva do presidente (ou vice-presidente) do tribunal competente. Caso venha a ser tomada por outro juiz do mesmo tribunal ou pelo presidente ou vice-presidente de outro tribunal, a decisão em causa é inequivocamente considerada ilegal, não podendo as provas obtidas ser utilizadas. A avaliação é realizada com base num critério puramente formal, designadamente a questão de saber se a decisão foi tomada pelo órgão competente.

25. Como explicou igualmente o órgão jurisdicional de reenvio, as provas obtidas através das interceções autorizadas pelo tribunal incompetente, o Sofiyski gradski sad (Tribunal da Cidade de Sófia), têm uma importância crucial para o processo em apreço. Documentam de forma clara e inquestionável numerosos telefonemas trocados entre P. Dzivev e os outros arguidos e o papel de líder do primeiro. No entanto, nos termos da lei nacional, essas provas não podem ser utilizadas em processos penais porque foram obtidas ilegalmente, tendo sido autorizadas por um tribunal que já não tinha competência para o fazer e, aparentemente, não tinha fundamentado suficientemente as suas decisões. O órgão jurisdicional de reenvio conclui que P. Dzivev só pode ser condenado com êxito se as conversas telefónicas puderem ser utilizadas como prova. Caso contrário, P. Dzivev deve ser absolvido.

9 A decisão de interpretação constitui um ato jurídico do Varhoven kasatsionen sad (Supremo Tribunal de Cassação) através do qual são dadas indicações vinculativas sobre o sentido de uma disposição legal.

26. Neste contexto factual e jurídico, o Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial) decidiu suspender a instância e submeter as seguintes questões prejudicais ao Tribunal de Justiça:

«1) É compatível com:

– O artigo 325.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia União, que prevê que os Estados-Membros adotam medidas que proporcionem uma proteção efetiva contra fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União;

– O artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da [Convenção PIF], em conjugação com o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da [Decisão 2007/436], nos termos do qual cada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para garantir que a fraude em matéria de imposto sobre o valor acrescentado seja passível de sanções penais efetivas;

– O artigo 47.º, primeiro e segundo parágrafos, da Carta, que garante o direito a uma ação perante um tribunal previamente estabelecido por lei,

que, nos termos do direito nacional, as provas obtidas através do recurso a «métodos especiais de investigação», nomeadamente através da interceção das telecomunicações de pessoas que posteriormente foram acusadas de fraude ao IVA, não possam ser utilizadas devido ao facto de terem sido decretadas por um tribunal incompetente, e se se verificarem as seguintes condições:

– a interceção de uma parte das telecomunicações foi requerida numa data anterior (entre um e três meses) e decretada pelo mesmo tribunal, sendo de referir que nessa data aquele ainda era competente;

– a decisão de decretar a medida de interceção das telecomunicações controvertida (prorrogação da anterior medida de interceção das telecomunicações e de interceção de novas linhas telefónicas) foi requerida no mesmo tribunal, que já não era competente, na medida em que a sua competência foi transferida para outro tribunal em momento imediatamente anterior; apesar de não ter competência, o tribunal original apreciou o pedido quanto ao mérito e proferiu uma decisão;

– numa data posterior (cerca de um mês depois) voltou a ser requerida uma decisão sobre a interceção das mesmas linhas telefónicas, tendo esta sido proferida pelo tribunal competente;

– nenhuma das decisões é acompanhada de qualquer fundamentação;

– a disposição legal que determinou a atribuição de competências era ambígua, esteve na origem de várias decisões judiciais contraditórias e levou, por conseguinte, o Varhoven [kasatsionen] sad [Supremo Tribunal de Cassação] a proferir uma decisão de interpretação vinculativa cerca de dois anos após a atribuição de competências efetuada nos termos legais e da interceção das telecomunicações controvertida;

– o tribunal chamado a conhecer do presente litígio não está habilitado a decidir sobre pedidos de decisões relativas ao recurso a métodos especiais de investigação (interceção das telecomunicações); tem, no entanto, competência para decidir sobre a legalidade da interceção das telecomunicações realizada, incluindo a constatação de que determinada decisão não está em conformidade com as exigências legais, e que, por conseguinte, se deve abster de apreciar os elementos de prova; essa competência só existe quando existir uma medida válida de interceção das telecomunicações;

– a utilização destes elementos de prova (conversas telefónicas dos arguidos, cuja interceção foi decretada por um tribunal que tinha entretanto deixado de ser competente) assume uma importância essencial na decisão da questão da responsabilidade de uma pessoa enquanto chefe de uma associação criminosa criada com o intuito de cometer crimes fiscais previstas na lei do IVA, ou como instigadora dos crimes fiscais concretos, mas que só pode ser considerado culpado e condenado se as referidas conversas telefónicas puderem ser utilizadas como elementos de prova; caso contrário, terá de ser absolvido[?]

2) O acórdão proferido no processo prejudicial C-614/14 é aplicável ao presente caso?»

27. Em 25 de julho de 2016, no seguimento do Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-614/14[10], o órgão jurisdicional de reenvio decidiu retirar a segunda questão. Considerou que esta última se tornara irrelevante, uma vez que o Tribunal de Justiça já lhe tinha dado uma resposta útil.

28. Por decisão de 12 de maio de 2017, o presidente do Tribunal de Justiça suspendeu a instância perante o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 55.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento de Processo, ficando a aguardar a decisão do processo M.A.S. e M.B[11]. A instância foi retomada em 12 de dezembro de 2017, após a prolação do Acórdão do Tribunal de Justiça nesse processo.

29. Foram apresentadas observações escritas pelo Governo polaco e pela Comissão Europeia.

IV. Apreciação

30. As presentes conclusões estão estruturadas conforme passo a referir. Em primeiro lugar, examinarei as disposições do direito da União aplicáveis ao presente processo e, à luz dessas disposições, reformularei a questão prejudicial (A). Em segundo lugar, descreverei a jurisprudência pertinente sobre os deveres dos Estados-Membros a respeito da proteção dos interesses financeiros da União Europeia (B). Em terceiro lugar, com base nessa jurisprudência, vou sugerir limites (razoáveis) ao dever (de outro modo bastante abrangente) de proteção (efetiva) dos interesses financeiros da União Europeia (C). Por fim, abordarei a questão específica submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio (D).

A. Direito aplicável e reformulação da questão prejudicial

1. Que disposições do direito da União são aplicáveis ao presente processo?

31. Na sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio menciona diversas disposições do direito da União, a saber, o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, o artigo 2.º, n.º 1, e o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Convenção PIF, o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Decisão 2007/436 e o artigo 47.º, n.º 1 e n.º 2, da Carta.

32. Em primeiro lugar, o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, estabelece as obrigações da União Europeia e dos Estados-Membros para combater a fraude e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União por meio de medidas que tenham efeito dissuasor e sejam efetivas. É jurisprudência constante que o conceito de «interesses financeiros da União» engloba as receitas e despesas abrangidas pelo orçamento da União e de outros órgãos ou organismos instituídos pelos Tratados. Os recursos próprios da União compreendem as receitas provenientes da aplicação de uma taxa uniforme à matéria coletável harmonizada do IVA, determinada segundo as regras da União.

10 Acórdão de 5 de julho de 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514).

11 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

33. Nesta base, o Tribunal de Justiça confirmou que existe uma relação direta entre a cobrança das receitas do IVA no respeito do direito da União aplicável e a colocação à disposição do orçamento da União dos recursos do IVA correspondentes: «qualquer falha na cobrança das receitas está potencialmente na origem de uma redução dos recursos próprios» [12]. Assim, a proteção do orçamento da União exige a cobrança integral e exata do IVA. Dado que as alegadas infrações no presente processo prejudicam a recuperação do IVA, conclui-se que o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, é aplicável.

34. Em segundo lugar, o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Convenção PIF estabelece uma interpretação ampla do conceito de «receitas», referindo-se aos «recursos do Orçamento Geral das Comunidades Europeias ou dos Orçamentos geridos pelas Comunidades Europeias ou por sua conta». O Tribunal de Justiça confirmou no Acórdão Taricco que o referido conceito «engloba[…] as receitas provenientes da aplicação de uma taxa uniforme à base tributável harmonizada do IVA, determinada segundo as regras da União» [13]. Cabe, em última análise, ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se, com base nos factos do processo em apreço, os crimes fiscais no processo principal estariam de facto incluídos no conceito de fraude tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da referida convenção. No entanto, com base nos factos apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio, pode presumir-se que seria esse o caso, tendo em conta a interpretação ampla do conceito de fraude em matéria de IVA conforme referido no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Convenção PIF.

35. Em terceiro lugar, além do artigo 325.º, n.º 1, TFUE, e da Convenção PIF, o órgão jurisdicional de reenvio também menciona a Decisão 2007/436. Decorre do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Decisão 2007/436 que os recursos próprios da União Europeia incluem receitas provenientes da aplicação de uma taxa uniforme à base do IVA, determinada de maneira harmonizada segundo regras da União. No entanto, essa decisão não diz respeito à natureza e âmbito das obrigações dos Estados-Membros para proteger esses interesses. Assim, essa decisão parece ser relevante apenas para a determinação do alcance do conceito de interesses financeiros da União Europeia para efeitos da aplicação de outras disposições do direito da União ao presente processo.

36. Em quarto lugar, embora não expressamente mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio, a Diretiva IVA também é pertinente no contexto de processos com o presente [14]. O artigo 206.º desta diretiva estabelece a obrigação de os sujeitos passivos pagarem o IVA no momento da apresentação da declaração de IVA prevista no artigo 250.º, n.º 1, da mesma diretiva. O artigo 273.º da Diretiva IVA deixa aos Estados-Membros a liberdade de adotarem medidas para garantir o pagamento. Podem impor outras obrigações que considerem necessárias para garantir a cobrança exata do IVA e para evitar a fraude. A escolha das sanções, se as houver, mantém-se na discricionariedade dos Estados-Membros desde que as sanções aplicadas sejam efetivas, proporcionadas e dissuasivas [15]. Estas disposições afiguram-se pertinentes para o processo em apreço, na medida em que obrigam os Estados-Membros a adotar medidas adequadas para garantir a cobrança exata do IVA e, ao fazê-lo, proteger os interesses financeiros da União Europeia.

12 V. Acórdãos de 15 de novembro de 2011, Comissão/Alemanha (C-539/09, EU:C:2011:733, n.º 72); de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 26); de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.º 38); de 7 de abril de 2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206, n.º 22); e de 16 de março de 2017, Identi (C-493/15, EU:C:2017:219, n.º 19).

13 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.º 41), e confirmado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.º 36).

14 V., como exemplo de outros processos relacionados com processos-crime contra alegados infratores do IVA, em que a Diretiva IVA também foi considerada pertinente, Acórdãos de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105); de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197); e de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295).

15 V., por exemplo, Acórdãos de 21 de setembro de 1989, Comissão/Grécia (68/88, EU:C:1989:339, n.º 24), e de 3 de maio de 2005, Berlusconi e o. (C-387/02, C-391/02 e C-403/02, EU:C:2005:270, n.º 65 e jurisprudência referida).

37. Na minha opinião, decorre do que antecede que o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, o artigo 1.º, n.º 1, e o artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF, e o artigo 206.º, o artigo 250.º, n.º 1, e o artigo 273.º da Diretiva IVA são as disposições pertinentes no processo em apreço. Por razões práticas, embora existam algumas diferenças [16], os deveres e obrigações decorrentes destas disposições são bastante semelhantes e podem, portanto, ser analisados em conjunto.

38. Deve ser feita uma última consideração sobre a aplicabilidade da Carta. A Comissão alega que os direitos fundamentais não podem ser afetados se o direito da União *não* se opuser à aplicação do direito nacional em causa. A questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio seria, portanto, hipotética quanto a uma possível violação da Carta.

39. Entendo a lógica deste argumento: se o Tribunal de Justiça decidir, como a Comissão efetivamente propôs nas suas observações escritas, que o direito da União não se opõe às regras nacionais em causa, não seria necessário aprofundar a análise da questão de saber se o afastamento dessas regras estaria em conformidade com os direitos fundamentais.

40. Não penso no entanto que, num caso como o presente, a Carta funcione apenas metaforicamente como uma «represa secundária» para o caso em que uma certa interpretação, talvez até duvidosa, das regras materiais da União Europeia numa dada matéria já foi alcançada. A Carta e as suas disposições permeiam toda a ordem jurídica da União Europeia. Assim, a Carta também é aplicável e pertinente para a «interpretação originária» das regras substantivas em apreço: no presente processo, do artigo 325.º, n.º 1, TFUE, da Convenção PIF e da Diretiva IVA, que devem ser interpretados à luz da Carta. Desta forma, o respeito pela Carta já limita o leque concebível de opções interpretativas para essas disposições, em especial o argumento bastante indefinido da efetividade.

41. Por estas razões, a questão suscitada a respeito dos direitos fundamentais não é hipotética. As disposições pertinentes da Carta, em especial o artigo 7.º (respeito pela vida privada) e o artigo 48.º, n.º 2 (respeito pelos direitos de defesa) são aplicáveis ao presente processo.

2. Reformulação da questão do órgão jurisdicional nacional

42. A questão submetida ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio é bastante detalhada. Lida no contexto do despacho de reenvio, parece-me que existe uma preocupação especial sobre dois aspetos relativos ao modo como as interceções em causa foram autorizadas. Em primeiro lugar, algumas decisões de interceção foram emitidas por um órgão jurisdicional que aparentemente já não era competente: o conteúdo exato e o âmbito da competência não ficaram claros após a aprovação de uma alteração legislativa. Em segundo lugar, as decisões não foram devidamente fundamentadas na forma exigida pelo direito nacional.

43. Destas duas declarações de facto, que incumbe exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional verificar, o órgão jurisdicional de reenvio extraiu as seguintes conclusões nos termos do direito nacional: as provas assim obtidas foram-no de forma ilegal e não podem ser invocadas em processo penal. Mais uma vez, subsumir factos ao abrigo das disposições pertinentes do direito nacional é da exclusiva competência e responsabilidade do órgão jurisdicional nacional.

16 Nomeadamente, a Convenção PIF exige claramente a criminalização de determinados comportamentos que afetam os interesses financeiros da União Europeia acima de determinado limiar, ao passo que tanto o artigo 325.º, n.º 1, TFUE como a Diretiva IVA deixam mais discricionariedade aos Estados-Membros a esse respeito — Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.ºs 34 a 36).

44. Para efeitos do presente processo prejudicial, ambos os elementos são considerados como dados adquiridos. Gostaria de sublinhar este aspeto com bastante clareza, tendo em conta as divergências interpretativas que parecem evidentes entre os órgãos jurisdicionais da Bulgária relativamente ao órgão jurisdicional competente para ordenar interceções de telecomunicações após ter sido feita a alteração legislativa. Não há dúvida de que não cabe ao Tribunal de Justiça interpretar o direito nacional, nem arbitrar sobre a sua interpretação adequada entre os órgãos jurisdicionais nacionais.

45. Por conseguinte, sem de modo algum aceitar ou aprovar nenhuma das opiniões a respeito do órgão jurisdicional nacional competente para ordenar as interceções em causa, ou discutir as normas ao abrigo das quais as decisões de interceção devem ser fundamentadas, prosseguirei a partir do ponto de partida de que as provas foram obtidas ilegalmente ao abrigo do direito nacional através das decisões que ordenaram as interceções e que, em consequência, foi acionada de forma válida a aplicação da versão nacional da «regra de exclusão», segundo a qual tais provas não podem ser utilizadas em processos penais.

46. Face a estas clarificações, a questão sobre a qual o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se pode ser reformulada da seguinte forma: o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, o artigo 1.º, n.º 1, e o artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF, e os artigos 206.º, 250.º e 273.º da Diretiva IVA, interpretados à luz da Carta, opõem-se à aplicação de disposições nacionais sobre a admissibilidade de provas, em virtude da qual as provas obtidas de forma ilegal devem ser ignoradas, dadas as circunstâncias específicas do processo principal?

B. Jurisprudência pertinente

47. A cobrança efetiva do IVA tem sido tratada em diversos acórdãos do Tribunal de Justiça.[17] No entanto, mais recentemente, o Tribunal de Justiça dedicou especial atenção às situações em que foram instaurados processos penais contra pessoas acusadas de infrações relativas ao IVA ou aos direitos aduaneiros, bem como à questão da (in)eficácia das regras ou práticas nacionais aplicadas nesses processos. A presente secção descreve as principais afirmações do Tribunal de Justiça nos acórdãos relativos a esta última linha de processos.

48. Em primeiro lugar, no Acórdão Åkerberg Fransson[18], o Tribunal de Justiça declarou que, nos termos do artigo 325.º, TFUE, dos artigos 2.º, 250.º, n.º 1, e 273.º da Diretiva IVA, e do artigo 4.º, n.º 3, TUE, cada Estado-Membro tem a obrigação de tomar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para garantir a cobrança do IVA devido no seu território e de lutar contra a fraude e combater as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União[19].

49. No entanto, o Tribunal de Justiça também deixou claro que, na aplicação destas obrigações, os Estados-Membros estavam sujeitos aos direitos fundamentais da União, com base no artigo 51.º, n.º 1, da Carta[20]. Numa situação em que as ações dos Estados-Membros não são inteiramente determinadas pelo direito da União, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União[21].

17 V., como exemplos recentes sobre a cobrança efetiva do IVA, mas não no contexto de processos penais, Acórdãos de 7 de abril de 2016, Degano Transporti (C-546/14, EU:C:2016:206),e de 16 de março de 2017, Identi (C-493/15, EU:C:2017:219).

18 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013 (C-617/10, EU:C:2013:105).

19 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.os 25 a 26). V. também, neste sentido, Acórdãos de 17 de julho de 2008, Comissão/Itália (C-132/06, EU:C:2008:412, n.os 37 e 46), e de 28 de outubro de 2010, SGS Bélgica e o. (C-367/09, EU:C:2010:648, n.os 40 a 42).

20 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 27).

21 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 29). V. também, no contexto do Mandado de detenção europeu, Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 60).

50. Posteriormente, nos processos Taricco [22] e M.A.S./M.B. (a seguir «M.A.S.») [23], o Tribunal de Justiça foi questionado sobre se o princípio da legalidade poderia limitar a cobrança efetiva do IVA.

51. No Acórdão Taricco, o Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, reafirmou as obrigações dos Estados-Membros decorrentes do artigo 325.º, TFUE e do artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF [24]. Concluiu que as disposições nacionais em matéria de interrupção da prescrição que tenham como efeito que factos constitutivos de fraude grave não sejam punidos penalmente num número considerável de casos são incompatíveis com o direito da União, com o fundamento de que não são efetivas e dissuasoras [25].

52. O Tribunal de Justiça voltou-se então para as consequências da incompatibilidade dessas disposições nacionais com o direito da União e o papel do órgão jurisdicional nacional. Considerou que os números 1 e 2 do artigo 325.º TFUE tinham efeito direto. Consequentemente, qualquer disposição conflituante do direito nacional era inaplicável [26]. No entanto, o Tribunal de Justiça recordou que, ao decidir não aplicar as disposições nacionais em apreço, o órgão jurisdicional nacional deve igualmente garantir que os direitos fundamentais das pessoas em causa são respeitados [27]. Em qualquer caso, esta não aplicação do direito nacional não viola os direitos dos arguidos, conforme garantidos pelo artigo 49.º da Carta. Efetivamente daí não resulta qualquer condenação dos arguidos por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional, nem a aplicação de uma sanção que, nesse mesmo momento, não estava prevista nesse direito [28].

53. Cerca de um ano depois, o Tribunal de Justiça foi convidado a rever a sua abordagem em M.A.S. Nesse processo, o órgão jurisdicional de reenvio, a Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional, Itália), manifestou dúvidas relativamente ao facto de a abordagem do Acórdão Taricco ser compatível com os princípios imperativos da ordem constitucional italiana, em especial o princípio (nacional) da legalidade (das sanções). Argumentou que o primado do direito da União não deveria ir tão longe ao ponto de atingir a identidade nacional inerente à estrutura fundamental do Estado-Membro, protegida nos termos do artigo 4.º, n.º 2, TUE.

54. Na sua resposta, o Tribunal de Justiça reafirmou os deveres dos Estados-Membros decorrentes do artigo 325.º, n.º 1, TFUE, diretamente aplicável, e a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais não aplicarem disposições nacionais contrárias em matéria de prescrição [29]. No entanto, o Tribunal de Justiça também acrescentou duas reservas importantes ao Acórdão Taricco. Em primeiro lugar, salientou a responsabilidade primordial do legislador nacional de estabelecer regras em matéria de prescrição que permitam cumprir as obrigações decorrentes do artigo 325.º, TFUE [30]. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça observou que, à data dos factos, o regime de prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA não tinha sido objeto de harmonização por parte do legislador da União [31]. Nesse contexto, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais nas condições estabelecidas no Acórdão Åkerberg Fransson [32].

22 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555).
23 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).
24 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.os 36 a 37).
25 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.º 47).
26 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.os 51 e 52).
27 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.º 53).
28 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.os 55 a 57).
29 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.os 30 a 36 e 38 a 39).
30 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 41).
31 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 44).
32 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.os 46 a 47).

55. O Tribunal observou que os requisitos relativos à previsibilidade, precisão e não retroatividade da lei penal, inerentes ao princípio da legalidade [33], também se aplicam na ordem jurídica italiana ao regime da prescrição. Consequentemente, o Tribunal de Justiça declarou que, se os órgãos jurisdicionais nacionais considerassem que a obrigação de não aplicar as disposições nacionais em causa colide com o princípio da legalidade, não seriam obrigados a conformar-se com essa obrigação, ainda que o respeito da mesma permitisse corrigir uma situação nacional incompatível com o direito da União [34].

56. Desde o Acórdão M.A.S., a Grande Secção do Tribunal de Justiça proferiu três acórdãos posteriores relativos aos deveres dos Estados-Membros decorrentes do direito da União em matéria de proteção efetiva dos interesses financeiros da União em geral e em matéria de cobrança de IVA em especial.

57. Em primeiro lugar, no Acórdão Scialdone o Tribunal de Justiça recordou que, na falta de harmonização das sanções no domínio do IVA, cabe aos Estados-Membros, em linha com a autonomia processual e institucional, decidir das sanções aplicáveis às infrações cometidas às regras do IVA, sob reserva do respeito pelos princípios da efetividade e da equivalência [35]. Em segundo lugar, no Acórdão Menci, o Tribunal de Justiça declarou que os Estados-Membros são livres de escolher as sanções contra as infrações ao IVA, desde que respeitem os direitos fundamentais, especialmente o princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 50.º da Carta. Concluiu que, em certas condições, a duplicação de processos administrativos e penais e de sanções era compatível com o artigo 50.º [36].

58. Em terceiro lugar, o mais recente Acórdão, no processo Kolev [37], também é de especial relevância para o presente processo. Nesse processo, o pedido de decisão prejudicial também foi submetido pelo Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial) na Bulgária. Contudo, respeitava a uma regra nacional que prevê o arquivamento do processo penal criminal, a pedido do arguido, quando decorra um período superior a dois anos após o início do processo de inquérito sem que o Ministério Público tenha terminado a investigação.

59. Depois de reafirmar que o artigo 325.º, n.º 1, TFUE exige que os Estados-Membros adotem sanções efetivas e dissuasoras contra infrações à legislação aduaneira, o Tribunal de Justiça sublinhou que os Estados-Membros devem garantir também que as normas processuais penais permitem uma repressão efetiva dessas infrações [38]. O Tribunal acrescentou ainda que incumbe principalmente ao legislador nacional garantir que o regime processual aplicável a processos penais por infrações lesivas dos interesses financeiros da União não apresenta, por razões intrínsecas, um risco sistémico de impunidade de comportamentos que constituam tais infrações e protege os direitos fundamentais dos arguidos. Por sua vez, o órgão jurisdicional nacional deve também aplicar diretamente as obrigações decorrentes do artigo 325.º, n.º 1, TFUE e, simultaneamente, respeitar os direitos fundamentais [39]. De qualquer modo, o órgão jurisdicional nacional não pode ordenar o arquivamento do processo penal com base apenas no facto de isso ser mais favorável para os arguidos [40].

33 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.os 51 a 52).
34 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.os 58 a 61).
35 Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.os 25 e 29).
36 Acórdão de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, n.os 40 a 62).
37 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392).
38 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.os 53 e 55).
39 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.os 66).
40 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.º 75).

60. Por último, há também o Acórdão expressamente referido pelo órgão jurisdicional de reenvio: WebMindLicences [41]. Este processo respeitava à definição da relação entre um processo administrativo e um processo penal e os direitos dos sujeitos passivos nesse processo. Também era expressamente colocada uma questão sobre a utilização de provas obtidas através de interceções com vista a verificar a existência de uma prática abusiva em matéria de IVA. O órgão jurisdicional de reenvio perguntou se as autoridades fiscais podem utilizar as provas obtidas no âmbito de um processo penal, incluindo provas obtidas através de interceções, como base para a sua decisão.

61. O Tribunal de Justiça declarou que o artigo 4.º, n.º 3, TUE, o artigo 325.º, TFUE, e os artigos 2.º, 250.º, n.º 1, e 273.º da Diretiva IVA não se opõem a que a Administração Fiscal possa, com vista a verificar a existência de uma prática abusiva em matéria de IVA, utilizar provas obtidas sem o conhecimento do sujeito passivo no âmbito de um processo penal paralelo ainda não concluído. Isto com a ressalva de que seja assegurado o respeito dos direitos garantidos pelo direito da União, especialmente pela Carta [42].

62. Em suma, parece ser jurisprudência assente que o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, por si só ou em conjugação com o artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF ou com os artigos 2.º, 250.º e 273.º da Diretiva IVA, exige aos Estados-Membros que adotem todas as medidas necessárias para salvaguardar os interesses financeiros da União, incluindo sanções administrativas ou penais eficazes e dissuasivas.

63. O alcance dos deveres dos Estados-Membros a este respeito é amplo. Abrange, além das sanções individuais, todo o conjunto de regras pertinentes do direito nacional, incluindo as regras do processo penal [43]. O direito da União visa assegurar que, independentemente do seu caráter processual ou material, seja no direito nacional ou no direito da União, a questão das regras nacionais não tem o efeito de impedir a aplicação de uma sanção eficaz e dissuasora.

64. No entanto, a jurisprudência é igualmente clara quanto ao facto de, por uma questão de princípio, as obrigações dos Estados-Membros decorrentes do direito da União encontrarem os seus limites nos direitos fundamentais [44]. Independentemente de haver harmonização de regras direta ou indiretamente relativas a sanções em matérias de IVA ou direitos aduaneiros, a União Europeia e os Estados-Membros estão vinculados por direitos fundamentais no exercício das respetivas competências, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da Carta.

C. Cobrança efetiva do IVA e respetivos limites

65. Grosso modo, a questão (re)aberta pelo presente processo é essencialmente a seguinte: pode um tribunal nacional, em nome da «cobrança efetiva» do IVA (ou de outros recursos próprios da União Europeia), afastar seletivamente disposições nacionais, como sejam as regras de prescrição e caducidade (Acórdãos Taricco, M.A.S.); limites monetários para a penalização (Acórdão Scialdone); prazos aplicáveis ao encerramento da fase de inquérito nos processos penais (Acórdão Kolev); ou, como no presente processo, regras nacionais relativas à admissibilidade em processo penal de provas obtidas ilegalmente, se a observância dessas regras implicar a impunidade do arguido?

66. A resposta do Tribunal de Justiça a esta questão específica, novamente com algum grau de simplificação, oscila entre o «sim, se ocorrer num número considerável de casos» (Acórdão Taricco), o «não, cabe ao legislador nacional colmatar esses incumprimentos sistémicos» (Acórdãos M.A.S. e Scialdone), e «por princípio não, mas na realidade sim se acontecer sistematicamente, desde que sejam respeitados os direitos fundamentais do arguido» (Acórdão Kolev).

41 Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832).

42 Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 68).

43 V., neste sentido, nomeadamente, Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.º 55).

44 V. também, em relação ao princípio *ne bis in idem*, Acórdão de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 21).

67. Tenho dificuldade em compreender de que modo a última abordagem, no Acórdão Kolev, poderia ser posta em prática pelos tribunais nacionais. Um tribunal nacional deve afastar as regras nacionais aplicáveis em processos penais que considere incompatíveis com o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, que tem efeito direto, mas deve apenas afastar as que não tenham como resultado a violação subsequente dos direitos fundamentais do arguido. Mas como identificar essas regras? Não são todos os direitos do arguido merecedores de observância meticulosa como é inerente ao direito a um julgamento (penal) justo e/ou aos direitos de defesa? Ou há direitos de menor importância («direitos de segunda»), a identificar individualmente por cada tribunal nacional e depois descartados seletivamente, se por acaso obstaculizarem uma condenação?

68. Parece, pois, que este aspeto específico da jurisprudência continua a ser um «trabalho em curso». Nesta secção, fornecerei várias sugestões sobre como conceptualizar e fazer avançar a referida jurisprudência. Ao fazê-lo, é ponto assente que os Estados-Membros devem respeitar as obrigações decorrentes do artigo 325.º, n.º 1, TFUE, e todas as outras disposições pertinentes do direito da UE acima referidas [45]. É também plenamente reconhecido que esses direitos podem ser extensivos a qualquer elemento do direito nacional que execute eficazmente essas obrigações [46]. Além disso, estas devem ser executadas de forma eficaz. Na presente secção analisar-se-ão, mais propriamente, as origens e o alcance dos limites de tais obrigações abrangentes (secções 1, 2 e 3); se esses limites diferem com base no tipo da regra nacional em causa (secção 4); e, finalmente, e talvez o mais importante, a questão dos recursos: contanto que qualquer incompatibilidade seja identificada, quais as consequências nos processos pendentes (e potencialmente noutros em curso) (secção 5).

69. É justo reconhecer desde já que a abordagem aqui preconizada se baseia na firme convicção de que a abordagem correta aos potenciais incumprimentos (sistémicos) dos Estados-Membros na cobrança efetiva do IVA (ou a proteção de outros interesses financeiros da União Europeia) é a abordagem adotada pelos Acórdãos M.A.S. e Scialdone, e não a dos Acórdãos Taricco e Kolev.

1. Medida de harmonização da União Europeia

70. A questão de determinar *qual o tipo* de regra, valores ou interesses que pode ser utilizada para equilibrar ou limitar a exigência de proteção efetiva dos interesses financeiros da União Europeia, e de *que forma*, começa necessariamente com a análise da natureza das disposições do direito da União aplicáveis ao caso em apreço

71. No Acórdão M.A.S., o Tribunal de Justiça sublinhou o facto de que, à data dos factos no processo principal, o regime da prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA ainda não tinha sido objeto de harmonização por parte do legislador da União, que só tinha ocorrido posteriormente, de forma parcial [47].

72. O que significa exatamente «harmonização» neste contexto e o que implica a existência ou a inexistência de uma medida de harmonização da União Europeia?

73. Em primeiro lugar, importa referir que formular a questão em termos de «harmonização» é suscetível de induzir em erro. O problema é que o conceito de «harmonização» implica uma espécie de análise setorial, considerando todo o ramo do direito ou um instrumento legislativo específico. Além disso, uma «harmonização parcial» ou uma «harmonização mínima» nesse âmbito específico, qualquer que ela seja, tem os mesmos efeitos que a «harmonização completa»?

45 V. n.os 31 a 37, *supra*.

46 Agindo, assim, dentro do âmbito de aplicação do direito da União — para uma análise pormenorizada no contexto específico da cobrança do IVA, v. as minhas Conclusões no processo Ispas (C-298/16, EU:C:2017:650, n.os 26 a 65).

47 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 44). V., também, Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.os 25 e 33).

74. Parece, assim, que deve examinar-se a questão de saber se existe uma regra ou um conjunto de regras claras no direito da União que visem disciplinar exaustivamente um aspeto específico de um determinado domínio, privando efetivamente, desse modo, os Estados-Membros da possibilidade de adotarem regras autónomas. Tal exame visa mais uma micro análise, considerando uma regra específica ou, na melhor das hipóteses, um aspeto específico e bem definido do direito da União.

75. O Acórdão Melloni [48], e as regras relativas à não execução de um mandado de detenção europeu em caso de condenação proferida à revelia, contida no artigo 4.º-A da Decisão-quadro 2002/584/JAI [49], podem constituir um exemplo a este respeito. As regras contidas nessa disposição cobrem, de facto, de forma exaustiva, um aspeto do processo de mandado de detenção europeu, opondo-se, assim, a regras nacionais autónomas sobre o mesmo objeto. O exame sobre a existência de uma «medida de harmonização» da União Europeia, no sentido acima exposto, foi realizado ao nível do artigo 4.º-A da decisão-quadro e das situações por ele abrangidas. Mas é claro que ninguém afirmou que a decisão-quadro abrangia a totalidade do objeto (qualquer que seja a finalidade considerada, e se incluía todo o processo de entrega do MDE ou o processo penal enquanto tal).

76. Evidentemente que tal efeito de preclusão nem sempre exige uma «correspondência textual» completa entre a(s) regra(s) do direito da União e as do direito nacional. Essa «harmonização» e a consequente preclusão também podem ser de natureza mais funcional. Embora não estabeleça uma regra expressa, a existência de outras regras claras, no que diz respeito a questões conexas, pode impedir ou restringir certas regras dos Estados-Membros, na medida em que o objeto factual do caso se insira no âmbito de aplicação do direito da União [50].

77. Em segundo lugar, a existência de regras claras que regulam exaustivamente um determinado aspeto de um domínio mais amplo tem uma consequência natural: exclui uma atuação autónoma por parte dos Estados-Membros. Depois de o legislador da União ter adotado medidas que regem totalmente uma determinada questão, deixa de haver espaço regulamentar para os Estados-Membros adotarem as suas próprias regras, a menos que essas medidas visem apenas a aplicação das regras da União e, ao fazê-lo, não ultrapassem o que estas últimas permitirem.

78. Em terceiro lugar, deve sublinhar-se que o que é necessário determinar em cada caso concreto é a proximidade da situação factual em causa no processo principal com a medida de harmonização em questão. Por mais clara, precisa e completa que seja a regra da União aplicável, se o conjunto dos factos do processo principal estiver apenas remotamente ligado a essa regra, os Estados-Membros têm a possibilidade de adotar a sua própria regulamentação autónoma, embora o litígio ainda caia formalmente no âmbito do direito da União.

79. Assim, há claramente uma escala. Por um lado, haverá casos em que uma regra nacional se enquadra numa norma comunitária «harmonizada», quer diretamente com base no texto, quer porque está tão próxima que está funcionalmente interligada (como no Acórdão Melloni). Passando para o lado da escala que está mais distante de uma regra clara do direito da União, haverá casos em que a regra a nível nacional ainda tem alguma ligação a uma disposição do direito da União, mas essa ligação vai-se tornando mais fraca. Exemplos desta categoria incluem a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre as sanções no domínio do IVA, como os Acórdãos Åkerberg Fransson ou Scialdone. O termo «sanções», com os adjetivos adequados, é efetivamente mencionado nas disposições pertinentes do direito da União, mas não é suficientemente pormenorizado para fornecer quaisquer regras claras do direito da União quanto aos elementos específicos da penalização de infrações relacionadas com o IVA suscitadas por esses casos. Finalmente, no outro extremo do espetro estão os casos que, embora

48 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013 (C-399/11, EU:C:2013:107).

49 Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros — Declarações de alguns Estados-Membros aquando da aprovação da decisão-quadro (JO 2002, L 190, p. 1).

50 V., por exemplo, novamente no contexto do mandado de detenção europeu, Acórdão de 30 de maio de 2013, F. (C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, n.os 37 to 38 e 56).

ainda abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União, dizem respeito a regras nacionais que estão bastante distantes de quaisquer regras claras do direito da União nessa matéria. Assim, por exemplo, questões levantadas no processo Ispas (acesso ao arquivo num processo de IVA); no processo Kolev (prazos aplicáveis ao encerramento da fase de inquérito em processo penal); ou, nesse sentido, no presente processo, ainda se relacionam de algum modo com a *cobrança* do IVA. Mas é necessário um esforço de imaginação para relacionar o termo «cobrança» com as referidas situações de facto.

80. Quanto mais próxima estiver uma situação de um requisito de direito da União claramente definido, menor será a discricionariedade do Estado-Membro e maior uniformidade haverá. Em contrapartida, quanto mais afastado estiver um caso de uma regra clara e específica de direito da União, não obstante continuar a estar abrangido pelo âmbito de aplicação deste, maior será a discricionariedade dos Estados-Membros, permitindo assim uma maior diversidade. Para usar uma metáfora já empregada numa situação um pouco diferente [51], que pretende chegar à mesma ideia: quanto mais próximos estivermos de um farol, mais forte é a luz dessa fonte, que cega todas as outras fontes. Quanto mais nos afastarmos do farol, menos luz existe, a qual gradualmente se mistura com a luz de outras fontes.

2. Origem na União ou origem nacional dos limites à cobrança efetiva do IVA

81. No Acórdão M.A.S., o Tribunal de Justiça referiu ainda que, à data dos factos no processo principal, o regime da prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA não tinha sido objeto de harmonização por parte do legislador da União. Imediatamente após essa observação, o Tribunal de Justiça declarou que, por conseguinte, naquele momento, a República Italiana era livre de prever que, na sua ordem jurídica, esse regime se inseria, à semelhança das regras relativas à definição das infrações e à determinação das penas, no direito penal substantivo e, como tal, estava submetido ao princípio da legalidade dos crimes e das penas [52].

82. Através dessa afirmação, o Tribunal de Justiça aceitou, numa área que ainda não foi harmonizada, a interpretação nacional e específica de um direito fundamental (o princípio da legalidade), que é protegido tanto nos termos do direito da União como do direito nacional.

83. Significa isto que a cobrança efetiva do IVA é sempre limitada tanto por via das disposições da União como das disposições nacionais em matéria de direitos fundamentais? A resposta dependerá do conteúdo da regra nacional em causa e, tal como indicado na secção anterior, a sua sobreposição ou proximidade a uma regra «harmonizada».

84. Em resumo, podem conceber-se duas situações: *em primeiro lugar*, a regra nacional aplicável em causa ou se enquadra nas regras harmonizadas a nível da União ou é funcionalmente tão próxima dessas regras que se destina a ser efetivamente excluída pela sua aplicação. Nesse caso, as reservas, limitações e equilíbrio dessas regras serão de natureza «horizontal», ou seja, estarão relacionadas os interesses, valores e padrões de proteção dos direitos fundamentais com origem na União Europeia [53]. *Em segundo lugar*, a regra nacional em causa não é abrangida por tal exclusão textual ou funcional (adequadamente limitada), mas ainda se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União. Nesse caso, tais limites, incluindo os limites dos direitos fundamentais, provirão de ambos os sistemas: de

51 V. as minhas Conclusões no processo Ispas (C-298/16, EU:C:2017:650, n.os 61 a 65).

52 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.os 44 a 45).

53 Incluindo também situações totalmente determinadas pelo direito da União através de medidas de harmonização em que, no entanto, um Estado-Membro invoca o artigo 4.º, n.º 2, TUE para salvaguardar regras ou princípios fundamentais da ordem jurídica do Estado-Membro, como um valor nacional ou um direito fundamental, incluindo uma interpretação específica de um direito protegido pelo direito da União. Com efeito, através dessa disposição de direito primário, o próprio direito da União determina o respeito por tais regras e princípios.

normas (mínimas) do direito da União, uma vez que o Estado-Membro está a agir no âmbito do direito da União e não pode haver uma medida imposta pela União sem a aplicação do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, e também dos limites da lei nacional, que também podem prever um nível mais alto de proteção nesses casos.

85. Esta distinção explica por que é que o Tribunal de Justiça, no Acórdão Melloni, excluiu a aplicação de um nível de proteção nacional, ao passo que o permitiu explicitamente no Acórdão M.A.S.

86. No Acórdão Melloni, a situação em apreço no processo nacional foi determinada por um conjunto claro de regras da Decisão-quadro 2002/584 [54]. Por conseguinte, não foi possível, com base em nenhuma disposição do direito nacional em conjugação com o artigo 53.º da Carta, acrescentar um novo fundamento de não execução aos previstos na Decisão-quadro 2002/584, mesmo que esse fundamento tivesse origem na constituição do Estado-Membro. Segundo o Tribunal de Justiça, tal levaria, ao pôr em causa a uniformidade do padrão de proteção dos direitos fundamentais definidos por essa decisão-quadro, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a eficácia da referida decisão-quadro [55].

87. Por outras palavras, salvo em circunstâncias muito excecionais [56], apenas a norma de direitos fundamentais da União Europeia é aplicável numa situação de uniformidade legislativa a nível da União, em que uma medida da União estabeleceu requisitos claros e exaustivos relativamente a uma questão específica. Nesse caso, presume-se que o legislador da União já estabeleceu um equilíbrio entre, por um lado, a proteção dos direitos fundamentais e, por outro lado, a eficácia global da medida em causa no que diz respeito aos seus objetivos. Se necessário, esse equilíbrio pode ser contestado perante o Tribunal de Justiça com base na norma de proteção dos direitos fundamentais da União como critério de revisão da medida de harmonização da União em questão. Assim, os direitos fundamentais acabarão por ser protegidos pelo Tribunal de Justiça, tendo em conta que, nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, o nível de proteção conferido pela União Europeia não pode ser inferior ao nível de proteção consagrado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»).

88. Pelo contrário, no Acórdão M.A.S. bem como no Acórdão Scialdone (ou no Acórdão Åkerberg Fransson), não existiu tal «harmonização», no sentido de que das regras nacionais em causa naqueles processos, ou eram diretamente abrangidas por uma disposição clara do direito da União para o efeito, ou funcionalmente excluídas por este. Nesse sentido, dois tipos de limites se aplicam ao exercício dessa discricionariedade. Por um lado, os Estados-Membros continuam sujeitos aos requisitos da equivalência e da efetividade [57] e a um nível mínimo de proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Carta [58]. Por outro lado, uma vez que exercem o seu próprio poder discricionário, os Estados-Membros podem também empregar, quando procedem à revisão das regras adotadas no exercício desse poder discricionário, a sua própria noção de direito fundamental, desde que não confiram uma proteção inferior à consagrada na Carta, nos termos do artigo 53.º desta.

54 V. n.º 75, *supra*.

55 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 63).

56 Já referido na nota 53, *supra*.

57 V., nesse sentido, Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.º 29).

58 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 47).

89. Devo fazer uma observação final sobre o grau requerido de «unidade» ou «uniformidade» relativamente a estas últimas situações. Uma declaração recorrente do Tribunal de Justiça é que as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União [59].

90. Devo admitir que considero difícil conceptualizar o funcionamento prático dessas condições, em especial os requisitos de «unidade» contidos na segunda condição. Os prazos para apresentar uma declaração de IVA podem ser um exemplo disso. Embora o facto de ter de haver declarações de IVA regulares e as declarações estarem previstas no artigo 250.º, n.º 1, da Diretiva IVA, a extensão exata de como deve ser efetuada a gestão dessas declarações (como sejam a periodicidade, o modelo ou os prazos) não o está. Portanto, estas últimas questões não estão «harmonizadas» no sentido delineado na secção anterior, abrangendo, assim, a área em que os Estados-Membros mantêm poder discricionário. Por definição, essas regras nacionais serão diferentes e divergentes, mas tal diferenciação nacional é naturalmente possível, desde que não ameace o primado, a efetividade geral e os padrões mínimos de proteção previstos na Carta.

91. Assim, embora sejam obviamente relevantes para a aplicação nacional das regras harmonizadas da União, os requisitos do primado, unidade e efetividade, e em particular o da «unidade», talvez não devam ser entendidos no sentido *literal* nos domínios em que os Estados-Membros mantêm discricionariedade.

3. O papel da Carta

92. Dependendo de a situação em causa ser inteiramente determinada pelo direito da União, no sentido delineado nas secções anteriores, a Carta desempenhará um papel duplo intrigante como limite para a cobrança efetiva do IVA. Nos casos que se enquadram perfeitamente numa regra ou num conjunto de regras do direito da União, definirá o padrão *máximo* comum. Nos casos fora dessa harmonização do direito da União, a Carta proporcionará o limite *mínimo* de proteção dos direitos fundamentais.

93. Em primeiro lugar, em caso de harmonização, a Carta funcionará como teto. Dado que está excluída, através do artigo 53.º, a aplicação das normas nacionais de proteção, a Carta é o único critério fundamental em matéria de direitos, com base no qual serão avaliadas as medidas de harmonização da União Europeia — ou medidas nacionais que as apliquem de forma rigorosa. Neste contexto, o artigo 52.º, n.º 3, impõe que o padrão de proteção decorrente da Carta seja pelo menos tão elevado como o padrão CEDH, enquanto o artigo 52.º, n.º 1, garante que as restrições aos direitos fundamentais sejam claramente limitadas e não ultrapassem o que é necessário para assegurar, por exemplo, a proteção dos interesses financeiros da União Europeia. Estas disposições garantem que a própria Carta deve assegurar um elevado grau de proteção dos direitos fundamentais, estabelecendo limites *efetivos* à cobrança do IVA. Uma vez que integra o direito primário da União, a Carta também beneficia dos requisitos do primado, unidade e efetividade. Está em pé de igualdade com outras disposições do direito primário da União Europeia, como o artigo 325.º, TFUE, e cabe ao Tribunal de Justiça assegurar o correto equilíbrio entre direitos fundamentais e valores ou interesses concorrentes.

59 V., em especial, Acórdãos de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 29); de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 60); de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 47); e de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.º 75).

94. Em segundo lugar, na ausência de harmonização, inclusivamente quando o direito da União deixa alguma margem de manobra aos Estados-Membros para adotarem o seu próprio regime jurídico ou regulamentar [60], a Carta estabelece um limite mínimo. Resulta claro do artigo 53.º que as constituições dos Estados-Membros — mas também o direito internacional — podem prever padrões de proteção mais elevados do que os estabelecidos na Carta.

95. Mais uma vez, em tal situação, «o primado, a unidade e a efetividade do direito da União» são afetados em consequência disso? Quanto menos harmonização houver, menos provável será que o primado, a unidade e a efetividade do direito da União possam, por definição, ser comprometidos. Certamente, a aplicação de um padrão nacional de proteção significa diversidade, em oposição à uniformidade. No entanto, na ausência de harmonização, o padrão nacional de proteção aplica-se apenas à margem — mais ou menos ampla — de discricionariedade que é deixada aos Estados-Membros pelo próprio direito da União. É, portanto, uma ação nacional, por oposição à ação da União Europeia, que é medida em relação ao critério mais rigoroso da constituição nacional. Por outras palavras, quanto mais ampla for a margem de discricionariedade dos Estados-Membros, menor é o risco para o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

4. Natureza material ou processual das regras nacionais de direito penal

96. No Acórdão M.A.S., levantou-se a questão de saber se a regra de prescrição em causa era de natureza material ou processual e, portanto, se o princípio da legalidade também englobava essa regra. Uma vez que o sistema jurídico italiano reconhece que tais normas são de natureza material, o Tribunal de Justiça aceitou que, na falta de harmonização dessas regras, era aplicável o entendimento do princípio da legalidade do direito italiano. No Acórdão M.A.S., bem como antes dele, no Acórdão Taricco, essa questão surgiu no contexto específico do artigo 49.º da Carta e relativamente à questão de saber se as garantias daquele artigo se referem a regras penais «meramente materiais» ou também «processuais».

97. Entretanto, e também face ao presente processo, coloca-se a questão mais ampla, ultrapassando o contexto específico das garantias do artigo 49.º da Carta. Poderia (ou deveria) o raciocínio acima delineado, relativo ao tipo de limites para «cobrança efetiva do IVA» ser diferente no caso de a regra nacional em questão ser de natureza «material» por oposição a uma natureza meramente «processual»? Além disso, e ligado à questão seguinte sobre de que forma essas potenciais lacunas a nível nacional devem ser sanadas, devem as consequências a este respeito ser também diferentes, novamente dependendo se o que está potencialmente a ser afastado no caso concreto é um procedimento ou regra material (do direito penal)?

98. A minha resposta a estas perguntas é um claro «não», devido a pelo menos três razões.

99. Em primeiro lugar, qualquer classificação desse tipo é problemática e muito difícil de ser aplicada. Isto já é claramente visível no contexto específico do artigo 49.º da Carta [61], mas torna-se ainda mais complexo além dessa disposição, em relação a outros direitos da Carta. Além disso, tal classificação estaria sujeita a terminologias nacionais ou a uma terminologia ampla da União? Esta última exigiria um «conceito autónomo da União» de qualquer regra jurídica a definir?

100. Em segundo lugar, surpreende-me bastante a facilidade implícita com que as regras «meramente processuais» poderiam ser afastadas. As disposições que exigem ao Ministério Público que, num determinado período de tempo, inicie um processo judicial ou renuncie à promoção de um processo, de modo que uma pessoa não fique para sempre na fase de inquérito, são um mero «elemento

60 Assim, na escala delineada nos n.os 79 e 80, *supra*, tal abarcaria tanto o ponto intermédio (como nos Acórdãos Åkerberg Fransson ou Scialdone) como, evidentemente, os restantes pontos do espetro (como nos Acórdãos Ispas e Kolev).

61 Mais desenvolvido nas minhas Conclusões no processo Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, n.os 146 a 163).

processual» auxiliar? Ou é, por exemplo, o requisito de um órgão jurisdicional ter competência para o julgamento penal um mero «ornamento processual»? Na verdade, muitas vezes serão provavelmente as regras processuais que protegerão os direitos fundamentais na mesma medida ou até mais do que as regras materiais. Como Rudolf von Jhering observou, «a forma é a maior inimiga da arbitrariedade, a irmã gémea da liberdade» [62]. Assim, é bastante difícil de entender de que modo os órgãos jurisdicionais nacionais poderiam validamente invocar o direito (na interpretação jurisprudencial) da União para restringir os direitos fundamentais, deixando de lado as referidas regras «processuais» do direito penal [63].

101. Em terceiro lugar e acima de tudo, pelas razões que já referi noutro processo [64], o estudo das subtilezas das terminologias legais, sejam elas nacionais ou europeias, é por inerência inadequado ao tipo de debate que deveria ocorrer quando se discutem limites aos direitos fundamentais. Esse debate deveria ser orientado para os impactos. O foco da proteção efetiva dos direitos fundamentais deveria ser o indivíduo e o impacto que uma regra tem na sua situação, não os rótulos terminológicos que são afixados a essa regra.

5. Vias de recurso

102. Os Acórdãos M.A.S. e Kolev deixaram claro que, num caso de incompatibilidade das regras nacionais com o direito da União, era ao legislador nacional que cabia, *primeiro que tudo*, lidar com essa incompatibilidade [65], de uma forma a evitar um risco sistémico de impunidade [66]. No entanto, também indicaram, relativamente ao Acórdão Taricco, que, em princípio, o efeito direto do artigo 325.º, n.º 1, TFUE, em conjugação com o princípio do primado, autorizava os órgãos jurisdicionais nacionais a não aplicarem regras incompatíveis [67]. Parece decorrer do Acórdão Kolev que tal atribuição implica não apenas o afastamento dessas regras mas, aparentemente, também alguns passos positivos adicionais por parte do órgão jurisdicional nacional que não têm base textual no direito nacional, tais como prolongar os prazos em que o Ministério Público deve agir ou remediar as próprias irregularidades em causa [68].

103. Por diversas razões, sou de opinião de que o papel dos órgãos jurisdicionais nacionais em matéria de regras nacionais que possam impedir a cobrança exata do IVA, certamente em processos (penais) em curso, deve ser entendido de forma diferente. Em resumo, qualquer conclusão de incompatibilidade deve limitar-se apenas a uma declaração para o efeito, impedida pela segurança jurídica e pela proteção dos direitos fundamentais do arguido de ser aplicada a processos em curso. Deve produzir efeitos apenas para o futuro, a nível estrutural e processual potencialmente associado a um processo por infração ao abrigo do artigo 258.º TFUE.

62 «Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit», acrescentando que «Denn die Form hält dem Versucher, der die Freiheit zur Zügellosigkeit zu verleiten sucht, das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen […] und kräftigt sie dadurch nach innen und schützt sie nach außen.» — Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 2, Bd. 2. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1858, p. 497.

63 Também no entendimento de que, nos termos do artigo 52.º, n.º 1 da Carta, *qualquer restrição* aos direitos fundamentais deve ser *prevista por lei*. Segundo declaração recente do Tribunal de Justiça, «apenas uma disposição de alcance geral pode responder às exigências de clareza, previsibilidade, acessibilidade e, em particular, de proteção contra a arbitrariedade» [v. Acórdão de 15 de março de 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, n.º 43)]. Questiono-me sobre como a interpretação puramente judicial e bastante «dinâmica» dos requisitos previstos no artigo 325.º, n.º 1, TFUE satisfaria esses requisitos.

64 V. as minhas Conclusões no processo Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, n.ºs 151 a 152).

65 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 41).

66 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.º 65).

67 V. Acórdãos de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.ºs 49 e 58), e de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.ºs 38 a 39).

68 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.ºs 68 a 69).

104. Em primeiro lugar, importa recordar que, em geral, a ponderação entre a proteção efetiva dos interesses financeiros da União Europeia, por um lado, e os direitos fundamentais, por outro, constitui um ato de equilíbrio entre objetivos e valores (no mínimo) equivalentes. Mesmo que a interpretação dos direitos fundamentais reconhecidos pela Carta deva ser assegurada no quadro da estrutura e dos objetivos da União Europeia [69], as restrições aos direitos fundamentais são, elas próprias, limitadas pela Carta, independentemente da existência de harmonização. O artigo 52.º, n.º 1, proíbe qualquer interferência na essência dos direitos e liberdades nela reconhecidos. O artigo 52.º, n.º 3, exige um limite mínimo de proteção dos direitos humanos, correspondente aos padrões da CEDH.

105. Em segundo lugar, conforme referido no Acórdão M.A.S., um órgão jurisdicional não pode, durante um processo penal, agravar o regime de responsabilidade penal de quem é objeto desse processo [70]. Neste contexto, não vejo como é que a não aplicação seletiva de disposições de direito penal ou processuais para permitir a continuidade, por exemplo, de processos prescritos ou ilegais, não contradiz essa conclusão.

106. Em terceiro lugar, tais resultados nos processos penais em curso são incompatíveis com quaisquer requisitos razoavelmente concebidos de previsibilidade da lei e da segurança jurídica, tendo claramente estes princípios um peso especial no contexto dos processos penais. O sistema jurisdicional da União é difuso. Todo e qualquer órgão jurisdicional dos Estados-Membros funciona como um órgão jurisdicional que garante a aplicação do direito da União. No âmbito desse mandato judicial, qualquer órgão jurisdicional nacional pode e deve tirar as consequências processuais apropriadas de uma conclusão de incompatibilidade, o que tem o direito de fazer por si, sem referência ao Tribunal de Justiça. Quando alargado esse mandato ao afastamento das regras nacionais de processo penal por órgãos jurisdicionais específicos nos Estados-Membros, com base na sua autoavaliação, a justiça penal parece correr o risco de se transformar numa lotaria (patrocinada pela União Europeia).

107. Este perigo é ainda maior pelo facto de, mesmo depois da decisão do processo Kolev, o catalisador estabelecido pelo Tribunal de Justiça para qualquer não aplicação seletiva das normas nacionais infratoras permanecer pouco claro. No Acórdão Taricco, em que o órgão jurisdicional de reenvio declarou que a duração do processo penal em Itália é tão longa que, em tais casos, «a impunidade de facto constitui […] não um caso excecional, mas a norma», o Tribunal de Justiça fixou o catalisador no momento em que o órgão jurisdicional nacional concluiu que a aplicação das regras nacionais teria esse efeito «num número considerável de casos» [71]. No Acórdão Kolev, esse desencadeamento parece ter sido designado por «violações sistemáticas e contínuas das regras aduaneiras» que parecem resultar no «risco sistémico» de os atos que prejudicam os interesses financeiros da União Europeia ficarem impunes [72].

108. No entanto, no processo Kolev, a única «contravenção sistemática e contínua» no processo principal parece ter sido o facto de que um determinado magistrado do Ministério Público não podia servir-se validamente dos documentos adequados relativamente aos arguidos de um processo penal específico. Nesse sentido, o Ministério Público era de facto *sistemática e continuamente* incapaz de o

69 V., nesse sentido, Acórdãos de 17 de dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, n.º 4); de 3 de setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, n.ºs 281 a 285); e Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH) de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 170).

70 Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 57). V. também, para efeitos da aplicabilidade das diretivas, Acórdãos de 8 de outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, EU:C:1987:431, n.º 13), e de 22 de novembro de 2005, Grøngaard e Bang (C-384/02, EU:C:2005:708, n.º 30).

71 Acórdão de 8 de setembro de 2015, Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.ºs 24 e 47).

72 Acórdão de 5 de junho de 2018, Kolev e o. (C-612/15, EU:C:2018:392, n.ºs 57 e 65).

fazer. De resto, no entanto, todo o problema «sistémico» parece basear-se numa afirmação do órgão jurisdicional de reenvio. Por conseguinte, resulta bastante claro o tipo de problemas (desta vez genuinamente sistémicos) a que o Tribunal de Justiça atribui «licença para ignorar» no contexto do direito penal [73].

109. Em quarto lugar, a resposta (constitucionalmente experimentada e testada) a esse problema e às suas questões conexas é o respeito pelo princípio da separação de poderes. Cabe claramente ao legislador nacional, no caso de incompatibilidade das regras penais nacionais com o direito da União, intervir e adotar para o futuro regras de aplicação geral, em conformidade com o princípio da legalidade. Como expressão da separação de poderes no campo sensível do direito penal, o princípio da legalidade exige a adoção de normas processuais e materiais pelo Parlamento. Além do valor constitucional inerente a esse argumento, tal abordagem também tem uma vantagem pragmática: haverá, por definição, apenas *um conjunto* de regras aplicáveis.

110. Em quinto lugar, isto é o que podia chamar-se o paradoxo do «onde pode levar as falhas sistémicas no funcionamento dos Estados-Membros». Em processos como N.S. [74] ou Aranyosi e Căldăraru [75], a existência de certas falhas sistémicas no funcionamento dos sistemas judiciais, administrativos ou penitenciários num Estado-Membro levou, em nome da proteção efetiva dos direitos fundamentais, à possibilidade de suspensão temporária de alguns dos princípios mais fundamentais em que a União Europeia se baseia, como sejam o reconhecimento e a confiança mútuos. Contudo, as falhas sistémicas (aparentes) de funcionamento em matéria de cobrança do IVA e dos direitos aduaneiros, relativas à proteção dos interesses financeiros da União Europeia, são de um valor de tal modo superior que conduzem, desta vez, à suspensão efetiva dos direitos fundamentais, associados à legalidade e ao Estado de direito. Questiono-me sobre o que esta estratificação de valores implicaria em termos de hierarquia entre o artigo 2.º, TUE e o artigo 325.º TFUE.

111. Por todas estas razões, na minha opinião, a abordagem do Tribunal de Justiça sobre as consequências de uma potencial incompatibilidade de disposições nacionais relativas à cobrança efetiva do IVA ou de outros recursos próprios da União, em especial no que se refere aos processos penais relativos a essas questões, deve ser estruturada de forma um pouco diferente. Mesmo que uma regra nacional aplicável nesses processos deva ser declarada incompatível com as disposições aplicáveis do direito da União, essa declaração deve produzir efeitos apenas para o futuro. Por força dos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais (conforme aplicável no caso concreto), aquela conclusão não pode ser aplicada aos processos em curso se for em detrimento do arguido. Deste modo, os Estados-Membros têm o dever de proceder às alterações imediatas do direito nacional, a fim de assegurar a compatibilidade das regras nacionais com as conclusões do Tribunal de Justiça. Caso não o faça, um processo de infração (potencialmente acelerado) ao abrigo do artigo 258.º TFUE, é a via de recurso adequada (estrutural).

112. Finalmente, a questão de saber se as potenciais falhas no funcionamento são sistemáticas ou apenas pontuais não tem qualquer relevância. Desde que tais falhas sejam de facto estruturais no sentido de ocorrerem em grande escala e repetidamente, trata-se de mais um argumento a favor da razão pela qual deve haver também uma resposta «estruturada» sob a forma de um processo previsto no artigo 258.º TFUE, no qual o Estado-Membro em causa também pode defender adequadamente o seu ponto de vista.

73 Não há dúvida de que é correto recordar que tais consequências foram sempre inerentes ao funcionamento do ordenamento jurídico da União. Qualquer declaração de incompatibilidade apresentada por um órgão jurisdicional nacional pode ser contestada por outros intervenientes nesse Estado-Membro, tornando a lei (certamente durante algum tempo) menos previsível, com a consequência de uma pessoa poder, nesse período transitório, obter, por exemplo, um certo benefício, enquanto outros não. Receio que tal observação (válida em termos gerais) encontre limites claros no contexto específico de efetivamente i) impor responsabilidade penal ii) com base no próprio «parcimoniosamente redigido» artigo 325.º, n.º 1, TFUE. Mais uma vez, a diferença essencial é a previsibilidade razoável e a clareza das regras aplicáveis. V. as minhas Conclusões no processo Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, n.ºs 165 a 166 e 173 a 178).

74 Acórdão de 21 de dezembro de 2011, N.S. e o. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, n.º 86).

75 Acórdão de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.ºs 82 a 88).

D. Questão prejudicial

113. Aplicando estas indicações gerais ao presente processo, a resposta à questão específica do órgão jurisdicional de reenvio quanto ao facto de a proteção efetiva dos recursos próprios da União Europeia exigir ou não o afastamento de regras nacionais que excluam a utilização de provas obtidas ilegalmente parece-me bastante clara: *não*, *sem dúvida* que não.

114. Em primeiro lugar, afigura-se que não havia, por parte da União Europeia, à data dos factos do processo principal, harmonização[76] das regras em matéria de prova ou interceções para salvaguardar os interesses financeiros da União no contexto do IVA ou de um modo geral. Por conseguinte, os Estados-Membros mantiveram a discricionariedade na definição das suas próprias regras a esse respeito.

115. Em segundo lugar, mesmo na ausência de regras específicas da União Europeia sobre a matéria, o que significa que a situação em causa não é determinada pelo direito da União, ainda se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União. Os Estados-Membros estão efetivamente sujeitos às obrigações decorrentes do artigo 325.º, n.º 1, TFUE, do artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF e dos artigos 206.º, 250.º, n.º 1, e 273.º da Diretiva IVA, relativas a todas as regras de direito penal que abordam a questão das sanções no campo do IVA.

116. Comparado com as regras nacionais em causa nos processos M.A.S. e Kolev, o grau de proximidade das regras nacionais em causa no presente processo com as regras aplicáveis do direito da União é talvez algo distante, mas certamente não está ausente[77]. Com efeito, as regras em matéria de prova, em conexão com as regras sobre a competência dos tribunais e as condições em que as interceções são autorizadas têm um impacto claro sobre as sanções, tornando estas últimas mais ou menos prováveis ou efetivas em resultado da aplicação daquelas. Isto é claramente evidente quando a aplicação das regras em matéria de prova na Bulgária impede a utilização de elementos de prova que demonstrem a culpa de P. Dzivev no processo principal.

117. Em terceiro lugar, daqui decorre que, ao elaborar e aplicar este tipo de regras, os Estados-Membros devem exercer o seu poder discricionário no âmbito de dois conjuntos de limites, incluindo os limites aos direitos fundamentais: os que decorrem do direito nacional e os que decorrem do direito da União.

118. Por um lado, devem respeitar o seu próprio direito nacional, incluindo as disposições pertinentes das suas Constituições no que se refere ao direito penal em geral, e às provas e interceções em especial. Daí decorre, com base no Acórdão M.A.S., que as autoridades búlgaras podem examinar as regras nacionais em causa à luz de interpretações específicas dos direitos fundamentais (por exemplo, o princípio da legalidade das sanções), mesmo que estes últimos também sejam garantidas pelo direito da União, desde que a Constituição nacional preveja um nível de proteção mais elevado para os arguidos. A este respeito, cabe exclusivamente ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se as disposições nacionais em causa são conformes com o direito nacional hierarquicamente superior.

119. Por outro lado, dado que a situação em apreço é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, a autonomia institucional e processual de que os Estados-Membros dispõem para definir as suas regras em matéria de prova é limitada não só pela dupla exigência de equivalência e efetividade da União Europeia, mas também pela Carta[78].

76 V., no sentido de uma regra da União ou um conjunto de regras que devem abranger essa questão específica, análise constante dos n.os 70 a 80, *supra*.

77 Assim, na escala delineada e analisada no n.º 79, *supra*, mais próxima dos cenários dos processos Ispas ou Kolev.

78 V., por exemplo, relativamente ao respeito devido à Carta no âmbito do direito da União, Acórdãos de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 27), e de 5 de abril de 2017, Orsi e Baldetti (C-217/15 e C-350/15, EU:C:2017:264, n.º 16).

120. A exigência de equivalência limita a liberdade de escolha dos Estados-Membros, obrigando-os a garantir que tais sanções preencham condições análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes [79]. No presente processo, no entanto, não parecem suscitar-se questões de equivalência.

121. A exigência de efetividade obriga os Estados-Membros a garantir a cobrança efetiva do IVA, nomeadamente através da aplicação de sanções eficazes e dissuasivas em caso de violação da legislação em matéria de IVA [80].

122. A efetividade do direito da União é um argumento questionável, porque em si e por si só não tem limites internos. Se esse argumento for levado ao máximo, então todo e qualquer resultado contemplado pode ser justificado. Certamente, se «a efetividade da proteção dos recursos próprios da União» fosse equiparada a «colocar pessoas na prisão por cometerem fraude e não pagarem IVA» [81], então qualquer regra nacional que impeça a condenação deve ser afastada. Mas então, não seria também mais eficaz não ter de pedir uma autorização judicial para a realização de interceções telefónicas? Do mesmo modo, a cobrança efetiva dos pagamentos do IVA não aumentaria também se o tribunal nacional tivesse competência para ordenar a flagelação em praça pública por fraude ao IVA?

123. Estes exemplos claramente absurdos demonstram nitidamente por que motivo o argumento potencialmente ilimitado da «efetividade» deve ser imediatamente limitado e equilibrado com argumentos e valores identificados na etapa anterior: outros valores, interesses e objetivos que derivam dos limites nacionais e dos da União Europeia, incluindo a proteção dos direitos fundamentais. O potencial equilíbrio entre limites e regras processuais de origem nacional é da competência do órgão jurisdicional nacional.

124. No que diz respeito ao direito da União e aos requisitos mínimos dele decorrentes, pode novamente repetir-se que o direito da União não impõe apenas sanções eficazes e dissuasoras. Também exige o respeito pelos direitos fundamentais no processo de aplicação dessas sanções. As disposições da Carta e o artigo 325.º, n.º 1, TFUE têm o mesmo estatuto que as disposições de direito primário da União Europeia. Com efeito, como um *dever duplo* decorrente do direito da União no âmbito deste último, os Estados-Membros devem procurar o equilíbrio entre a efetividade e os direitos fundamentais. Por conseguinte, é fundamental, ao avaliar a efetividade, ter em consideração o requisito de proteção dos direitos fundamentais [82].

79 V., por exemplo, Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.º 53).

80 Acórdão de 2 de maio de 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, n.º 33).

81 Embora, num nível profundamente cínico, alguém pudesse questionar a exatidão factual desta afirmação: colocar as pessoas na prisão por não pagarem impostos poderia servir o objetivo (mais remoto) da dissuasão, mas dificilmente o objetivo (talvez mais imediato) de forçá-las a enfrentar as suas obrigações face ao erário público. É também por isso que a prisão de devedores, embora talvez também justificável em termos de dissuasão, possa ter tido um sucesso limitado no passado em termos de pagamento — v., em conjunto com as referências literárias adequadas, as minhas Conclusões no processo Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, n.ºs 63 a 65).

82 V. também, nesse sentido, o Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.ºs 65 a 66). O Tribunal de Justiça insistiu em especial que a interceção de telecomunicações, através da qual as provas em questão foram recolhidas, deve ser prevista por lei e necessária em contextos penais e administrativos. Deve ainda verificar-se se, em conformidade com o princípio geral da observância dos direitos da defesa, o sujeito passivo teve oportunidade, no âmbito do processo administrativo, de aceder a essa prova e de ser ouvido em relação à mesma.

125. Na circunstância específica do presente caso, resulta bastante claro que as interceções de comunicações de qualquer tipo, incluindo as telefónicas, representam uma interferência significativa no direito ao respeito pela vida privada (artigo 7.º da Carta) [83] e, se usado ilegalmente no contexto de um julgamento penal, também nos direitos de defesa (artigo 48.º, n.º 2, da Carta).

126. Assim, uma regra nacional que proíba a utilização de provas obtidas ao abrigo de uma ordem de interceção incorretamente autorizada dá o devido crédito a ambos os lados da equação: não apenas ao objetivo de efetividade da cobrança do IVA (permitindo tais interferências no direito ao respeito pela vida privada), mas também ao respeito pelos direitos fundamentais envolvidos (limitando o uso de tais provas a uma série de condições, incluindo a sua obtenção legal com base numa ordem judicial).

127. Penso que, no presente processo, a análise poderia terminar aqui. Não me parece que, num caso como o presente, a questão de saber se as regras nacionais em causa são processuais ou não e quantos problemas semelhantes se suscitam a nível nacional tenha qualquer influência na avaliação do Tribunal de Justiça. No entanto, a fim de servir cabalmente o Tribunal de Justiça, a resposta concisa aos pontos restantes, aplicando a análise geral *supra* [84] efetuada ao presente processo, seria a seguinte.

128. Em quarto lugar, embora uma regra nacional que preveja que o órgão jurisdicional competente para autorizar a escuta telefónica num caso concreto possa ser entendida como sendo de natureza «processual», a regra segundo a qual o despacho de autorização da escuta deve ser fundamentado é ligeiramente mais complexa. Se nenhuma razão (definida, específica do caso) for dada para a escuta, tal requisito é uma «mera» regra processual? A dificuldade, nesse e noutros casos [85], em classificar tais regras limítrofes apenas sublinha, mais uma vez, por que motivo essa distinção não é de facto útil no contexto de processos como o presente.

129. Em quinto lugar, não creio que, para a avaliação da compatibilidade das regras, uma averiguação sobre o número de casos a que uma regra é aplicada de uma certa forma deva ter alguma relevância. Mesmo que tivesse, a resposta estrutural a quaisquer incumprimentos potenciais deveria ter efeitos para o futuro, e não ser aplicável aos processos em curso em detrimento dos já condenados. No entanto, se o Tribunal de Justiça, ainda assim, decidir que as falhas sistémicas de funcionamento são relevantes nesse tipo de casos, no sentido contemplado nos Acórdãos Taricco e Kolev, observo o seguinte.

130. Como sugerido pela Comissão, não resulta dos factos do presente processo, tal como apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio, que a aplicação das regras nacionais em causa geraria um *risco sistémico* de impunidade, na aceção do Acórdão Kolev, ou impediria a correta cobrança do IVA num *número considerável de casos*, no sentido do Acórdão Taricco.

83 No que diz respeito ao direito à proteção da vida privada, no contexto das interceções, v., por exemplo, Acórdãos do TEDH de 24 de abril de 1990, Kruslin/França (CE:ECHR:1990:0424JUD001180185); de 18 de maio de 2010, Kennedy/Reino Unido (CE:ECHR:2010:0518JUD002683905); e de 4 de dezembro de 2015, Roman Zakharov/Rússia (CE:ECHR:2015:1204JUD004714306). Neste último processo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem encontrou falhas na lei russa que rege a interceção de comunicações nos procedimentos de autorização de interceções. V. também, mais amplamente, sobre o equilíbrio adequado entre a luta contra o crime e a proteção da vida privada e dos dados pessoais, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Tele2 Sverige e Watson e o. (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970).

84 V. n.os 96 a 101 e 102 a 112, *supra*.

85 Por exemplo a regra que dispõe que em processos de recurso em matéria ambiental, *as despesas não devem ser exageradamente dispendiosas*, é uma regra processual ou uma regra material? Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. as minhas Conclusões no processo Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, n.os 82 a 91).

131. Onde quer que esse padrão se possa encontrar, é justo supor que «sistémico» e «considerável» deve significar mais do que um (processo). Além disso, na minha opinião, mas totalmente em linha com outros casos em que foram analisadas falhas sistémicas, como nos Acórdãos N.S. ou Aranyosi e Căldăraru, qualquer proposta tão abrangente deveria ser apoiada por provas [86] que vão além daquilo que parece ser uma interpretação individual das regras e práticas nacionais por um órgão jurisdicional [87].

132. No presente processo há quatro pessoas acusadas. Como o órgão jurisdicional de reenvio observou, as provas obtidas podem ser invocadas para determinar a culpa dos arguidos no processo principal, com exceção de P. Dzivev. Assim, parece que em três dos quatro casos, «apesar» das regras nacionais em causa, a acusação foi capaz de recolher provas legalmente admissíveis, ao abrigo da lei nacional, contra os outros três arguidos. Não é claro, portanto, nos factos do presente processo, de que forma o funcionamento dessas regras impediria seriamente a aplicação eficaz de sanções em grande escala. Além disso, o problema decorrente da incerteza quanto ao órgão jurisdicional com jurisdição para autorizar as interceções também parece ser de natureza transitória.

V. Conclusão

133. À luz das considerações que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão submetida pelo Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Criminal Especial, Bulgária), da seguinte forma:

– O artigo 325.º, n.º 1, TFUE, o artigo 1.º, n.º 1, e o artigo 2.º, n.º 1 da Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, e os artigos 206.º, 250.º, n.º 1, e 273.º da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, interpretados à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que proíbe a utilização de provas obtidas em violação do direito nacional, como as recolhidas por meio de interceções de telecomunicações autorizadas por um órgão jurisdicional que não tinha competência para o fazer.

86 Em ambos os acórdãos, essa prova não foi apenas discutida na sequência da apresentação de um certo número de partes e de Estados-Membros intervenientes, mas também apoiada por declarações vinculativas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o assunto (v. Acórdãos de 21 de dezembro de 2011, N.S. e o. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, n.os 88 a 90), e de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru (C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.os 43 e 60). Obviamente não estou a sugerir que as alegações de falhas sistémicas precisariam sempre desse tipo ou quantidade de provas em todos os casos. A comparação feita é antes para demonstrar o nível de prova conceptualmente muito diferente apresentado.

87 Como já foi mencionado brevemente nos n.os 24 e 44, parece haver discordância entre os órgãos jurisdicionais nacionais quanto à interpretação correta da nova lei. Poder-se-ia acrescentar, diplomaticamente, que o nível de desacordo refletido no despacho de reenvio, entre por um lado, o órgão jurisdicional de reenvio e, por outro lado, o Varhoven kasatsionen sad (Supremo Tribunal de Cassação, Bulgária) e o Sofiyski gradski sad (Tribunal da Cidade de Sófia), parece ser ainda mais profundo.