

RECONHECIMENTO MÚTUO DE DECISÕES DE APREENSÃO E DE CONFISCO: O REGULAMENTO (UE) 2018/1805 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 14 DE NOVEMBRO DE 2018

JOÃO CONDE CORREIA

Resumo: o Regulamento é um passo em frente para a criação de um espaço judiciário europeu em que as decisões possam ser tomadas rapidamente e sem fronteiras. Mesmo assim, como nem todos os mecanismos de confisco estão incluídos e o reconhecimento mútuo não é automático, ainda estamos muito distantes desse espaço.

Abstract: *the Regulation is a step forward to the creation of a European judicial space where the decisions could move quickly and without any border. Even so, since not all confiscation mechanisms are included ant the mutual recognition is not automatic, we still are very far away from this space.*

Palavras-chave: apreensão; confisco; reconhecimento mútuo.

Keywords: *freezing; confiscation; mutual recognition.*

I. INTRODUÇÃO

À medida que a recuperação de ativos¹ se vai desenvolvendo, também a necessidade de cooperação internacional para esse efeito tem vindo a ganhar importância. Ao lado dos instrumentos de cooperação penal internacional clássica, dirigidos para a perseguição criminal *stricto sensu* surgem novos mecanismos destinados a detetar, a apreender e a confiscar os instrumentos, os produtos e as vantagens de um facto ilícito típico². No mundo

¹ Sobre este conceito, gerado pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, cfr. João Conde Correia «Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia?», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/ João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que Que a Transpôs*, INCM Lisboa (2018), p. 333.

² João Conde Correia, «Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos», *Anatomia do Crime* (2018), 7, p. 227 e ss.; Rita Simões, «A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional», *AA.VV. Estudos do projeto Ehtos*, PGR, Lisboa (2018), p. 369 e ss..

atual, demasiado centrado no *homo economicus*, a mera punição dos autores de um facto ilícito típico é insuficiente: para além disso impõe-se, tanto quanto seja possível, ainda que em contexto internacional, a completa ablação dos proventos do crime. Sem ela, a decisão será contraditória³ e inadmissível para a comunidade. Ninguém compreenderá que, muito embora condenado, o arguido conserve, algures, aquilo que só logrou com a prática do crime, pronto para ser partilhado ou usufruído mais tarde. *Nullum crime sine confiscatione* converteu-se, assim, numa espécie de imperativo político criminal hodierno⁴.

A criminalidade transnacional, que aproveita todas as facilidades concedidas pela globalização e a progressiva abolição de fronteiras para gerar proventos e mesmo a criminalidade que apenas os coloca lá fora não podem passar imunes a esta política criminal, hoje, igualmente, quase global. Se os criminosos não têm fronteira, também as instâncias formais de controlo não as podem ter. A liberdade de circulação de pessoas e de bens deve ser igual para todos, devendo as decisões judiciais gozar de iguais possibilidades práticas. Só assim podemos lograr o necessário equilíbrio entre as vantagens e as desvantagens da crescente abolição das fronteiras.

No espaço de liberdade, segurança e justiça europeu [art. 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE); art. 67.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)], sem quaisquer fronteiras internas, a livre circulação de criminosos ou dos seus proventos reclama novas soluções práticas. A mera cooperação judiciária entre Estados soberanos é aqui insuficiente. Por ser burocrática e lenta e, sobretudo, por depender da mera vontade discricionária de cooperar torna-se, hoje, ineficaz. Se os Estados-Membros abrem as suas fronteiras, recebendo cidadãos que não conhecem e bens cuja origem ignoram, também devem receber, com igual facilidade, as decisões judiciais. Ao menos nesse caso conhecem a sua origem. A harmonização já alcançada e, sobretudo, a confiança mútua entre as diversas autoridades judiciárias dos Estados-Membros deve ser suficiente para que também as suas decisões possam circular livremente.

Consciente de toda esta problemática, em 14 de novembro de 2018, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram o Regulamento (UE) 2018/1805, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, assim procurando elevar a apreensão e a perda internacional dos proventos do crime a níveis ideais, comunitariamente sustentáveis⁵. Aproveitar a abolição das fronteiras internas para maximizar os

³ Peter Aldridge, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Hart Publishing, Oxford (2003), p. 45.

⁴ Em sentido crítico dessa mesma política criminal, Vittorio Manes, «l'ultimo imperativo della politica criminal: nullum crimen sine confiscatione», *RIDPP* (2015), p. 1258. Em sentido contrário, seguindo aquela política criminal, recentemente, David Ullenboon [*Praxisfaden Vermögensabshöpfung*, G.F.Müller, Hidelberg (2019)] classificou o confisco como o terceiro pilar do direito penal.

⁵ Isso mesmo resulta logo do considerando 3, onde se reconhece que o atual regime não é inteiramente eficaz. O mesmo resulta ainda da avaliação de impacto que acompanhou a

proventos do crime ou, então, para os esconder não deverá constituir uma vantagem. Num espaço supranacional ideal esses casos devem ter o mesmo tratamento dos casos puramente nacionais, não podendo os proventos escapar à máquina repressiva oficial pelo simples facto de estarem no estrangeiro.

II. LEGITIMIDADE, OPORTUNIDADE E FORMA DA INTERVENÇÃO

Antes de analisarmos os principais problemas suscitados pelo novo Regulamento europeu, importa referir, sumariamente, os seus antecedentes: sem compreender bem o contexto e a forma da intervenção não se poderá interpretar bem o seu conteúdo, nem, em consequência, proceder à sua correta aplicação.

1. Num espaço de liberdade, segurança e justiça (art. 3.º, n.º 2, do TUE; art. 67.º do TFUE) uma vez que «a liberdade de circulação de bens e capitais é um *elemento estruturante da integração europeia*, exponencia-se a possibilidade de que os bens relacionados com a prática de crimes (em particular, as vantagens) se encontrem localizados sob a autoridade de uma jurisdição diferente daquela que decide a respetiva perda sobretudo quando se trata de crime organizado»⁶. Nesta medida, o confisco internacional de bens transforma-se num dos «aspectos mais intrinsecamente europeus do sistema penal»⁷. Tanto mais que o direito comparado mostra, apesar de todos os impulsos à harmonização, um quadro legal ainda heterogéneo e assimétrico, que dificulta a aprovação de instrumentos de auxílio baseados no princípio do reconhecimento mútuo e, logo, facilita a vida de quem procura prevalecer-se da diferença para maximizar os proventos do crime ou, pelo menos, para garantir a sua intangibilidade.

Mesmo quando a penetração da economia legal pelo crime organizado afeta apenas um Estado-Membro, todo o mercado único acaba por ser afetado, distorcendo a concorrência e provocando perda de rendimentos, que afeta quer os interesses patrimoniais desse mesmo Estado-Membro, quer os interesses gerais da União. Até nesses casos, aparentemente apenas nacionais,

proposta de Regulamento, onde se pode ler que «Member States today make little use of judicial cooperation tools to freeze and confiscate criminal assets located in other Member States. Only very few freezing and confiscation orders are issued and executed in other Member States, in relation to the amount of criminal assets moved abroad by the offenders. According to reports by practitioners and Member States' governments, compared to some other mutual recognition instruments (such as the European Arrest Warrant (EAW)), the ones on freezing and confiscation are used very little» SWD (2016) 468 final, p. 16.

⁶ Pedro Caeiro, «O confisco numa perspetiva de política criminal europeia», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que Que a Transpôs*, INCM Lisboa (2018), p. 25.

⁷ *Idem*, p. 25.

a União Europeia acaba por ser afetada⁸, devendo poder tomar as medidas adequadas à defesa dos seus interesses patrimoniais.

Ainda que munido com mecanismos de congelamento e perda baseados no princípio do reconhecimento mútuo e que, assim, possa contar com a colaboração dos restantes, nenhum Estado-Membro pode, de forma isolada, combater eficazmente este fenómeno generalizado. A União Europeia está, quer pela dimensão internacional do problema, quer pelos efeitos práticos da sua ação, melhor colocada do que eles, podendo «tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do TUE»⁹, que, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, não excedam o necessário para alcançar esse desiderato. Não estando «em causa a construção de um modelo comum em virtude de considerações axiológico-jurídicas, mas sim a eficácia da cooperação (...) a intervenção há de se orientar essencialmente para a implementação do reconhecimento mútuo»¹⁰. A cooperação judiciária clássica, para além de ser pouco compatível com a justiça em prazo razoável (art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) atribui ao Estado de execução o poder de cumprir ou não o solicitado, tornando-se incongruente com a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça europeu¹¹.

Em suma: «the free movement of persons and capitals within the Union entails a need for action at supra-national level in enforcing judicial decisions, including those on asset freezing and confiscation»¹².

2. A regulamentação do reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e do confisco não é, neste contexto, uma inovação absoluta. Pelo contrário, é fruto e uma evolução, baseada quer em mecanismos de harmonização prévia, quer, ainda, em mecanismos de reconhecimento mútuo¹³. A União Europeia foi utilizando as duas técnicas de modo a construir um sistema legal sólido, que seja, minimamente, eficaz e que compense ou, pelo menos, minimize a abolição de fronteiras internas e a consequente livre circulação do crime e/ou dos seus proventos.

⁸ Cfr. a avaliação de impacto que acompanhou a proposta de Regulamento, SWD (2016) 468 final, p. 33.

⁹ Considerando 51 do Regulamento. Atento o princípio da subsidiariedade, em áreas que não sejam da competência exclusiva da UE, a União só pode agir se e enquanto os objetivos não puderem ser suficientemente atingidos pelos Estados-Membros.

¹⁰ Pedro Caeiro, *O confisco ...*, p. 25.

¹¹ Robert Esser, *Europäischer und internationales Strafrecht*, C.H.Beck, München (2018), p. 106 e ss..

¹² Cfr. a avaliação de impacto que acompanhou a proposta de Regulamento, SWD (2016) 468 final, p. 33.

¹³ Sobre estes mecanismos de construção do direito penal europeu, cfr., entre nós, Inês Horta Pinto, *A harmonização dos sistemas de sanções penais na europa: Finalidades, obstáculos, realizações e perspetivas de futuro*, Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 77 e ss.; no direito alemão Robert Esser, *Europäischer...*, p. 106 e ss..

2.1. O movimento de harmonização do direito europeu em matéria de confisco iniciou-se com a ação comum de 3 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (98/699/JAI), passou pela Decisão-Quadro 2005/212/JAI, do Conselho de 24 de fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime e culminou com a Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril), sobre o congelamento e a perda dos produtos do crime na União Europeia¹⁴.

Do ponto de vista material, o confisco está assim relativamente estabilizado, facilitando a circulação de decisões: o consenso já logrado reforça os níveis de confiança mútua e permite uma melhor colaboração. Os Estados-Membros obrigaram-se a criar: normas relativas à perda dos instrumentos utilizados para o cometimento de um crime e aos produtos dele resultantes (art. 4.º, n.º 1, daquela Diretiva); normas relativas ao confisco do valor de tais instrumentos ou produtos (art. 4.º, n.º 1, parte final); normas relativas à perda de bens de terceiros (art. 6.º); normas relativas ao confisco não baseado numa condenação proferido no âmbito de um processo penal (art. 4.º, n.º 2); e, mesmo, normas relativas ao confisco alargado de bens (art. 5.º).

Fora deste elenco legal mínimo, relativamente uniforme, apesar do estímulo de alguma doutrina e da compreensão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)¹⁵, continua a *civil forfeiture* (e seus derivados) de origem anglo-saxónica. O velho cisma entre os seus partidários (como sistema de excelência na luta contra os lucros do crime) e os seus detratores (por intolerável violação dos direitos fundamentais, *maxime* o direito de propriedade e as garantias mínimas do processo penal de um Estado de direito) persiste; tendo a Comissão Europeia sido mandatada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho para estudar a viabilidade e a vantagem da sua introdução ao nível europeu, pelo que se aguarda tal estudo¹⁶.

2.2. Para além das normas destinadas a permitir alguma harmonização nas situações mínimas em que deverá ser admissível o confisco dos instrumentos e dos produtos do crime, a União Europeia também não esqueceu as normas relativas à sua efetivação prática. Na verdade, a Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho de 22 de junho de 2003 (relativa à execução na

¹⁴ Para esta evolução, cfr. Pedro Caeiro, *O confisco...*, p. 26 e ss.; João Conde Correia, *Que futuro...*, p. 337 e ss..

¹⁵ Sobre estas propostas doutrinárias e jurisprudência do TEDH, cfr. João Conde Correia, *Que futuro...*, p. 341 e ss..

¹⁶ Para o *input* feito pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho (7329/1/14 REV 1 ADD 1). No Staff Working Document de 12 de abril de 2019 [SWD(2019) 1050 final] a Comissão reconhece que nesta área o direito dos Estados-Membros mudou recentemente, sendo necessário proceder à recolha de dados e a uma reflexão profunda, incluindo em conjunto com a sociedade civil.

União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas) veio «estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de congelamento tomada por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro no âmbito de um processo penal» com vista à subsequente perda de bens. Pouco tempo volvido, focando-se na segunda face do problema, a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho de 6 de outubro de 2006 (relativa à aplicação do reconhecimento mútuo às decisões de perda) veio, igualmente, «estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhecerá e executará no seu território as decisões de perda proferidas por um tribunal competente em matéria penal de outro Estado-Membro»¹⁷.

Desta forma, a União Europeia criou as bases normativas para a efetiva implementação de um verdadeiro sistema europeu de confisco, que engloba as duas faces do problema e que, teoricamente, é capaz de compensar a completa ausência de fronteiras internas.

2.3. A disciplina legal plasmada no novo Regulamento reflete tudo isto mas também a sua ineficácia prática: «os relatórios da Comissão relativos às Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI revelam que o atual regime de reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e das decisões de perda não é inteiramente eficaz. Essas decisões quadro não foram transpostas e aplicadas de modo uniforme nos Estados-Membros, o que levou a um reconhecimento mútuo e a uma cooperação transfronteiriça aquém do que seria de desejar»¹⁸. Os níveis de confisco são, *per se*, quando comparados com os prováveis lucros do crime, insuficientes¹⁹, tornando-se irrisórios nos casos em que dependem da cooperação internacional. A criminalidade continua, por isso, a utilizar as fronteiras (ainda que agora já não existam) para potenciar os seus lucros ou, pelo menos, para os esconder fora do alcance normal das autoridades nacionais.

Criar um regime supranacional, capaz de, finalmente, inverter essa realidade era, por isso, há muito, um imperativo jurídico. Aquelas intervenções continuam a ser insuficientes, demonstrando uma grave desigualdade de armas entre as instâncias formais de controlo, que continuam a ter claros

¹⁷ Sobre estes mecanismos, João Conde Correia, *Que futuro...*, p. 347 e ss. Estas duas decisões foram transpostas para a ordem jurídica interna pelas Leis n.ºs 25/2009, de 5 de junho, que estabelece o regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia, e 88/2009, de 31 de janeiro, que aprova o regime jurídico da emissão e execução de decisões de perda de instrumentos, produtos e vantagens.

¹⁸ Considerando 6. No mesmo sentido caminha a avaliação de impacto que acompanhou a proposta de Regulamento, SWD (2016) 468 final, p. 3.

¹⁹ Como se refere no considerando 4 da Diretiva 2014/42/EU, «[e]mbora as estatísticas existentes sejam limitadas, os montantes dos produtos do crime recuperados na União afiguram-se insuficientes quando comparados com o valor estimado desses produtos. Os estudos realizados demonstram que, embora regulamentados pelos direitos nacionais e da União, os procedimentos de perda continuam a ser muito pouco utilizados».

limites à circulação das suas decisões e os criminosos, que se movem ou, pelo menos, movem os seus ativos livremente. A liberdade de circulação deve ser igual para todos.

3. No que concerne à forma da intervenção, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia escolheram, pela primeira vez, um regulamento com carácter geral e abstrato e efeitos *erga omnes*, obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável a todos os Estados-Membros (art. 288.º do TFUE). Como se dizia na respetiva exposição de motivos, «uma vez que a proposta respeita a procedimentos transfronteiriços, que necessitam de regras uniformes, não é necessário deixar margem de manobra aos Estados-Membros para a transposição dessas regras. Um regulamento é diretamente aplicável, proporciona clareza e uma maior segurança jurídica e evita os problemas de transposição que afetaram as decisões quadro relativas ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco. Por estes motivos, considera-se que o regulamento é a forma mais adequada para este instrumento de reconhecimento mútuo»²⁰. Na mesma linha, na fórmula dos próprios considerandos, «importa facilitar o reconhecimento mútuo e a execução das decisões de apreensão e das decisões de perda estabelecendo regras que obriguem os Estados-Membros a reconhecer sem mais formalidades as decisões de apreensão e as decisões de perda emitidas por outro Estado-Membro no âmbito de processos em matéria penal e a executá-las no seu território». Assim, «a fim de garantir a eficácia do reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e das decisões de perda, as regras relativas ao reconhecimento mútuo destas decisões deverão ser estabelecidas por um ato jurídico da União juridicamente vinculativo e diretamente aplicável»²¹.

Este Regulamento, assente no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e das decisões judiciais (art. 82.º, n.º 1, al. a), do TFUE), constitui, portanto, uma nova peça da cooperação judiciária internacional em matéria penal, com vista à prevenção e ao combate da criminalidade, no contexto de

²⁰ Cfr. o ponto 2 da exposição de motivos da Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco COM (2016) 819 final, p. 7 e ss.. Como refere Anabela Miranda Rodrigues, «tendo em conta que se trata de matéria “penal”, a utilização de regulamentos teria a vantagem de garantir um elevado grau de uniformidade das regras aplicáveis em todos os EM, na condição de os regulamentos serem formulados de forma suficientemente clara e precisa» [in Manuel Lopes Porto/Gonçalo Anastácio (coordenadores), *Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra (2012), p. 428]. O Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017 (que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia), seguiu a mesma lógica, regulando as matérias processuais e remetendo para a Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017 (relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal) as matérias substantivas.

²¹ Considerandos 12 e 11, respetivamente. Na doutrina, sobre esta escolha, Malin Thunberg Schunke, *Extended Confiscation in Criminal Law: national, european and international perspectives*, Intersentia, Cambridge (2017), p. 305 e ss..

um espaço de liberdade, segurança e justiça (art. 3.º, n.º 2, do TUE e art. 67.º, n.º 3, do TFUE): ao prescindir da transposição para o direito interno, o novo mecanismo realça a sua dimensão *supra* nacional e cria condições para uma verdadeira aplicação coerente e uniforme. Em síntese, parecem estar finalmente reunidas as condições necessárias para uma nova era em sede de cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. Não será por falta ou indevida transposição que o novo mecanismo fracassará.

3.1. Ainda do ponto de vista formal, o legislador europeu unificou, num único conjunto normativo, os procedimentos relativos ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e os procedimentos referentes ao reconhecimento mútuo das decisões de perda definitiva, até aqui (como acabamos de recensear) repartidos por dois diplomas legais autónomos²². Pela interligação lógica e cronológica entre estes dois mecanismos legais, em benefício da segurança jurídica e da própria coerência interna do sistema, é desejável que estas matérias constem de um único regime legal. A codificação será sempre um inquestionável fator de segurança jurídica. Multiplicar os instrumentos europeus relativos ao congelamento provisório e ao confisco²³ definitivo pode induzir perniciosas sobreposições legais, criar obstáculos à sua correta transposição e, sobretudo, dificultar, depois, a sua correta aplicação prática²⁴. Quanto mais claras e completas forem as leis, melhor e mais fiável será o resultado final. A dispersão do direito penal e processual penal europeu é (tal como acontece com o direito nacional) um fator claro para o seu desconhecimento e, em consequência, para a sua relativa ineficácia prática.

III. RECONHECIMENTO MÚTUO

O novo Regulamento baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo, introduzido no universo penal pelo Conselho de Tampere, de 15 e 16 de

²² A necessidade de reunir ambos os regimes num único diploma era, desde há muito, uma exigência da doutrina. Neste sentido, por exemplo, Isidoro Blanco Cordero, «Armonización-Aproximación de las Legislaciones en la Unión Europea em Materia de Lucha contra los Productos del Delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», in Aragüena Fanego, Coral (dir.) *Espacio de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova Madrid (2010), p. 360. Esta reunificação não é, todavia, suficiente para evitar um procedimento em duas fases (apreensão e perda), como se reconhece no considerando 3 da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal.

²³ O novo Regulamento utiliza geralmente os termos apreensão e perda. Todavia, no artigo 3.º, n.º 1, utiliza os termos congelamento e confisco.

²⁴ María Isabel González Cano, *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo blanch, Valencia (2016), p. 133/34) fala, justamente, da grande dispersão normativa e das importantes consequências práticas e de coordenação ao reconhecer e ao executar decisões judiciais com efeitos transfronteiriços no âmbito da União Europeia.

outubro de 1999 e, logo aí, elevado à categoria de «pedra angular» da cooperação judiciária penal (arts. 67.º, n.º 3, e 82.º, n.º 1, do TFUE): «ainda que outro Estado possa não tratar uma determinada questão de forma igual ou análoga à forma como seria tratada no Estado do interessado, os resultados serão considerados equivalentes às decisões do seu próprio Estado»²⁵. A confiança mútua entre os diversos Estados-Membros da União Europeia, tanto na bondade intrínseca das suas disposições legais, como, depois, na sua correta aplicação no caso concreto, conduz ao reconhecimento recíproco das decisões tomadas. Assim, «uma vez adotada uma determinada medida, como uma decisão de um juiz no exercício dos seus poderes num Estado-Membro, essa medida — desde que tenha implicações extranacionais — *será* automaticamente aceite em todos os outros Estados-Membros e *produzirá* os mesmos efeitos ou, no mínimo, efeitos análogos»²⁶. A total harmonização da legislação dos Estados-Membros (embora ajude) não é, para o efeito, absolutamente imprescindível, tornando-se, portanto, através deste novo instrumento processual penal europeu, possível ultrapassar eventuais divergências normativas entre os sistemas dos Estados-Membros intervenientes.

1. Assim, uma vez recebida uma decisão de apreensão ou de perda, a autoridade de execução procede ao seu reconhecimento e toma as medidas necessárias à sua execução, com a mesma rapidez e prioridade de uma decisão nacional, exceto se invocar um dos taxativos motivos de não reconhecimento e de não execução (arts. 8.º e 19.º, respetivamente). Tirando esses casos raros²⁷, a decisão deverá ser reconhecida e executada como se de uma decisão nacional se tratasse.

1.1. Entre os motivos de não reconhecimento avultam as situações excecionais em que houver motivos especiais para crer, com base em elementos de prova objetivos e específicos, que a execução da decisão de apreensão ou de perda iria, nas circunstâncias específicas do caso concreto, implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante tal como estabelecido na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial o direito a um recurso efetivo, o direito a um julgamento equitativo ou o direito de defesa [art. 8.º, n.º 1, al. f), e art. 19.º, n.º 1, al. h)]. Desta forma, permitindo ao Estado de Execução sindicar o respeito daqueles direitos fundamentais pelo Estado de emissão, o Regulamento introduz uma grande entorse ao

²⁵ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 26 de julho de 2000, relativa ao Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal COM (2000) 495 final, p. 4. Sobre este mecanismo, entre nós, por exemplo, Rita Alexandre do Rosário, «Diretiva relativa à decisão europeia de investigação e igualdade de armas», *Anatomia do Crime*, 2018, 7, p. 181 e ss.; na Alemanha Robert Esser, *Europäischers...*, p. 106 e ss..

²⁶ COM (2000) 495 final, p. 2; os tempos verbais em itálico foram por nós alterados.

²⁷ Para além de taxativos antes da recusa deverá haver, como iremos ver, consulta entre os Estados-Membros (considerando 35 e arts. 8.º, n.º 2, e 19.º, n.º 2), tornando aqueles casos ainda mais raros.

princípio do reconhecimento mútuo, podendo mesmo comprometer a livre circulação de decisões judiciais. «A criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça na União baseia-se na confiança mútua e na presunção de que os outros Estados-Membros cumprem o direito da União, em particular respeitam os direitos fundamentais»²⁸. Admitir que o Estado de execução possa (ainda que apenas em situações muito excepcionais) recusar o cumprimento da decisão de apreensão ou de perda por alegada violação dos direitos fundamentais desperta o perigoso vírus da desconfiança, destrói essa imprescindível confiança mútua e afasta aquela presunção, colocando em risco a criação de um verdadeiro espaço judiciário europeu.

Esta possibilidade de controlo excepcional do respeito pelos direitos fundamentais no Estado de execução não tem paralelo expresso no regime do Mandado de Detenção Europeu²⁹, criando um claro paradoxo jurídico: o direito de propriedade tem maior proteção do que a própria liberdade individual. Ao nível da União Europeia, a tutela da propriedade supera atualmente — insistimos — a proteção da liberdade. É certo que «o direito de propriedade não deverá, em princípio, ser relevante, uma vez que a apreensão e a perda de bens implicam necessariamente uma ingerência no direito de propriedade de uma pessoa e que as necessárias salvaguardas a este respeito já estão previstas no direito da União»³⁰ e no próprio Regulamento. No entanto, a proclamação oficial deste princípio geral não impede que a violação do direito de propriedade seja, de facto, invocada como motivo de recusa e que aque-

²⁸ Considerando 34. Na doutrina, sobre esta cláusula, Malin Thunberg Schunke, *Extended Confiscation...*, p. 317 e ss..

²⁹ O Mandado de Detenção Europeu foi criado pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI, do Conselho de 13 de junho (transposta para a ordem jurídica interna pela lei n.º 65/2003, de 23 de agosto), não contendo este regime qualquer cláusula de salvaguarda expressa dos direitos fundamentais. Mesmo assim, segundo o acórdão do Tribunal de Justiça (grande secção) de 25 de julho de 2018 (processo C-216/18 PPU), «o artigo 1.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI... deve ser interpretado no sentido de que quando a autoridade judiciária de execução chamada a decidir da entrega de uma pessoa contra quem foi emitido um Mandado de Detenção Europeu para efeitos do exercício de procedimento criminal dispõe de elementos como os que figuram numa proposta fundamentada da Comissão, adotada em aplicação do artigo 7.º, n.º 1, do TUE, que parecem demonstrar a existência de um risco real de violação do direito fundamental a um processo equitativo garantido pelo artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em razão de falhas sistémicas ou generalizadas no que respeita à independência do poder judicial do Estado-Membro de emissão, a referida autoridade deve verificar, de maneira concreta e precisa, tendo em conta a situação pessoal dessa pessoa, bem como a natureza da infração pela qual é perseguida e o contexto factual que estão na base do Mandado de Detenção Europeu, e tendo em conta as informações prestadas pelo Estado-Membro de emissão em aplicação do artigo 15.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584, se existem motivos sérios e comprovados para acreditar que a referida pessoa correrá esse risco em caso de entrega a este último Estado»; quanto aos reflexos das futuras condições de detenção no cumprimento do Mandado de Detenção Europeu, ver, igualmente, a decisão do Tribunal de Justiça também de 25 de junho de 2018, proferida no processo n.º c-220/18 PPU. Entre nós, para a ausência de um nível adequado de proteção dos direitos fundamentais neste regime legal, cfr. Manuel Monteiro Guedes Valente, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra, Almedina (2006), p. 334 e ss.

³⁰ Considerando 34. Esta preocupação com o direito de propriedade é, igualmente, bem visível no considerando 36.

las garantias processuais mínimas tenham afinal em vista a sua proteção. De uma forma ou de outra, em última análise é o *ius utendi, fruendi et abutendi* que está aqui, verdadeiramente, posto em causa.

Seja como for, apesar desta flagrante incongruência sistémica, a verdade é que a consagração de uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais não é uma novidade deste Regulamento, parecendo antes ser uma tendência dos mais recentes instrumentos de cooperação judiciária baseados no reconhecimento mútuo³¹, que a prazo contaminará os mais antigos. Ao otimismo e voluntarismo inicial, explicável pelas circunstâncias de então³², parece contrapor-se, agora, algum cuidado adicional, porventura desencadeado pelos excessos entretanto verificados na *praxis* jurídica quotidiana.

1.2. Os restantes motivos de não reconhecimento e de não execução de uma decisão de apreensão ou de perda são normais neste tipo de mecanismos, não constituindo a sua consagração legal qualquer novidade, nem devendo a sua aplicação prática suscitar qualquer problema jurídico. Todos estes motivos de recusa pressupõem todavia — de modo a evitar casos de não reconhecimento e não execução precipitados — consulta entre a autoridade de execução e a autoridade de emissão (arts. 8.º, n.º 2, e 19.º, n.º 2). Dessa forma, podem ser esclarecidas dúvidas e fornecidas informações suplementares, suscetíveis de resolver o diferendo³³. Ao contrário do reconhecimento mútuo, a recusa não funciona de forma automática, pressupondo a impossibilidade da prévia resolução das divergências eventualmente existentes.

1.3. O reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda seria ineficaz ou até inútil se a autoridade de execução pudesse procrastinar a decisão e, depois, a sua execução: quer a decisão, quer a sua execução deverão assim «processar-se com a mesma rapidez e a prioridade que em processos nacionais similares»³⁴, devendo, em caso de urgência, proceder-se ao reconhecimento mútuo da decisão de apreensão em 48 horas e à sua execução nas

³¹ É o caso do artigo 11.º, n.º 1, al. f), da Decisão Europeia de Investigação, criada pela Diretiva 2014/41/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, transposta para a ordem jurídica interna pela lei 88/2017. Justamente sobre a salvaguarda dos direitos fundamentais pelo Estado de execução no âmbito desse diploma, cfr. Vânia Costa Ramos, «Os meios processuais de impugnação da decisão europeia de investigação — subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Diretiva com uma perspetiva portuguesa», *Anatomia do Crime* (2018), 7, pp. 129 e ss..

³² O Mandado de Detenção Europeu surgiu no rescaldo e foi influenciado pelos trágicos acontecimentos de 11 de setembro de 2011: neste sentido, por exemplo, entre a literatura jurídica nacional, Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, Coimbra (2008), p. 187, ou Ricardo Jorge Bragança de Matos, *O Mandado de Detenção Europeu e a Dupla Incriminação: Legalidade e territorialidade no espaço de liberdade, segurança e justiça*, Rei dos Livros, Lisboa (2013), p. 41.

³³ Considerando 41.

³⁴ Considerando 29. A experiência anterior terá, segundo a proposta de regulamento, demonstrado a «necessidade de fixar prazos claros para garantir a eficiência dos procedimentos transfronteiriços» COM (2016) final, p. 14.

48 horas subsequentes (art. 9.º, n.º 3); já o reconhecimento mútuo de uma decisão de confisco deverá ocorrer no prazo máximo de 45 dias (art. 20.º, n.º 1). Não podemos esquecer a facilidade com que hoje se movem os ativos, em especial, os financeiros, pelo que sem estes prazos a apreensão e a perda são ineficazes. Quando finalmente forem cumpridos já o bem estará algures noutra local ou então na posse de um terceiro, eventualmente de boa-fé.

Para além disso, uma vez que os bens congelados podem estar espalhados por vários Estados-Membros, a apreensão pode pressupor coordenação entre os vários Estados-Membros (ou, até, entre as várias autoridades nacionais) envolvidos (art. 9.º, n.º 2) por forma a potenciar os seus efeitos. Se assim não for, ao primeiro assomo das autoridades de um determinado Estado-Membro, todos os ativos guardados noutra Estado-Membro correm o risco de desaparecer, sendo colocados a salvo pelo seu titular.

IV. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A determinação do verdadeiro âmbito de aplicação do novo Regulamento é, igualmente, imprescindível à correta aplicação do mecanismo. Sem essa determinação corremos o risco de arbítrio e de subjetividade, inadmissíveis em «processos de natureza criminal».

1. O Regulamento, apesar de procurar «assegurar a eficácia da cooperação transfronteiriça para apreender e declarar perdidos os instrumentos e os produtos do crime»³⁵ só se aplica «às decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria penal»³⁶. De fora ficam, expressamente, apenas as decisões de apreensão e de perda proferidas no âmbito de processos civis ou administrativos, nomeadamente a *civil confiscation* (art. 1.º, n.º 4) desenvolvidos na experiência da *common law*, mas quase desconhecidos na *civil law*³⁷. Deste modo, através da utilização de um conceito indeterminado e da exclusão de dois conhecidos tipos de confisco (que de outro modo se poderiam, eventualmente, considerar incluídos), o legislador europeu procura, sem grande sucesso, circunscrever o âmbito objetivo do novo mecanismo.

Com efeito, «“processos em matéria penal” é um conceito autónomo do direito da União interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não obstante a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos»³⁸, que

³⁵ Considerando 5.

³⁶ Considerando 13 e art. 1.º, n.º 1.

³⁷ Saber se esses mecanismos beneficiam do Regulamento (UE) 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 (que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial) é outra questão, que não importa aqui tratar.

³⁸ Considerando 13. Sobre a jurisprudência do TEDH, cfr. Hélio Rigor Rodrigues, «O confisco das vantagens do crime: entre os direitos dos homens e os deveres dos Estados a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Matéria da Confisco», *in*

inclui processos «que não são processos penais»³⁹, tornando-se assim difícil de circunscrever. Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia estará em causa «um processo que reúna as características essenciais de um processo penal, sem, no entanto, ser exigido que esse tribunal disponha de uma competência exclusivamente penal». Desde que estejam verificadas «as características essenciais de um processo penal», ainda estamos, portanto, dentro do conceito de lei penal⁴⁰.

O lexema deverá, pois, segundo os considerandos «abranger todos os tipos de decisões de apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infração penal, não se limitando a incluir as decisões abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE», nomeadamente «investigações criminais da polícia e de outras autoridades de aplicação da lei»⁴¹ que respeitem «as salvaguardas essenciais dos processos penais estabelecidas na Carta» dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴².

E não se diga que, estando em causa um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal, apenas as decisões proferidas num processo penal *strito senso* estão incluídas, não podendo o Regulamento abranger outros veredictos: seria uma *contraditio in adyto* invocar o artigo 82.º, n.º 1, al. a), do TFUE para afinal regular o reconhecimento mútuo de decisões que não são verdadeiras penas, nem tão pouco medidas cautelares destinadas a garantir a sua execução. Com efeito, o conceito «matéria penal», consagrado no artigo 82.º do TFUE e no próprio título do respetivo capítulo (IV) beneficia igualmente daquela jurisprudência generosa do Tribunal de Justiça e tem sido utilizado para legitimar outros mecanismos, como a decisão europeia de proteção, criada pela Diretiva 2011/99/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro⁴³. A fim de garantir o efeito útil deste novo Regulamento, a definição de «matéria penal» há de ser independente da qualificação das infrações pelos Estados-Membros⁴⁴.

Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/ João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que que a Transpôs*, INCM Lisboa (2018), p. 41 e ss., ou Johan Boucht, «Civil asset forfeiture and the presumption of innocence under Art. 6(2) ECHR», in Jon Petter Rui/Ulrich Sieber (eds.), *Non-conviction-based confiscation in Europe: possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 164 e ss..

³⁹ Considerando 18.

⁴⁰ Cfr. o § 36.º da decisão do Tribunal de Justiça (grande secção), proferida em 14 de novembro de 2014, no caso Marián Baláz (C-60/12).

⁴¹ Considerando 13.

⁴² Considerando 32.

⁴³ Cfr. os considerandos 2, 5 e 10 da referida Diretiva, transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 71/2015, de 20 de julho, que estabelece o regime jurídico da emissão e transmissão entre Portugal e os outros Estado-Membros da União Europeia de decisões que apliquem medidas de proteção.

⁴⁴ No mesmo sentido, embora para as decisões quadro, cfr. § 35.º da decisão do Tribunal de Justiça (grande secção), proferida em 14 de novembro de 2014, no caso Marián Baláz (C-60/12).

2. O âmbito de aplicação objetivo do Regulamento é, ainda, delimitado pela necessidade de invocar um dos casos *per si* intrinsecamente penais consagrados no artigo 3.º, n.º 1, ou então comprovar o requisito da dupla incriminação. Em ambas as situações, seja quando está em causa uma das infrações ali taxativamente previstas, seja quando é necessário demonstrar a dupla incriminação, está em causa a apreensão ou a perda decorrente da prática de uma infração penal⁴⁵. Independentemente do mecanismo processual (perda decorrente de uma condenação, não baseada numa condenação, alargado, de bens de terceiros ou preventivo), tem de estar sempre em causa uma conduta suscetível de integrar uma infração penal no Estado de execução, quaisquer que sejam os elementos constitutivos ou a qualificação da mesma na legislação do Estado de emissão (art. 3.º, n.º 2). Sem esse elemento mínimo aliado a determinadas garantias processuais mínimas não se pode dizer que estamos perante um processo em «matéria penal».

2.1. A perda alargada e, sobretudo, o confisco do património incongruente (*unexplained wealth*) prescindem da cabal demonstração dos factos que deram origem à aplicação do mecanismo, tornando muito difícil a comprovação deste requisito adicional. Para estender os poderes de ablação estes mecanismos não pressupõem a exata comprovação da conduta que originou as vantagens. No caso Português, por exemplo, presume-se que são provenientes de uma atividade criminosa (art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), mas não se concretiza (ainda que minimamente) essa mesma atividade, em particular, no que respeita ao tipo de crime que a consubstancia, assim fazendo perigar o seu reconhecimento internacional⁴⁶. É certo que o confisco alargado está incluído entre as tipologias de confisco mínimas impostas pela Diretiva 2014/42/UE e, logo, igualmente, incluída no âmbito do reconhecimento mútuo previsto pelo Regulamento. No entanto, a verdade é que nem tudo o que o legislador apelida de perda alargada — como agora faz o legislador Português — o é efetivamente. Entre o modelo legal consagrado na Diretiva e o mecanismo consagrado na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, existem diferenças de vulto, que podem ditar o não reconhecimento legítimo das decisões de apreensão e de perda proferidas pelos tribunais portugueses⁴⁷.

⁴⁵ Como resulta, claramente, dos termos do artigo, o Estado-Membro de execução pode nestes casos sujeitar ou não o reconhecimento e a execução à comprovação da dupla incriminação, nada impedindo a sua cooperação mesmo na ausência da mesma.

⁴⁶ Para a exata caracterização do modelo português, cfr. João Conde Correia, «O Confisco e a “fixação” do enriquecimento ilícito», AA.VV. *Estudos do projeto Ehtos*, PGR, Lisboa (2018), p. 257 e ss.; na jurisprudência, cfr., por exemplo, os Acs. do TRP de 17 de setembro de 2014, de 18 de novembro de 2015 e de 12 de julho de 2017.

⁴⁷ Neste sentido, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, in Ferreira, Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso/ João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que Que a Transpôs*, INCM Lisboa (2018), p. 115; para aquelas diferenças, Duarte Alberto Rodrigues Nunes, «Reflexões acerca da transposição da Diretiva 2014/42/UE em matéria de confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes

2.2. A opção por este conceito amplo («processo em matéria penal») afasta qualquer dúvida sobre a (im)possibilidade de reconhecimento mútuo do confisco não baseado numa condenação, decretado no âmbito de um processo penal, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2014/42/UE. Embora formalmente inseridos no processo penal, estes mecanismos já não são autênticos processos penais (não visam a aplicação de uma pena ou uma medida de segurança), mas são, ainda, seguramente, «processos em matéria penal». O que está em causa já não é uma *actio in persona*, dirigida contra um determinado suspeito, visando a sua punição, mas um simples mecanismo de redução do património do condenado ao *status* patrimonial que tinha antes da prática do crime⁴⁸. A conexão com o processo criminal é óbvia (o legislador não prescinde das suas garantias mínimas, nem de uma relação, ainda que difusa, com a prática pretérita de um crime), mas o objetivo já não é o mesmo: em vez da punição de um determinado sujeito a mera ablação dos proventos do crime, mesmo sem aquela condenação.

3. Abrangidos por este Regulamento parecem estar as ações preventivas italianas⁴⁹. O projeto inicial incluía apenas as decisões de congelamento ou confisco emitidas por outro Estado-Membro no âmbito de um processo penal⁵⁰. Contudo, por sugestão italiana, a expressão processo penal foi substituída pela expressão «processos em matéria penal», de modo a que mais mecanismos de confisco (aí se incluindo aquelas ações) pudessem beneficiar das novas regras de reconhecimento mútuo⁵¹.

4. Devido a esta mudança, parecem estar ainda (ao contrário da proposta inicial) incluídas as decisões de perda proferidas no âmbito do direito de mera ordenação social (que não se confundem com o confisco administrativo), onde existem garantias semelhantes às do processo penal clássico, ou, pelo menos, a possibilidade prática de a elas recorrer⁵². Não se compreenderia, por isso,

Cardoso/ João Conde Correia (coordenadores), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que Que a Transpôs*, INCM Lisboa (2018), p. 119.

⁴⁸ Sobre a configuração atual destes mecanismos inseridos no processo penal nacional, cfr. João Conde Correia, «"Non Conviction Based Confiscation" no direito penal Português vigente: "quem tem medo do lobo mau?"», *Julgar* (2017), 32, p. 94; para a possibilidade desta introdução, por todos, Jon Petter Rui/Ulrich Sieber *Non-conviction-based confiscation in Europe: bringing the picture together*, in Jon Petter Rui/Ulrich Sieber (eds), *Non-conviction-based confiscation in Europe Possibilities and limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker & Humblot, Berlin (, 2015), p. 245 e ss..

⁴⁹ Michele Panzavolta/Roberto Flor, «A Necessary Evil? The Italian "non-criminal system" of asset forfeiture», in Jon Petter Rui/Ulrich Sieber (eds), *Non-conviction-based confiscation in Europe Possibilities and limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 111 e ss..

⁵⁰ COM (2016) 819 final.

⁵¹ Isso mesmo resulta da discussão realizada no Conselho, nomeadamente JAI 205 e JAI 769.

⁵² Arts. 21.º a 26.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de novembro. Sobre a importância do confisco no processo de mera ordenação social, cfr. Vilela, Alexandra, *O Direito de mera ordenação social: entre a ideia de «recorrência» e a «erosão» do direito penal clássico*,

a exclusão da perda aí decretada⁵³. As garantias mínimas, típicas do processo penal equitativo, consagradas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, são aqui, igualmente, aplicáveis.

Atento o atual movimento de enfraquecimento das fronteiras entre o direito penal e o direito penal administrativo (onde a necessidade de demonstrar que a infração não compensa não é menor), esta solução é compreensível e desejável. Tanto mais que ambos compartilham os mesmos propósitos e disciplinam o mesmo campo da vida social e, segundo a jurisprudência do TEDH, parecem convocar o mesmo tipo de garantias⁵⁴. A prática de uma contraordenação também não deve compensar. Embora não tenha a mesma ressonância ética, o direito penal administrativo abrange hoje largos setores, como a banca, a bolsa, os seguros ou a economia em geral, onde a prática de uma mera contraordenação é altamente lucrativa e deve ser desincentivada a todo o custo. Ninguém deve poder beneficiar de um ato ilegal. Evitar a consolidação transfronteiriça desses lucros ilegais, ou a sua dissimulação no estrangeiro, é mais um imperativo ético do legislador. Até porque, geralmente, estamos a lidar com estruturas empresariais, com ramificações internacionais e organização e recursos suficientes para esconder no estrangeiro os generosos proventos das suas ilegalidades.

5. O âmbito objetivo das decisões de apreensão, malgrado o seu carácter amplo («uma decisão emitida ou validade por uma autoridade de emissão para impedir a destruição, transformação, retirada, transferência ou afetação de bens tendo em vista a perda»), também carece de algumas precisões.

Desde logo, parece claro que o conceito europeu de apreensão («decisão emitida ou validada por uma autoridade de emissão para impedir a destruição, transformação, retirada, transferência ou afetação de bens tendo em vista a perda») não coincide com o conceito de apreensão consagrado no artigo 178.º do Código de Processo Penal, abrangendo outras realidades como o arresto (art. 228.º do Código de Processo Penal), o arresto para perda alargada (art. 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro) ou, até, a suspensão temporária das operações, nos termos do artigo 48.º da Lei n.º 88/2017, de 18 de agosto. Todas as medidas nacionais capazes de impor um vínculo de indisponibilidade sobre a coisa estão incluídas⁵⁵.

Coimbra Editora, Coimbra (2013), p. 364; Brandão, Nuno, *Crimes e contraordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora, Coimbra (2016), p. 484.

⁵³ A Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho de 24 de fevereiro de 2005 (relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias) exclui do âmbito das sanções pecuniárias «as decisões de perda dos instrumentos ou produtos do crime» (art. 1.º, devidamente transposto pelo art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 93/2009, de 1 de setembro, que aprova o regime jurídico da emissão e execução de decisões de aplicação de sanções pecuniárias).

⁵⁴ Sobre o enfraquecimento dessas fronteiras, cfr. Caeiro, Pedro, «The influence of the EU on the “blurring” between administrative and criminal law», in Francesca Galli / Anne Weyemberg (eds), *Do Labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law — The influence of the EU*, Editions de L’Universite de Bruxelles, Bruxelles (2014), p. 189.

⁵⁵ João Conde Correia, «Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos

Depois, parece, igualmente, claro que a definição legal de apreensão, visando exclusivamente a perda (art. 2.º, n.º 1), é insuficiente para abranger a apreensão com vista à mera restituição, que, todavia, também se deverá considerar incluída (art. 29.º, n.º 1)⁵⁶. Ao contrário do teor da definição, a apreensão pode visar apenas a restituição, internacional, do bem ao seu legítimo proprietário, não tendo inerente qualquer intuito confiscatório.

Finalmente, é, ainda, importante frisar que a apreensão continua a presupor a prévia identificação dos *proceeds of crime*⁵⁷: sem esse passo inicial não pode ser emitida uma decisão de apreensão, tornando o processo de recuperação de ativos pouco eficaz.

5.1. Uma vez que o Regulamento não define qual a autoridade nacional competente para emitir ou executar a decisão de apreensão, limitando-se a indicar o leque de entidades, em abstrato, admissíveis para o efeito (art. 2.º, n.ºs 8, al. a), e 9) e que aquele é diretamente aplicável (art. 288.º do TFUE), importará concretizar quem é, de facto, no caso concreto, competente para determinar ou executar esta apreensão supranacional.

V. DIREITOS DAS VÍTIMAS

A apreensão e a perda de bens no espaço de liberdade, segurança e justiça europeu não podem prejudicar os direitos das vítimas⁵⁸. Elas não podem (numa inadmissível e pernicioso vitimização secundária) ser afetadas pelo funcionamento destas regras *supra nacionais*: os seus direitos prevalecem sobre o confisco, nacional ou mesmo internacional, de bens do condenado.

1. Por isso mesmo, o Estado de execução deve restituir os bens apreendidos à vítima (*suum cuique tribuere*), logo que possível desde que: a) o direito das vítimas aos bens não seja objeto de impugnação; b) os bens não constituam elemento de prova em processo penal no Estado de execução (caso em que devem ser devolvidos logo que cesse essa utilidade probatória); e c) os direitos das pessoas afetadas não sejam prejudicados (art. 29.º).

do crime na União Europeia) no direito Português vigente», *RCEJ* (2014), 2, p. 92 e ss.; *idem*, «Apreensão ou arresto preventivo dos produtos do crime», *RPCC* (2015), 25, p. 524 e ss. Para a separação entre a apreensão e o arresto no direito alemão, cfr., agora, David Ullenboon [*Praxisfaden*...], p. 95.

⁵⁶ Em sentido contrário, no direito anterior, Rita Simões, *A recuperação ...*, p. 396. Como se refere na exposição de motivos que acompanha a proposta da Comissão o impacto social do Regulamento será «em geral bastante positivo, pois os bens de origem criminosa confiscados podem ser restituídos às vítimas às quais foram roubados ou reutilizados para fins públicos ou sociais» [COM (2016) 819 final, p. 10].

⁵⁷ Sobre a identificação de ativos, cfr. João Conde Correia, «Cooperação Judiciária Internacional em matéria de recuperação de ativos», *Anatomia do crime*, 2018, 7, p. 238 e ss..

⁵⁸ Considerandos 45 e 46; na doutrina, cfr. Malin Thunberg Schunke, *Extended Confiscation*..., p. 316.

Nestes casos a apreensão não deverá, portanto, visar o confisco subsequente do bem, mas, apenas, segundo aquele velho princípio romano, a sua restituição à vítima, assim repondo um ordenamento patrimonial conforme ao direito. Só assim não será, obviamente, nos casos em que a vítima se desinteresse, prescindindo da restituição das suas coisas⁵⁹.

2. Tratamento diverso, semelhante ao consagrado em termos internos no artigo 130.º do nosso Código Penal, merecem os casos em que depois de uma decisão confiscatória os bens ou o montante obtido com a sua venda devem ser entregues à vítima (art. 30.º). Os ativos confiscados ao próprio condenado ou a terceiros são, neste caso, direta ou indiretamente (o seu produto) alocados à vítima, assim compensando os danos que sofreu em virtude do crime. Apenas depois disso deverá, verdadeiramente, funcionar o confisco, retirando ao condenado aquilo que obteve com a prática do crime (*commodum ex injuria sua non habere debet*). Os bens declarados perdidos servem primeiro para indemnizar o lesado, só podendo reverter para o Estado depois de satisfazer os direitos daqueles.

É por isso imprescindível que — invertendo uma velha *praxis* jurídica nacional — o Ministério Público liquide nas suas acusações a pretensão confiscatória estadual (independentemente da exatável dedução de pedido de indemnização civil) e que na sentença o juiz tome em consideração em eventual articulação com a indemnização que venha a arbitrar⁶⁰. Só assim se cumprirá finalmente a arrojada política criminal, iniciada logo em 1982, numa altura em que o confisco apenas começava a dar os primeiros passos nos grandes areópagos internacionais.

3. Quando não estiver em causa a satisfação dos direitos patrimoniais da vítima, *id est* quando o confisco funcionar plenamente, salvo decisão em contrário dos Estados-Membros envolvidos, o montante obtido com a execução, se for superior a € 10.000,00, será dividido em partes iguais (art. 30.º, n.º 7); se for inferior a € 10.000,00, reverterá integralmente para o Estado de execução⁶¹.

⁵⁹ Está no âmbito da sua autonomia pessoal prescindir ou não do exercício deste direito. De todo o modo, nos casos em que ela prescinda, o Estado deverá retomar, plenamente, os seus legítimos poderes de confisco.

⁶⁰ No sentido da admissibilidade desse confisco, cfr. os Acs. do TRP de 17 de janeiro de 2018 e de 14 de setembro de 2016. Em sentido contrário, cfr. o Ac. do TRG de 1 de dezembro de 2014, comentado por João Conde Correia/Hélio Rigor Rodrigues, *in* «Anotação ao Acórdão do TRG de 01-12-2014, processo 218/11.0GACBC.G1 (pedido de indemnização e confisco)», *Julgat Online*, abril de 2015.

⁶¹ Sobre a partilha internacional de bens, João Conde Correia, *Cooperação judiciária...*, p. 247.

VI. CONCLUSÕES

O Regulamento é um passo no sentido de criar um efetivo espaço judiciário europeu, onde também as decisões das autoridades judiciárias possam circular livremente. De todo o modo, seja porque não inclui todos os mecanismos de ablação do património ilícito (*civil confiscation*), seja porque o reconhecimento das decisões de apreensão e de confisco não é automático, estamos ainda muito longe de atingir aquele desiderato. Não será, por isso, de estranhar se, num futuro próximo, forem desencadeadas novas iniciativas nesta matéria.