

O REGULAMENTO (UE) 2018/1805 RELATIVO AO RECONHECIMENTO MÚTUO DAS DECISÕES DE APREENSÃO E DE PERDA – ALGUNS APONTAMENTOS

Margarida Santos*/**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.4>

1. Considerações iniciais

A defesa do sistema financeiro europeu e da respetiva democracia económica¹ são aspirações que desde sempre acompanharam a União Europeia.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho/ Membro Integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov). Email: msantos@direito.uminho.pt.

** Este trabalho corresponde, com pequenas alterações, a uma versão em português do original em espanhol “Reglamento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. Algunas notas desde una perspectiva portuguesa”, in José Antonio Posada Pérez (dir.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2021, pp.293-314. Com este trabalho pretendemos homenagear a grande Jurista, Colega e Amiga Benedita Mac Crorie, com quem *sempre* pudemos contar e aprender. Muito obrigada querida Benedita!

¹ Ver os nossos: “A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia”, in Maria Miguel Carvalho *et al.* (coords.), *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019, pp. 187-206, disponível em <http://bit.ly/demo-economica-dnl>; “A Procuradoria Europeia e o exercício transnacional da ação penal relativamente aos crimes que lesem os *interesses financeiros da União Europeia*”, *Julgar*, nº 39, set-dez 2019; e “O papel

Sobretudo a partir da década de setenta do século XX, assistimos ao “fulgurante renascimento” do confisco, sendo atualmente “uma vertente imprescindível de uma qualquer política criminal realista”². É claro em termos de política criminal que a prevenção e repressão da criminalidade só pode ser “eficaz se conseguir neutralizar os seus lucros avultados”, ou seja, “[s]ó dessa forma, através da asfixia económica, se poderá combater essa criminalidade, impedir que ela se consolide, reinvesta os seus lucros, diversifique as suas operações, colocando em perigo a sobrevivência do próprio Estado de Direito”³.

No âmbito do presente trabalho pretende-se tecer alguns apontamentos em torno do recente Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda⁴, com aplicação a partir de 18 de dezembro de 2020 (Regulamento (UE) 2018/1805). Em especial, almeja-se dar conta, *brevitas causa*, das principais inovações do Regulamento (UE) 2018/1805 e refletir sobre o sentido do reconhecimento mútuo enquanto técnica selecionada no Regulamento, à luz do seu âmbito de aplicação e dos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão por estar em causa uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais

da Procuradoria Europeia na recuperação de ativos”, in Marie Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021.

² João Conde CORREIA, “Prefácio”, in Roberto d’Oliveira Vieira (coord.), *Confisco alargado de bens, Análise de Direito Comparado*, Editora JusPodivm, 2019, p. 15. Para uma caracterização do confisco enquanto instrumento de política criminal, ver João Conde CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Lisboa, INCM, 2012; e Pedro CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 21, 2011, pp. 273 e ss., 306 e ss., entre outros.

³ Hélio Rigor RODRIGUES e João Conde CORREIA, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC. G.”, *Julgar Online*, abril de 2015, p. 8, disponível em <http://julgar.pt/anotacao-ao-acordao-do-trg-de-01-12-2014-processo-21811-0gacbc-g1-pedido-de-indemnizacao-e-confisco/> [13.02.2022].

⁴ Faremos uso, ao longo do presente trabalho, indistintamente, das expressões “confisco” ou “perda”, que exprimem a mesma noção. Assim, ver Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?”, in Maria Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 9, nota 1; Pedro CAEIRO, “Sentido e função do...”, *op. cit.*, p. 269 e nota 2. Assim, seguindo o Autor (p. 269) “[p]or ‘perda’, ou confisco, entendemos as medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivessem por objeto...”. No mesmo sentido, ver Maria do Carmo DIAS, “‘Perda alargada’ prevista na Diretiva 2014/42/UE (artigo 5º) e ‘perda do valor de vantagem de atividade criminosa’ prevista na lei nº 5/2002 (artigos 7º a 12º)”, in Maria Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei Que a Transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 85, nota 1.

[artigos 8, nº 1, alínea f), e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805]. Pretende-se, sobretudo, compreender o alcance desta cláusula no contexto do reconhecimento mútuo e na concretização de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

2. A recuperação de ativos na União Europeia – breves considerações

A problemática da recuperação de ativos tem sido objeto de diversos instrumentos jurídicos internacionais, europeus e ao nível da União Europeia⁵. Olhando em especial para este espaço geográfico, a União Europeia tem dado destaque a esta problemática, nomeadamente mais recentemente através 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 do crime na União Europeia⁶ e através do Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda⁷. Com este

⁵ Na verdade, como sublinha Conde Correia, “[à] medida que a recuperação de ativos se vai desenvolvendo, também a necessidade de cooperação internacional para esse efeito tem vindo a ganhar importância [surgindo] novos mecanismos destinados a detetar, a apreender e a confiscar os instrumentos, os produtos e as vantagens de um facto ilícito típico” – cf. João Conde CORREIA, “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”, *Julgar*, nº 39, 2019, p. 183. Ver também do mesmo Autor, entre outros, “Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos”, *Anatomia do Crime*, nº 7, jan-jun, 2018, pp. 227 e ss.; e Rita SIMÕES, “A recuperação de ativos através da cooperação judiciária internacional”, in AAVV, *Estudos do projeto Ehtos*, Lisboa, PGR, 2018, pp. 369 e ss.

⁶ Em 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2014/42/UE, que define regras mínimas para o congelamento, administração e perda de bens de origem criminosa. A Diretiva introduziu, *grosso modo*, disposições sobre a perda não baseada numa condenação (pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido); disposições sobre a perda alargada para uma lista específica de infrações penais; disposições sobre a perda de bens de terceiros; esclarecimentos sobre o congelamento de bens tendo em vista a sua perda subsequente, incluindo o congelamento “urgente”, garantias estritas para preservar os direitos das partes afetadas por processos de congelamento ou perda; regras que permitem a deteção e o rastreio dos bens mesmo após uma condenação definitiva para assegurar a execução efetiva de uma decisão de perda; disposições sobre a administração dos bens congelados e declarados perdidos; disposições que exigem aos Estados-Membros a recolha e manutenção de estatísticas exaustivas sobre o congelamento e a perda. Em conformidade com os Protocolos n.ºs 21 e 22 do Tratado da União Europeia, respetivamente, o Reino Unido e a Dinamarca não participaram na adoção da Diretiva e não estão sujeitos à sua aplicação. A Irlanda exerceu o seu direito de participar na adoção e aplicação da Diretiva. Para uma súmula das medidas adotadas pelos Estados-Membros para transpor as disposições da Diretiva, ver o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa (COM(2020) 217 final), de 2 de junho de 2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0217&qid=1612978078304&from=PT> (secção 2).

⁷ Para uma síntese das principais disposições do Regulamento, com considerações práticas, ver já a Nota sobre o Regulamento (EU) 2018/1805 emitida pela Eurojust (dezembro de 2020), disponível em https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2021-01/note_regulation_mutual_recognition_freezing_confiscation_orders_pt.pdf

Regulamento (UE) 2018/1805 pretendeu unificar-se a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de apreensão e perda, alinhando-se o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Diretiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens⁸.

É, pois, possível apreender a mensagem do legislador da União Europeia: é necessário impulsionar o processo de recuperação de ativos em toda a União Europeia, a fim de melhor prevenir e reprimir o crime com fins lucrativos e aumentar o nível de segurança dos cidadãos da União Europeia⁹. Não obstante, a análise da concretização desta política penal europeia é difícil, desde logo atendendo às soluções legais nacionais divergentes quanto ao âmbito do confisco, o que implica “um obstáculo à ambição da UE e, em particular, ao desenvolvimento de modelos de recuperação de ativos à escala da UE”¹⁰.

[22.02.2022], bem como o Relatório da Eurojust sobre Recuperação de ativos - *Report on Eurojust's Casework in Asset Recovery* (fevereiro de 2019), disponível em <https://www.eurojust.europa.eu/report-eurojusts-casework-asset-recovery> [22.02.2022]. Neste relatório da Eurojust dá-se conta das principais questões jurídicas e práticas com as quais a Eurojust se tem debatido, o apoio prestado pela Eurojust, bem como os principais instrumentos de cooperação judiciária utilizados e as melhores práticas em matéria de recuperação de ativos.

⁸ Em Portugal, a Lei nº 30/2017, de 30 de maio, fez a sua transposição, introduzindo alterações no regime jurídico relativo à apreensão e perda de bens. Esta lei alterou os seguintes diplomas legislativos: a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira; a Lei nº 34/2009, de 14 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial; a Lei nº 45/2011, de 24 de junho, que cria, na dependência da Polícia Judiciária, o Gabinete de Recuperação de Ativos; o Decreto-Lei nº 54/75, de 12 de fevereiro, que remodela o atual sistema de registo da propriedade automóvel; o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro; o Código do Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 224/84, de 6 de julho; o Código do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 403/86, de 3 de dezembro; o Código de Processo Penal; o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro; a Lei Geral Tributária, aprovada em anexo ao Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro; o Decreto-Lei nº 164/2012, de 31 de julho, que aprova a orgânica do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P. A Lei nº 30/2017, de 30 de maio procedeu ainda à criação de uma obrigação de recolha e de comunicação de dados estatísticos referentes à apreensão e à aplicação de medidas de garantia patrimonial em processo penal, bem como ao destino final que os bens por elas abrangidos tiveram, nomeadamente a restituição, o envio a autoridade de outro Estado em cumprimento de pedido de cooperação judiciária internacional ou a declaração de perda a favor do Estado. Cf. artigo 1º da Lei nº 30/2017, de 30 de maio.

⁹ Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction”, in Katalin Ligeti e Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money – Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 13-14. Na verdade, como se sublinha no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa (COM(2020) 217 final), de 2 de junho de 2020, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0217&qid=1612978078304&from=PT> [22.02.2022], “[o] crime organizado é uma das maiores ameaças para a segurança da União Europeia”.

¹⁰ Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU...”, *op. cit.*, p. 14.

Uma última nota a título mais de enquadramento se impõe a propósito dos fundamentos da recuperação de ativos e da natureza jurídica natureza jurídica da decisão de perda clássica ou comum (e da alargada). A recuperação de ativos¹¹ assenta em múltiplos fundamentos interligados, nomeadamente relacionados com as funções preventivas (gerais e especiais) de demonstrar ao agente e à comunidade que o crime não compensa¹².

Com efeito, tem sido apontado pela doutrina como fundamento político-criminal do regime da recuperação de ativos as finalidades preventivas (quer de prevenção geral, quer de prevenção especial). No entanto, além destas finalidades preventivas, a este regime também tem sido atribuída uma necessidade de restauração da ordem patrimonial dos bens correspondente ao direito vigente¹³.

Importa sublinhar, sem pretensão de nesta sede tratarmos da temática, que tem sido discutida de forma acesa a questão da natureza jurídica da decisão de perda clássica ou comum (e da alargada), havendo quem a entenda como pena acessória, ou como efeito da pena, ou como medida sancionatória análoga à medida de segurança ou, mais abrangente, como consequência jurídica de um comportamento que a lei define como crime¹⁴. Neste âmbito,

¹¹ Importa sublinhar que o conceito de recuperação de ativos é mais abrangente do que o conceito de perda ou de confisco, sendo ainda um conceito que carece de densificação pela doutrina para uma maior uniformização no seu entendimento. Nomeadamente, podemos já referir-nos a uma divergência de entendimento ao nível do direito internacional (v.g. a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral da Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003) e ao nível do direito da União Europeia (mais amplo). Para maiores desenvolvimentos, ver João Conde CORREIA, “Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia?”, in Maria Raquel Desterro Ferreira et al. (coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei Que a Transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 333 e, entre outros, Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU...”, *op. cit.*, pp. 2 e ss.

¹² Sobre esta *ratio* múltipla e interligada da recuperação de ativos, ver Katalin LIGETI e Michele SIMONATO, “Asset Recovery in the EU...”, *op. cit.*, pp. 1 e ss. As Autoras referem-se à função punitiva (enquanto função mais evidente – no sentido de atingir “onde doi mais” e de demonstrar que o crime não compensa), à função preventiva (prevenção geral e especial) e à função estratégica importante na luta contra o crime organizado e o terrorismo.

¹³ Neste sentido, ver, entre outros, João Conde CORREIA, “A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro)”, *Revista do Ministério Público*, vol. 37, nº 146, abril-junho 2016, p. 69. Ver também a síntese constante do acórdão do Tribunal Constitucional nº 387/2009 (processo nº 383/18), disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Alertando para o risco de “desencaminhamento” do confisco (com o qual concordamos), onde se nota, em algumas vertentes, “um certo revivescimento de uma racionalidade de justiça absoluta – embora *sui generis*, não retributiva, porque a ideia é precisamente *distanciar* o confisco da justiça penal” – ver Pedro CAEIRO, “O confisco numa perspetiva de política criminal europeia”, in Maria Raquel Desterro Ferreira et al. (coords.), *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei Que a Transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 37.

¹⁴ Para uma síntese ver, entre outros, Maria do Carmo DIAS, “‘Perda alargada’ prevista...”, *op. cit.*, pp. 90 e ss.; e Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de decisão de perda”, in Maria Raquel Desterro Ferreira et al. (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 122 e ss.

o artigo 2º do recente Regulamento (UE) 2018/1805 determina que a decisão de perda é “uma sanção ou medida de carácter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma infração penal, que conduza à privação definitiva de bens de uma pessoa singular ou coletiva”, ou seja, abarca o carácter sancionatório ou não. Como reflete Mário Monte, “[d]e facto, se estiver prevista como sanção acessória, por exemplo, ela será uma sanção em sentido próprio, mas se não estiver como tal prevista, ela será uma medida ou providência referida a uma infração penal – mas não necessariamente ligada ao facto típico e ilícito –, consubstanciando-se na privação definitiva de bens”¹⁵. Noutras palavras e concordando com o Autor, “[e]sta privação definitiva, que visa restaurar a situação do agente (ou de terceiro) é uma reacção jurídica à questão penal, mas de carácter civil – e, portanto, pode acontecer, mesmo que não haja condenação penal”¹⁶.

Importa, agora, atentar no Regulamento (UE) 2018/1805, com especial enfoque no seu âmbito de aplicação e nos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão por estar em causa uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais [artigos 8, nº 1, alínea f) e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805], pela importância que assumem, nomeadamente em termos de desenvolvimento do direito penal da União Europeia, à luz do princípio do reconhecimento mútuo e do seu significado.

3. O Regulamento (UE) 2018/1805 – alguns apontamentos

3.1. Os instrumentos jurídicos antecedentes e o Regulamento (UE) 2018/1805

O Regulamento (UE) 2018/1805 “estabelece as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro” [artigo 1º, nº 1, do Regulamento (UE) 2018/1805].

O regime jurídico que vigorou na União Europeia em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, antes do

¹⁵ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, p. 124.

¹⁶ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*

Regulamento (UE) 2018/1805, assentava nas Decisões-Quadro 2003/577/JAI¹⁷ e 2006/783/JAI¹⁸, do Conselho, substituídas pelo Regulamento para os Estados-Membros por ele vinculados a partir de 19 de dezembro de 2019¹⁹.

Como se sublinha no considerando 6 do Regulamento, o quadro jurídico traçado pelas decisões-quadro “não é inteiramente eficaz”, aí se invocando a falta de uniformidade na transposição e aplicação por parte dos Estados-Membros, “o que levou a um reconhecimento mútuo insuficiente e a uma cooperação transfronteiriça aquém do que seria de desejar”. E como se aduz no considerando 8 do Regulamento (UE) 2018/1805: “[a]quando da adoção da Diretiva 2014/42/UE, o Parlamento Europeu e o Conselho salientaram, numa declaração, que a eficácia de um sistema de apreensão e perda na União estava intrinsecamente ligada ao bom funcionamento do reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e das decisões de perda. [E] solicitaram à Comissão a apresentação de uma proposta legislativa sobre o reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e das decisões de perda”.

O Regulamento (UE) 2018/1805, numa leitura geral, “não vem no essencial alterar o enquadramento normativo já previsto para a identificação, apreensão e perda de bens, na União Europeia”²⁰. O Regulamento (UE) 2018/1805, no fundo, “vem [viabilizar] a efetivação da apreensão e perda de bens sempre que em causa estejam bens localizados em outro Estado-Membro que não aquele na qual se dá a decisão de apreensão e/ou de perda”²¹.

Numa visão perfunctória, importa já sublinhar que, agora, fixam-se prazos para o reconhecimento e execução das decisões; prevê-se um catálogo de motivos de não-reconhecimento e de não- execução; prevê-se uma lista de tipos de crimes relativamente aos quais não há possibilidade de verificação da

¹⁷ Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Esta Decisão-Quadro visa “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” (artigo 1º).

¹⁸ Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda. Esta Decisão-Quadro visa “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”.

¹⁹ Cf. artigo 39º do Regulamento (UE) 2018/1805.

²⁰ Rita SIMÕES, “O Regulamento relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda: inovações e continuidades”, *Revista do CEJ*, nº 1, 2019, p. 64.

²¹ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo...”, *op. cit.*, p. 116.

dupla incriminação, caso esses factos sejam puníveis no Estado de emissão com pena de uma pena de máximo não inferior a 3 anos de prisão; contempla-se a restituição dos bens apreendidos às vítimas (sendo que “[s] regras relativas à afetação de bens apreendidos ou declarados perdidos deverão dar prioridade à indemnização e à restituição dos bens às vítimas” – considerando 45), contemplando, igualmente, vias de recurso no Estado de execução contra o reconhecimento ou a execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda.

3.2. A opção de forma: o regulamento e o reconhecimento mútuo

De um ponto de vista formal, o Regulamento (UE) 2018/1805 agrega num único conjunto normativo os procedimentos relativos ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda, que anteriormente estavam tratados nas Decisões-Quadro 2003/577/JAI²² e 2006/783/JAI²³, não obstante a necessidade de tratamento em duas fases (apreensão e perda)²⁴, o que é de saudar. Com efeito, a dispersão normativa pode “induzir perniciosas sobreposições legais, criar obstáculos à sua correta transposição e, sobretudo, dificultar, depois a sua correta aplicação prática”²⁵.

Além disso, uma nota se impõe quanto à técnica legislativa tomada a favor do regulamento e do reconhecimento mútuo, ou seja, “agora é mesmo o reconhecimento mútuo que se impõe de um modo unificado”, “[ficando] assim superadas [em parte] eventuais diferenças de regimes jurídicos que

²² Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. Esta Decisão-Quadro visa “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” (artigo 1º).

²³ Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda. Esta Decisão-Quadro visa “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”.

²⁴ João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões...”, *op. cit.*, p. 190. Como bem observa o Autor o Regulamento (UE) 2018/1805 adota os termos “apreensão” e “perda”, não obstante a utilização dos termos “congelamento” e “confisco” no artigo 3º, nº 1. Ver *supra* nota 4.

²⁵ Cf. João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões...”, *op. cit.*, p. 190. Ver também, M^a Isabel GONZÁLEZ CANO, *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 136 e ss., a propósito da grande dispersão legislativa e das suas consequências no âmbito da União Europeia.

pudessem constituir obstáculos à efetivação das decisões de apreensão e de perda transfronteiriças²⁶.

Como se sabe, a consagração expressa do reconhecimento mútuo²⁷ só aconteceu com o Tratado de Lisboa, no artigo 82º do TFUE. Nesta medida, em primeiro lugar, no nº 1 do artigo 82º do TFUE estabelece-se o princípio do reconhecimento mútuo como princípio base da cooperação judiciária em matéria penal na União (ou pedra angular como proclamado na conclusão 33 no Conselho Europeu de Tampere). O princípio do reconhecimento mútuo (baseado na confiança mútua) é complementado com a aproximação normativa nos domínios a que se refere o nº 2 do artigo 82º e o artigo 83º do TFUE, que apenas assume relevância se se demonstrar insuficiente a ação dos Estados-Membros a nível nacional, como, de resto, é pressuposto geral de toda a atuação da União Europeia.

Na leitura do artigo 82º do TFUE devem distinguir-se duas formas de atuação alternativas: a do nº 1 e a do nº 2, embora a interpretação destes dois preceitos tenha de ser conjugada.

Nos termos do contemplado no nº 1 do artigo 82º do TFUE, a União Europeia deverá adotar, com base no princípio do reconhecimento mútuo ou para assegurar a efetividade deste – medidas relativas a: “regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a EU de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; prevenir e resolver os conflitos de jurisdição, etc. (*sc.*, fazendo uso de qualquer dos instrumentos jurídicos à disposição porque o Tratado não define o instrumento a utilizar – *e.g.*, a diretivas, o regulamento, ou a decisão)²⁸.

O nº 2 do artigo 82º do TFUE fornece a base jurídica expressa para a aproximação em matéria de direito processual penal, sendo uma inovação

²⁶ Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, p. 115.

²⁷ Para uma análise da evolução da compreensão do reconhecimento mútuo, sobretudo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ver já Pedro CAEIRO *et al.*, “The evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, nº 6, 2019, pp. 689-703; e Pedro CAEIRO, “Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)” in Margarida Santos *et al.* (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 35; e Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, pp. 24 e ss.

²⁸ Para uma definição clara dos conceitos de aproximação normativa (através da harmonização, unificação) e de cooperação, v., Marta Muñoz de MORALES ROMERO, *El legislador penal Europeo: legitimidade y racionalidade*, Madrid, Editorial Civitas, 2011, pp. 48 e ss.

do Tratado de Lisboa que vem encerrar a discussão sobre a base jurídica da aproximação (apenas através da harmonização) neste domínio²⁹.

Como sublinha Anabela Rodrigues, “[s]em desconsiderar que a adoção de alguns (poucos) instrumentos legislativos ou o desenvolvimento de alguns princípios permitem que o reconhecimento mútuo no âmbito penal assegure a realização de direitos fundamentais das pessoas visadas com as decisões judiciais, assinala-se que o que está em causa é facilitar a realização do ‘direito de punir’”³⁰. Daí que a doutrina, como o faz por exemplo Anabela Rodrigues, tenha alertado, não raras vezes para “a orientação securitária que promove o princípio do reconhecimento mútuo na União Europeia, quando são mais protegidos os interesses egocêntricos dos Estados e menos os direitos das pessoas”³¹. Não obstante, o “*novo peso*” que tem sido conferido à harmonização do direito processual penal, “e que permite minorar os riscos denunciados de o reconhecimento mútuo ser o gérmen de um ‘nivelamento por baixo’ das garantias processuais”³², importa não baixar a guarda dos direitos fundamentais.

Neste contexto, como *supra* destacámos, o reconhecimento mútuo assenta na confiança mútua³³, no sentido de que, por exemplo nos termos do artigo 1º do Regulamento (UE) 2018/1805, são estabelecidas “as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro”. Ou seja, deve haver uma execução por parte da autoridade judiciária de um Estado-Membro “o mais automática e o mais direta

²⁹ Neste sentido, uma leitura conjunta desta norma com a do artigo 67º, nº 3, do TFUE conduz à limitação do recurso à harmonização aos casos em que esta seja “necessária” e não apenas “conveniente” ao estabelecimento do princípio do reconhecimento mútuo, como poderia parecer indicar a utilização da palavra “facilitar” no artigo 82º, nº 2, do TFUE.

³⁰ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, pp. 26/27.

³¹ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 27.

³² Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

³³ Este conceito surge no *Programa de Medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais* – cf. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 12, 44º ano, 15 de janeiro de 2001 (2001/C 12/02), Introdução, p. 11. Alerta-se, não obstante, na linha de Anabela Rodrigues, que embora o conceito de confiança mútua já se utilizava no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal no seio do Conselho da Europa, no âmbito da União Europeia tem outra intensidade, ligado à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo – Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 29, nota 84.

possível” das decisões tomadas por uma outra autoridade judiciária de um outro Estado-Membro³⁴.

Importa recordar que a confiança mútua “repousa, em especial, na plataforma comum constituída pelo empenho dos Estados-Membros nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e do Estado de direito”³⁵ – valores assumidos agora no artigo 6º do Tratado de Lisboa. Com efeito, tem sido trilhado um caminho em direção da promoção dos direitos processuais, que consubstancia “uma *nova linha de intervenção* da UE em matéria penal” – inaugurada com o Tratado de Lisboa e sobretudo com a adoção do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais pelo Conselho em 2009³⁶ e das diretivas que se lhe seguiram³⁷ – que visa

³⁴ Anne WEYEMBERGH, “L’impact du 11 septembre sur l’équilibre sécurité /liberté dans l’espace pénal européen”, in Emmanuelle Bribosia e Anne Weyembergh (dirs.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, pp. 173 e 174. Com muito interesse, ver a “definição” de reconhecimento mútuo dada pela Comissão Europeia na sua Comunicação de 26 de julho de 2000: “Entende-se geralmente que o reconhecimento mútuo se baseia na ideia de que, 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. É fundamental a confiança mútua, tanto na pertinência das disposições do outro Estado como na correcta aplicação dessas disposições. Com base nesta perspectiva de equivalência e na confiança em que assenta, permite-se que os resultados atingidos noutro Estado produzam efeitos na esfera jurídica do Estado do interessado. Assim sendo, uma decisão adoptada por uma autoridade de um Estado-Membro poderia ser aceite como tal noutro Estado-Membro, mesmo que neste nem sequer existisse uma autoridade comparável ou, caso existisse, que tal autoridade não fosse competente para adoptar decisões do mesmo tipo ou adoptasse uma decisão inteiramente distinta num caso semelhante. O reconhecimento de uma decisão estrangeira em matéria penal poderá ser entendido no sentido de produzir efeitos fora do Estado onde essa decisão foi pronunciada, seja conferindo-lhe os efeitos jurídicos previstos no direito penal estrangeiro, seja tomando-a em consideração para que produza os efeitos previstos pelo direito penal do Estado de reconhecimento” – cf. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal COM(2000) 495, 26 de julho de 2000 (p. 4).

³⁵ *Programa de Medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais* – cf. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 12, 44º ano, 15 de janeiro de 2001 (2001/C 12/02), Introdução, p.11.

³⁶ Resolução do Conselho de 30 de novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais - 2009/C 295/01.

³⁷ Cf. Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.10, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, de 26.10; Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5.04 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas; Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22.05 relativa ao direito à informação em processo penal; Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade; Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22.10, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. Diretiva (UE) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal. Diretiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2016, relativa ao

“assegurar um ‘melhor equilíbrio’ entre esse direitos [individuais] e as ‘medidas que visam facilitar a instauração de processos penais’”³⁸.

Se é a existência de um verdadeiro sistema de justiça criminal da União Europeia que vai ganhando espaço, construindo-se “não como um ordenamento de segurança, mas como um ordenamento de liberdade”³⁹, importa, como alerta Anabela Rodrigues, olhar “para o caráter *artificial* de que se pode revestir a confiança invocada para justificar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais”, na medida em que “quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito”⁴⁰. Como salienta a Autora, de forma a “não ceder, neste domínio, a uma espécie de *otimismo balofo* e antes assegurar que ‘as garantias garantem realmente’, tem de estar assegurada a possibilidade de não ser executada uma decisão proferida em outro Estado-Membro por parte das autoridades judiciais com base na salvaguarda de direitos fundamentais⁴¹. No fundo, tem de estar sempre no horizonte a questão do controlo dos direitos fundamentais através da prática judiciária⁴², “à margem da confiança mútua[,] pois que é uma questão de garantia ‘concreta’ e ‘real’ e não ‘ilusória’ ou ‘formal’”⁴³.

Ou seja, sem desconsiderar a importância que a confiança assume na concretização do princípio do reconhecimento mútuo não podemos deixar de concordar com a perspectiva de que a confiança “não pode repousar inteiramente em critérios objetivos e é o resultado de ajustamentos permanentes entre os atores do sistema de justiça penal”⁴⁴. E, por isso, faz sentido entender-se

apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus.

³⁸ Assim, Pedro CAEIRO, “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos)”, in Pedro Caeiro (org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra, Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 10.

³⁹ Anabela RODRIGUES, “Direito penal europeu pós-Lisboa: um direito penal funcionalista?”, in Margarida Santos et al. (coords.), *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 33.

⁴⁰ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

⁴² Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

⁴³ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*

⁴⁴ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 32.

que o grau de confiança será mais elevado nas situações em que existir menos condições objetivas para se ter confiança, e assim, “[a] confiança mútua é, [afinal], o que faz com que se seja cada vez mais exigente em face do mecanismo que a permitirá *ir atingindo* e que é o reconhecimento mútuo”⁴⁵.

Em síntese, no geral, o reconhecimento mútuo tem de tolerar (algumas) diferenças legais, mas deve esbarrar quando estiver em causa a tutela dos direitos fundamentais. Nessa medida, é de saudar a opção trilhada pelo legislador europeu no sentido de incluir expressamente a cláusula geral de salvaguarda de respeito pelos direitos fundamentais⁴⁶. Com efeito, um dos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão e de perda está relacionado com as situações em que a execução da decisão de apreensão/de perda iria implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante – artigos 8º, nº 1, alínea f), e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805, ao contrário, por exemplo, da opção do legislador europeu na Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros⁴⁷.

⁴⁵ Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ Com efeito, durante a negociação deste Regulamento, o debate centrou-se, quanto a este aspeto, na questão de se saber se deveria ser consagrada a possibilidade de recusa quando da execução pudesse resultar uma violação dos direitos fundamentais, acabando por ficar consagrado uma cláusula de salvaguarda semelhante à que resultou do acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2016 nos processos apensos C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru* e no artigo 11, nº 1, alínea f), 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 da onde se estabelece que “[s]e houver motivos substanciais para crer que a execução da medida de investigação indicada na DEI será incompatível com as obrigações do Estado de execução nos termos do artigo 6.º do TUE e da Carta”. Ver o sentido que tem sido dado à possibilidade de recusa por quebra dos direitos fundamentais nos Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia: *Aranyosi (TJUE C-404/15)* e *Căldăraru (TJUE C-659/15 PPU)* – parágrafo 41; *Acórdão C-216/18 PPU* – onde se estendeu o âmbito dos acórdãos anteriores a um real risco de quebra do direito fundamental no âmbito do artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o acórdão *ML C-220/18 PPU*, onde o Tribunal atualizou os critérios definidos nos acórdãos *Aranyosi (TJUE C-404/15)* e *Căldăraru (TJUE C-659/15 PPU)*. Indagando sobre se a presunção de confiança mútua entre os Estados-Membros corre o risco de se tornar uma ficção jurídica, ver também Agostinho Soares TORRES e Fátima PACHECO, “Entre o reconhecimento mútuo e os direitos fundamentais: as respostas recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à inexecução facultativa do mandado de Detenção Europeu – um novo e atribulado caminho na cooperação internacional?”, *Julgar*, nº 39, 2019. Contra a inserção no Regulamento (UE) 2018/1805 do controlo dos direitos fundamentais por parte do Estado de execução, João Conde CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões...”, *op. cit.*, pp. 191 e ss. Como salienta o Autor (pp. 191/192), “permitindo ao Estado de Execução sindicar o respeito daqueles direitos fundamentais pelo Estado de emissão, o Regulamento introduz uma grande entorse ao princípio do reconhecimento mútuo, podendo mesmo comprometer a livre circulação de decisões judiciais”. E acrescenta: “[a]dmittir que o Estado de execução possa [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”.

⁴⁷ Esta decisão-quadro não incluiu, entre os motivos de não execução facultativa, uma cláusula de respeito pelos direitos fundamentais, apesar de existir, no artigo 1º, nº 3, no contexto dos princípios gerais, a referência a que

3.3. Âmbito material do Regulamento (UE) 2018/1805

Como se descreve no artigo 1º do Regulamento (UE) 2018/1805, o Regulamento “estabelece as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro no âmbito de *processos em matéria penal*” (nº 1, destacado nosso), sendo que “não se aplica a decisões de apreensão e decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa” (nº 4).

Como se aduz no considerando 13, o Regulamento aplica-se “a todas as decisões de apreensão e a todas as decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria penal”, sendo que o conceito de “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”, devendo incluir “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”. Ou seja, como aí se acrescenta, “[o] termo deverá abranger também outros tipos de decisões proferidas sem uma condenação definitiva. Mesmo que tais decisões não existam no ordenamento jurídico de um Estado-Membro, o Estado-Membro em causa deverá poder reconhecer e executar a decisão emitida por outro Estado-Membro”. Aí se esclarece que “[o]s processos em matéria penal podem também incluir as investigações criminais da polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei”.

Ou seja, e pensando no regime português, importante é que aquela decisão tenha sido tomada no âmbito de um processo penal, o que implica sempre uma das seguintes situações⁴⁸: (i) que tenha havido um facto típico e ilícito ao qual estejam ligados os bens – artigos 109º e 110º do CP; (ii) que tenha havido uma condenação penal, a partir da qual se tenha verificado um património incongruente – artigo 7º da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro; (iii) que, apesar de haver processo penal por um facto típico e ilícito, não tenha havido condenação penal – artigos 109º e 110º do CP; (iv) de investigações

“[a] presente decisão-quadro não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia”, além da menção no considerando 12. Ver nota 46.

⁴⁸ Seguimos aqui a síntese clara de Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, pp. 117-118.

criminais em curso; (v) e de perda de bens de terceiros - no artigo 111º do CP e no artigo 7º, nº 2, alínea b), da Lei nº 5/2002⁴⁹.

Uma nota se impõe a propósito das infrações em causa. Ao contrário da opção trilhada na Diretiva 2014/42/UE, não há no Regulamento uma descrição das infrações abrangidas⁵⁰. Não obstante, se a infração em causa estiver incluída no elenco do artigo 3º do Regulamento, não existe a possibilidade a verificação da dupla incriminação, sendo que se não estiver, o Estado de execução pode sujeitar o reconhecimento e a execução à condição de os factos que deram origem a essa decisão constituírem uma infração penal nos termos da legislação do Estado de execução (artigo 3º, nº 2). Ou seja, pode haver aqui um controlo de dupla criminalização.

4. Considerações finais

O legislador da União Europeia tem dado destaque ao processo de recuperação de ativos, nomeadamente mais recentemente através da Diretiva 2014/42/UE do Regulamento (UE) 2018/1805.

⁴⁹ No ordenamento jurídico português, no caso da perda clássica, contemplada no Código Penal (artigos 109º a 11º), exige-se uma relação direta entre o *facto* típico e ilícito e os instrumentos, produtos ou vantagens e podem ser confiscados os instrumentos, produtos e vantagens (ou o valor correspondente) ligados ao facto ilícito típico – neste caso, com base nos artigos 109º, nº 2, e 110º, nº 5, do Código penal, o confisco “tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”; na perda alargada prevista no artigo 7º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, não se exige qualquer relação entre o património incongruente e um determinado facto típico e ilícito, embora se exija a condenação do agente por um dos crimes previstos no catálogo do artigo 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, presumindo-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”. Não obstante, considera-se ainda um mecanismo de confisco não baseado numa condenação, uma vez que os valores confiscáveis consideram-se (com base na presunção estabelecida no referido artigo 7º) provenientes de uma atividade criminosa precedente, pela qual o arguido não foi condenado – cf. Hélio Rodrigues RODRIGUES, “Cooperação judiciária em caso de confisco não baseado numa condenação”, in Maria Raquel Desterro Ferreira *et al.* (coords.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 164.

⁵⁰ Como se esclarece no considerando 14, “[o] presente regulamento deverá abranger as decisões de apreensão e as decisões de perda relacionadas com as infrações penais abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE, bem como as decisões de apreensão e as decisões de perda relativas a outras infrações penais. Por conseguinte, as infrações penais abrangidas pelo presente regulamento não deverão ficar limitadas aos crimes particularmente graves que tenham uma dimensão transfronteiriça, porquanto o artigo 82º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) não impõe tal limitação às medidas que preveem regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento mútuo das sentenças em matéria penal”.

Com Regulamento (UE) 2018/1805 pretendeu unificar-se a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de apreensão e perda, alinhando-se o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Diretiva 2014/42/UE, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens.

É, pois, possível apreender a mensagem do legislador da União Europeia: é necessário impulsionar o processo de recuperação de ativos em toda a União Europeia, a fim de melhor prevenir e reprimir o crime com fins lucrativos e aumentar o nível de segurança dos cidadãos da União Europeia. Não obstante, a análise da concretização desta política penal europeia é difícil, desde logo atendendo às soluções legais nacionais divergentes quanto ao âmbito do confisco.

Como se descreve no artigo 1º do Regulamento (UE) 2018/1805, o Regulamento “estabelece as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de apreensão ou uma decisão de perda emitida por outro Estado-Membro no âmbito de *processos em matéria penal*” (nº 1, destacado nosso), sendo que “não se aplica a decisões de apreensão e decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa” (nº 4).

Pensando no regime português, importante é que aquela decisão tenha sido tomada no âmbito de um processo penal, o que implica sempre uma das seguintes situações⁵¹: (i) que tenha havido um facto típico e ilícito ao qual estejam ligados os bens – artigos 109º e 110º do CP; (ii) que tenha havido uma condenação penal, a partir da qual se tenha verificado um património incongruente – artigo 7º da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro; (iii) que, apesar de haver processo penal por um facto típico e ilícito, não tenha havido condenação penal – artigos 109º e 110º do CP; (iv) de investigações criminais em curso; (v) e de perda de bens de terceiros – no artigo 111º do CP e no artigo 7º, nº 2, alínea b), da Lei nº 5/2002.

Numa visão perfunctória, importa sublinhar que, agora, fixam-se prazos para o reconhecimento e execução das decisões; prevê-se um catálogo de motivos de não-reconhecimento e de não- execução; prevê-se uma lista de

⁵¹ Seguimos aqui a síntese clara de Mário MONTE, “Reconhecimento mútuo de...”, *op. cit.*, pp. 117-118.

tipos de crimes relativamente aos quais não há possibilidade de verificação da dupla incriminação, caso esses factos sejam puníveis no Estado de emissão com pena de uma pena de máximo não inferior a 3 anos de prisão; contempla-se a restituição dos bens apreendidos às vítimas, contemplando, igualmente, vias de recurso no Estado de execução contra o reconhecimento ou a execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda.

Não obstante, há algumas considerações que importa ainda enfatizar, pela importância que assumem, nomeadamente em termos de desenvolvimento do direito penal da União Europeia, à luz do princípio do reconhecimento mútuo e do seu significado.

De um ponto de vista formal, o Regulamento (UE) 2018/1805 agrega num único conjunto normativo os procedimentos relativos ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda, que anteriormente estavam tratados nas Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2006/783/JAI, o que é de saudar.

Quanto à técnica legislativa tomada a favor do regulamento e do reconhecimento mútuo, deu-se um passo em frente na superação (em parte) de eventuais diferenças de regimes jurídicos que pudessem constituir obstáculos à efetivação das decisões de apreensão e de perda transfronteiriças. Mas igualmente seguiu-se no bom caminho ao contemplar-se expressamente uma cláusula de salvaguarda dos direitos fundamentais. Com efeito, um dos motivos de não reconhecimento e de não execução das decisões de apreensão e de perda está relacionado com as situações em que a execução da decisão de apreensão/de perda iria implicar uma violação manifesta de um direito fundamental relevante – artigos 8, nº 1, alínea f), e 19º, nº 1, alínea h), do Regulamento (UE) 2018/1805, ao contrário, por exemplo, da opção do legislador europeu na 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.

Com efeito, afigura-se mister ter consciência que a confiança em que assenta o reconhecimento mútuo das decisões judiciais pode ser “artificial”, “ilusória”, “formal”, na medida em que “quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito”⁵². Assim sendo, sem desvalorizar a confiança

⁵² Anabela RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 30.

mútua que se assume fundamental na construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, assume-se igualmente necessário que esteja sempre no horizonte a possibilidade de não ser executada uma decisão proferida noutro Estado-Membro por parte das autoridades judiciárias com base na salvaguarda de direitos fundamentais.

Numa palavra, no geral, o reconhecimento mútuo tem de tolerar (algumas) diferenças legais, mas deve esbarrar quando estiver em causa a tutela dos direitos fundamentais. Nessa medida, é de saudar a opção trilhada pelo legislador europeu no Regulamento (UE) 2018/1805 no sentido de incluir expressamente a cláusula geral de salvaguarda de respeito pelos direitos fundamentais.

É, pois, importante que “a robustez do sistema de confisco [seja] medida não só pela sua eficácia na recuperação de ativos, mas também pela solidez teórica da construção e pela efetividade com que protege os direitos dos visados”⁵³.

⁵³ Cf. Pedro CAEIRO, “O confisco numa perspetiva...”, *op. cit.*, p. 38.