

A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco *non-conviction based* em Portugal

The assets recovery, the mutual recognition scheme and the requests for judicial cooperation related to non-conviction based forfeiture in Portugal

Gabriel Marson Junqueira¹

Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP, Brasil

g_junqueira@yahoo.com

 <http://lattes.cnpq.br/7072990083275548>

 <http://orcid.org/0000-0001-6626-6758>

RESUMO: O presente trabalho procura responder à seguinte questão: em Portugal, o regime de reconhecimento mútuo abrange pedido de cooperação judiciária, de outro Estado-Membro da União Europeia, fundado em confisco *non-conviction based*? Após breve análise das modalidades de confisco (criminal) existentes em Portugal (perda clássica e perda alargada), das formas de confisco *non-conviction based* (o de índole civil e o de índole criminal) e dos modelos de cooperação judiciária na Europa, conclui-se que o modelo de reconhecimento mútuo, nos dias de hoje, abrange quer a perda clássica, quer a perda alargada, mas não qualquer das formas de confisco *non-conviction based* – civil ou em processo criminal. Assim, ao final, concluímos que se deve responder negativamente a pergunta que motivou o presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação de ativos; Confisco; Cooperação judiciária em matéria penal; Princípio do reconhecimento mútuo; Perda *non-conviction based*.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP - Unipinhal. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ABSTRACT: *The present work seeks to answer the following question: in Portugal, does the mutual recognition regime cover a request for judicial cooperation, from another Member State of the European Union, based on non-conviction based confiscation? After a brief analysis of the instruments of forfeiture (criminal) adopted by Portugal (classic forfeiture and extended forfeiture), non-conviction based forms of forfeiture (of a civil nature and of criminal nature) and models of judicial cooperation in Europe, concludes that the mutual recognition model nowadays covers both the classic and extended forfeiture, but not any of the non-conviction-based forms of forfeiture - civil or in criminal prosecution. Thus, in the end, we conclude that the question that motivated the present work should be answered negatively.*

KEYWORDS: *Assets recovery; Forfeiture; Judicial cooperation in criminal matters; Principle of mutual recognition; Non-conviction based forfeiture.*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Alguns aspectos prévios – 2.1. Clarificações conceituais – 2.2. Instrumentos de confisco adotados em Portugal – 2.3. O confisco *non-conviction based* – 3. Modelos de cooperação judiciária na Europa – 3.1. Cooperação em matéria de recuperação de ativos – 4. O princípio do reconhecimento mútuo – 5. Visão geral da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI – 6. Reconhecimento mútuo e perda NCB de outro Estado-Membro – 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, parece haver consenso quanto à importância das denominadas “estratégias patrimoniais de combate à criminalidade”, ou de “asfixiamento econômico”. Nos crimes cujo escopo principal é a obtenção de lucro, em geral, mas especialmente nos casos de criminalidade organizada², o Estado não deve se ater à “questão da culpabilidade”; para além

² Cremos que a atenção com a recuperação de ativos deva ser ainda maior quando estamos diante de criminalidade organizada, cuja vocação para gerar lucros, nos dias atuais, constitui algo extraordinário. Não por outra razão, o escopo de lucro integra o próprio conceito de organização criminosa, constante da Convenção de Palermo (art. 2º).

disso, deve ter especial preocupação em fazer valer o brocardo segundo o qual “o crime não compensa”³. Por essa razão, estão na ordem do dia debates em torno de institutos ligados à recuperação de ativos, a exemplo da perda clássica, da perda alargada e da perda *non-conviction based (NCB)* ⁴.

Por outro lado, afigura-se-nos impossível pensar, hoje, em enfrentamento da criminalidade geradora de réditos, de maneira insulada. O impacto da globalização no fenômeno criminal foi geral⁵. Na Europa, em razão da sua progressiva integração, o impacto é ainda mais preocupante. Ativos podem ser movimentados, por exemplo, por meio do sistema financeiro internacional, quase que instantaneamente, de um país para outro. Em outras palavras, ao menos nos casos mais graves, muito provavelmente, a recuperação de ativos não prescindirá de cooperação judiciária internacional.

No presente trabalho, procuraremos esclarecer uma particular questão, que se insere justamente nesse contexto, de cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. Procuraremos responder à seguinte pergunta: em Portugal, o regime de reconhecimento mútuo abrange pedido de cooperação, de outro Estado-Membro da União Europeia, fundado em confisco *NCB*? Assim esclarecido o propósito deste trabalho, de início, procederemos a algumas clarificações conceituais e verificaremos os principais aspectos dos instrumentos clássicos de confisco, do instituto da perda ampliada e da perda *NCB*. Na sequência, estudaremos as características gerais da cooperação judiciária, na Europa,

³ Nesse sentido, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 275. Ver, ainda, RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 13.

⁴ Basta ver que, como bem lembra LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 281, em apenas 15 anos, a União Europeia adotou nada menos que sete instrumentos legais relacionados com recuperação de ativos.

⁵ CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco A. Marques da (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. Quartier Latin, 2006, p. 441.

voltada à recuperação de ativos e daremos as notas principais do modelo de reconhecimento mútuo. Já próximos do final, faremos breve análise do regime instituído pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI e pela Lei nº 88/2009. Percorrido tal caminho, tentaremos, enfim, responder à questão que nos move.

2. ALGUNS ASPECTOS PRÉVIOS

2.1. CLARIFICAÇÕES CONCEITUAIS

Creemos que o rigor terminológico é fundamental para um discurso teórico devidamente orientado. Por isso, iniciamos nossa trajetória com algumas clarificações conceituais. Tal clarificação é particularmente importante para este trabalho, afinal, a terminologia, em regra, empregada no direito interno português é diferente daquela do direito internacional, o que poderia dar azo a confusões.

Assim, em primeiro lugar, por instrumentos do crime, devemos entender os objetos (coisas) utilizados como meios para a prática do crime. Em segundo, por produtos do crime, devemos entender os objetos (coisas) criados ou produzidos pela atividade criminosa, e não as vantagens retiradas do crime⁶. Em terceiro lugar, por vantagens (coisas ou direitos) do crime, em sentido amplo, devemos entender tanto a recompensa dada ou prometida ao infrator, “como todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha alcançado”⁷. Finalmente, em

⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 618.

⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 632. Donde concluirmos, concordando com CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 272-273, que as recompensas constituem mera subespécie das vantagens do crime e, pois, com relação à perda, submetidas ao mesmo regime jurídico (art. 111º, do Código Penal).

quarto lugar, faremos uso da expressão “vantagens relacionadas com o crime”, quando quisermos englobar quer as vantagens decorrentes de um específico fato ilícito-típico, objeto de dado processo-crime, e sujeitas à “perda clássica”, quer as vantagens sobre as quais paira suspeita de provirem de atividade criminosa não incluída no objeto do processo, sujeitas à “perda alargada”⁸.

Como já dito, essa clarificação conceitual, feita à luz do direito penal português, não pode, *tout court*, ser transposta para os diplomas internacionais e regionais. Com efeito, aquilo que, no plano nacional português, denomina-se “vantagens do crime”, no plano supranacional, em regra, encontra-se abrangido pela expressão “produtos do crime”⁹. Ao longo deste trabalho, adotaremos a terminologia predominante no direito doméstico¹⁰, por entendermos possuir maior precisão e, consequentemente, possibilitar maior clareza ao discurso.

Finalmente, sublinhamos que, quando falamos em “recuperação de ativos”, estamos nos referindo, em especial, às vantagens relacionadas com o crime, mas também a instrumentos e produtos do crime¹¹.

⁸ Acompanhamos, no ponto, CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “*in rem*” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 273.

⁹ Nesse sentido, *v.g.*, dispõe o art. 2º, alínea “e”, da Convenção da ONU contra a Corrupção, que, por “produto de delito” “se entenderá os bens de qualquer índole derivados ou obtidos direta ou indiretamente da ocorrência de um delito”. A expressão, pois, engloba as “vantagens do crime”.

¹⁰ Deixamos claro que se cuida de terminologia *predominante* no direito interno. Dizemos isso porque, a título de exemplo, na Lei nº 144/99, de 31 de agosto, fala-se em “recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração” (art. 145º, nº 1). Esses vocábulos reaparecem, inclusive, no art. 160º, do mesmo diploma. O mesmo ocorre na Lei nº 45/2011.

¹¹ Entendendo que a perda dos instrumentos do crime também se inclui na ideia de recuperação de ativos, tem-se GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. The World Bank, 2009, p. 13. Discordamos, portanto, de RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 13, para os quais, aparentemente, a recuperação de ativos diz apenas com vantagens do crime.

Feitas tais clarificações, temos agora terreno seguro para avançar, o que faremos analisando os principais aspectos dos institutos ligados à recuperação de ativos já adotados em Portugal. Ou seja, tentaremos, no tópico seguinte, traçar um panorama geral – logo, sem qualquer pretensão de exaustão – de cada um dos instrumentos de confisco hoje existentes em Portugal.

2.2. INSTRUMENTOS DE CONFISCO ADOTADOS EM PORTUGAL

Quando falamos sobre recuperação de ativos, a nosso ver, devemos pensar, em primeiro lugar, naqueles instrumentos de confisco cuja aplicação depende da demonstração de um vínculo direto entre o fato ilícito-típico, de um lado, e os instrumentos, produtos e vantagens, de outro. Cuidamos aqui da perda clássica, de há muito consagrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos - em Portugal, inclusive. Em alguns países, assume a natureza jurídica de pena acessória, ou de efeito da pena; em outros, de medida de segurança. Finalmente, noutras legislações ainda, ao instituto se assinala natureza mista, ora análoga à pena, ora à medida de segurança¹².

Em Portugal, a perda clássica, no que diz respeito aos instrumentos e produtos do crime (ou simplesmente “objetos” do crime), encontra seu regime jurídico nos arts. 109º e 110º, do Código Penal. A índole da medida é, segundo o Tribunal Constitucional português, preventiva, já que visa impedir que instrumentos e produtos sejam utilizados para a prática de novos ilícitos ou que possam colocar em risco a segurança das pessoas ou da ordem pública¹³. Cuida-se, de fato, em nosso sentir, de “uma providência sancionatória análoga à da medida de segurança”¹⁴.

¹² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 614.

¹³ Cf. Acórdão nº 392/15, do Tribunal Constitucional, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 628. Para fundamentar seu posicionamento, ressalta, em primeiro lugar, a finalidade preventiva do instituto, tal como hoje consagrado. Em segundo, pondera que ele possui pressupostos de incidência muito assemelhados aos da medida de segurança, a

Ainda com relação à perda clássica, mas de vantagens do crime, seu regime jurídico se encontra no art. 111º, do Código Penal. Sua natureza jurídica é, atualmente, controvertida. Para Figueiredo Dias, a providência é análoga à medida de segurança, afinal, tem por fim prevenir a prática de futuros crimes, mostrando, quer ao agente, quer à generalidade das pessoas, que, em caso de prática de um fato ilícito-típico, é sempre instaurada uma ordenação dos bens conforme ao direito¹⁵. Pedro Caeiro, a seu turno, discorda, asseverando que a medida constitui, em verdade, um “tertium genus dentro da panóplia das reações penais”. Isso porque, em suma, enquanto a medida de segurança depende da demonstração de uma perigosidade concreta do agente, a perda de vantagens é totalmente alheia a um juízo como esse, ainda que tendo por foco o patrimônio, em vez do agente¹⁶.

Ocorre que essa modalidade – que podemos chamar de “tradicional” ou “clássica” – de perda de vantagens do crime, baseada na demonstração de um vínculo direto entre as vantagens obtidas pelo infrator e um crime concreto dado como provado, tem se revelado insuficiente, especialmente diante de criminalidade grave e organizada. Além disso, aos poucos, aparentemente, vai se firmando a ideia de que quem dá razoáveis motivos para fazer crer que se sustenta pelo crime deve ser chamado a prestar contas do seu patrimônio^{17 18}. Donde a introdução, pelo

saber: um fato ilícito-típico, por um lado, e a perigosidade, por outro – se bem que referida ao objeto, em vez de ao agente (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 628). Se o nº 3 do art. 109º do Código Penal coloca ou não em xeque essa posição, tem-se aí questão que não podemos enfrentar neste trabalho, em razão dos estreitos limites traçados inicialmente.

¹⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 638.

¹⁶ Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 308.

¹⁷ Cf. SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luis. Recuperação de ativos: da perda ampliada à “actio in rem” (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar on line*, 2009, p. 06.

¹⁸ Essa ideia, inclusive, parece estar na base do novo art. 91-A, introduzido no Código Penal brasileiro pela Lei nº 13.964/19. Tal dispositivo incorporou ao ordenamento brasileiro a denominada perda alargada, deixando, no

legislador português, muito por conta de influxos internacionais, por meio da Lei nº 5/2002, de uma forma de confisco ou perda – dita “alargada” (*extended forfeiture*) – fundada sobre a presunção de origem ilícita dos bens possuídos por um infrator condenado por determinados crimes¹⁹.

Em nosso entendimento, segundo o art. 7º, os pressupostos de aplicação da perda alargada são os seguintes: a) deve existir prova, para além da dúvida razoável, da prática de um dos crimes do catálogo previsto no art. 1º, viabilizando a condenação do arguido²⁰; b) deve existir prova

entanto, de regular diversos dos seus aspectos. Para a aplicação do dispositivo, basta que o crime tenha pena máxima superior a seis anos, ou, aliado a isso, ele deve ter necessariamente escopo lucrativo? Pode-se fazer uma verificação patrimonial retrospectiva do investigado ilimitada no tempo? Possui relevância o eventual fato de o processo-crime ter revelado que o crime praticado pelo acusado foi episódico, e não habitual? Esses são alguns questionamentos possíveis, diante da redação dada ao novel art. 91-A. Por fugirem ao propósito deste trabalho, deixamos de enfrentá-los. Para uma visão crítica do novo instituto à luz da realidade brasileira, ver RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 140 e ss. Sobre a compatibilidade da perda alargada, em si, com o ordenamento brasileiro, numa análise que precedeu o novel art. 91-A, ver SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 269-270.

¹⁹ Poderíamos citar, como instrumentos internacionais preconizadores da “perda alargada”, a Convenção de Viena contra o Tráfico de Drogas (art. 5º, nº 7), a “Convenção de Palermo” (art. 12º, nº 7), a Convenção da ONU contra a Corrupção (art. 31, nº 8) e, finalmente, a Recomendação 3 (2003) do GAFI/FATF. No universo europeu, poderíamos mencionar ainda (i) a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento ao Terrorismo, (ii) a Decisão-Quadro 2005/212/JAI (*vide*, em especial, o art. 3º, que preconiza a adoção de “poderes alargados de declaração de perda”, traçando alternativas de conformação legislativa) e, mais recentemente, (iii) a Diretiva 2014/42/UE.

²⁰ Em interessante passagem, CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 130, afirma que “a condenação por um dos crimes do catálogo (e com uma pena grave) é um pressuposto, na medida em que é um sintoma que legitima a averiguação da “licitude” do património, por via de um juízo retrospectivo”. E, na sequência, complementa: “Trata-se (...) de uma situação que assume contornos semelhantes ao que legitima a aplicação de uma medida de segurança (...). Aqui, a diferença

de que o patrimônio do arguido é incongruente com seus rendimentos lícitos; e c) deve existir prova “de uma atividade criminosa anterior do condenado, onde se incluam ilícitos do catálogo idênticos ao crime do processo em causa, ou que com ele tenham uma certa conexão”²¹. Provados esses pressupostos (“base da presunção”), a partir daí a lei presume que a parcela do patrimônio desproporcional aos rendimentos legítimos do arguido constitui vantagem advinda de atividade criminosa, donde a decretação de sua perda.

Com relação à natureza jurídica do instituto, tem-se aí algo controvertido²². Para José M. Damião da Cunha, “trata-se pois de uma medida de caráter não penal (...). No fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”²³. Com esse posicionamento, em essência, concorda Pedro Caeiro, malgrado prefira ver a perda das vantagens decorrentes da atividade criminosa como uma “medida”, e não

reside em que está em causa, não um juízo de prognose para o futuro, mas um juízo de prognose para o passado”.

²¹ Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 313, onde, inclusive, pode-se encontrar desenvolvimento mais detido sobre o estalão de prova exigido – “preponderância de probabilidade”. Em sentido diverso, por crerem que a prova desse requisito é desnecessária, vide: RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 224.

²² Para uma referência mais detalhada aos diversos posicionamentos sobre a matéria, ver CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 309, e o Acórdão nº 392/2015, do Tribunal Constitucional.

²³ CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 134. O autor ainda esclarece, na nota 6, que no modelo originário de onde é derivada, a medida é considerada uma “sanção civil”. Contudo, a conotação “civil”, no modelo anglo-saxônico, “resulta da inexistência de uma jurisdição administrativa e por isso da resolução de questões entre Estado e cidadão ser resolvida na jurisdição comum”.

como “sanção”²⁴. Na ótica do Tribunal Constitucional, as finalidades da perda alargada são (i) restaurar uma ordem patrimonial conforme ao direito e (ii) prevenção criminal. Seria, nessa linha, simplesmente, uma medida não penal²⁵, com o que concordamos

No âmbito da União Europeia, como havia muitas discrepâncias entre as feições de perda ampliada acolhidas nos diversos Estados-Membros, dificultando, inclusive, a cooperação entre eles, tentou-se, num primeiro momento, alguma harmonização, via Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro de 2005. Seu art. 3º, nº 2, preconizou a adoção de “poderes alargados de declaração de perda”, traçando três alternativas de transposição ou conformação legislativa. Como tal investida não surtiu os efeitos desejados, mais recentemente, foi adotada a Diretiva 2014/42/UE, na qual se prevê uma única alternativa (art. 5º).

Pois bem. Estudadas – ainda que mui resumidamente – as principais características de institutos já consagrados em Portugal, em matéria de recuperação de ativos, passemos à análise dos aspectos fundamentais da perda de vantagens não baseada em condenação penal – *non-conviction based (NCB)*²⁶. Após isso, teremos, aí sim, condições de seguir para análise da cooperação internacional na matéria.

²⁴ Cf. CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, nº 02, 2011, p. 311.

²⁵ Cf. Acórdão nº 392/15, do Tribunal Constitucional. Em sentido próximo, tem-se CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 116.

²⁶ Em hipóteses muito específicas, talvez seja possível afirmar que o direito português já admite confiscos *NCB*'s. Referimo-nos, aqui, principalmente ao art. 109º, nº 2, do CP, e à suficiência da prática de um fato ilícito-típico, de um modo geral, na perda clássica. Ou seja, esta pode vir acompanhada de uma medida de segurança, e não de uma condenação. Nesse sentido, CORREIA, João Conde. 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 do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014, p. 99 e 103. O mesmo autor, em outro texto, sustenta que, no caso do art. 109º, nº 2, do CP, tem-se verdadeira *actio in rem* (CORREIA, João Conde. A recuperação dos ativos dos

2.3. O CONFISCO NON-CONVICTION BASED

De proêmio, parece-nos importante sublinhar que, em nosso sentir, atualmente, grassa alguma confusão em torno dos sentidos da expressão “confisco *non-conviction based*”. Tradicionalmente, a expressão aparece associada aos sistemas da *common law*, onde o processo destinado à aplicação do confisco é completamente autonomizado do processo penal e é dirigido contra os ativos (*actio in rem*), em si, e não contra seus proprietários²⁷. É que, em sua base, está uma ficção jurídica, no sentido de que a propriedade, e não seu titular, violou a lei (*property is tainted*), donde, inclusive, não ser relevante a perquirição da culpa do atual proprietário²⁸. Ademais, como o objetivo do processo autonomizado está adstrito à declaração da perda do bem a favor do Estado, a prova do vínculo entre o patrimônio e a atividade criminosa poderá ser feita com *standard* civilístico, desnecessária qualquer precedência de condenação penal – daí se falar em confisco *non-conviction based*²⁹.

Ocorre que, atualmente, existe uma espécie diferente de confisco NCB. Em 2003, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou uma Convenção contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”). Seu art. 54, nº 1,

crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-lei nº 28/84, de 20 de janeiro). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 37, n. 146, p. 63).

²⁷ Cf. CORREIA, João Conde. 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 do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014, p. 102. No mesmo sentido, GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. The World Bank, 2009, p. 14, nota 22. Curioso que, mesmo no México, cujo sistema é *civil law*, foi instituído um procedimento em face do bem (nesse sentido, vide MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do direito. *Julgar on line*, 2014, p. 06).

²⁸ Cf. RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 269.

²⁹ No Brasil, há projeto de lei em trâmite (nº 4850/2016), aguardando deliberação do Congresso Nacional, que prevê o ajuizamento de “ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse”, em face dos titulares dos ativos cujo confisco se pretende, e não em face dos ativos em si.

alínea “c”, estabelece que cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco de ativos sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o suspeito não possa ser condenado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados. Na mesma linha, a Diretiva 2014/42/UE, em seu art. 4º, nº 2, preconiza que, em havendo impossibilidade de condenação criminal do arguido, pelo menos nos casos de doença ou fuga, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para, ainda assim, permitir a perda de objetos ou vantagens, se se tratar de infração penal geradora de benefícios econômicos e se o processo pudesse ter conduzido a uma condenação criminal, se o arguido tivesse comparecido em juízo³⁰.

Além das hipóteses acima mencionadas, de falecimento (prevista na Convenção de Mérida), fuga e doença (referidas na Diretiva 2014/42/UE), outras têm sido cogitadas, como a imunidade, a prescrição³¹ e a simples não identificação do autor da infração³². Como se pode ver, o legislador europeu foi bastante comedido, ao tratar dessa espécie diferente de confisco *NCB*³³. A uma, por ter limitado a perda aos casos de doença e fuga. E, a duas, por ter deixado de lado a ideia de suficiência de um padrão civilístico de prova, falando, em vez disso, em processo

³⁰ Na versão inglesa da Diretiva, quiçá mais clara, lê-se, no art. 4º, nº 2, *in fine*: “and such proceedings could have led to a criminal conviction if the suspected or accused person had been able to stand trial”.

³¹ Sustentando a possibilidade, em Portugal, de decretação de perda, mesmo após reconhecimento de prescrição, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30/09/2015 (processo nº 736/03.4TOPRT.P2, disponível em <http://www.trp.pt/jurispitij.html>). Por fugir completamente aos limites deste trabalho, deixamos de analisar a correção ou não da solução alvirada. Apenas sublinhamos que, pelo que pudemos constatar, cuida-se de decisão absolutamente isolada.

³² Cf. LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 299. Uma vez mais, por fugir ao escopo do presente trabalho, não faremos análise da compatibilidade de cada uma dessas hipóteses, mencionadas no texto, com o direito português.

³³ No mesmo sentido, LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 07-08.

que seria capaz – logo, com estalão superior de prova – de levar a uma condenação penal, caso o julgamento tivesse sido possível.

Diversamente do que ocorre no confisco *NCB* tradicional, como bem lembra João Conde Correia, nas situações ora tratadas, o confisco deverá continuar a reger-se pelas regras processuais penais e a dirigir-se contra o próprio visado (é ainda um mecanismo *in persona*). Será, assim, segundo aquele autor, “uma espécie de processo penal especial, que em vez da condenação clássica conduz apenas ao confisco dos proventos do crime”³⁴.

Com supedâneo no exposto até aqui, podemos extrair duas conclusões, fundamentais para o escopo deste trabalho. Em primeiro lugar, podemos inferir que, atualmente, em nosso sentir, existem dois modelos de confisco *NCB*, um de índole civil ou administrativa³⁵ (o tradicional) e outro de índole criminal (v.g., o da Diretiva 2014/42/UE). O que verdadeiramente os caracteriza e, ao mesmo tempo, os distingue das demais formas de confisco de bens é que, enquanto a perda clássica e a perda alargada jamais prescindem de condenação criminal do arguido, a perda *NCB*, quer seja civil, quer seja em processo penal, é possível mesmo na ausência daquela condenação. Em segundo lugar, podemos inferir que a suficiência de um padrão inferior de prova, para a decretação da medida, antes vista como apanágio dos confiscos *NCB*’s, não está presente em todas as suas modalidades. Em verdade, a suficiência do estalão inferior de prova – *on balance of the probabilities* –, em alguns países, existe até na perda clássica. Quando isso ocorre, a porção criminal do processo exige prova para além da dúvida razoável, ao passo que a porção relativa ao confisco se satisfaz com um *standard* inferior³⁶.

Neste ponto, talvez surja uma dúvida: faria sentido continuar debatendo perda *NCB*, na Europa, após as decisões do Tribunal

³⁴ CORREIA, João Conde. 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 do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 2, 2014, p. 102.

³⁵ Utilizaremos, doravante, a terminologia (“confisco *NCB* civil”) sugerida no guia *Carin NCB Typologies*. Guernsey Law Officers, 2015, p. 03.

³⁶ Cf. GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*. The World Bank, 2009, p. 13.

Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), nos casos *Sud Fondi srl and others v. Italy*³⁷ e *Varvara v. Italy*³⁸? Em nosso sentir, a resposta deve ser positiva.

Nos dois casos, cuidava-se de infração penal de loteamento irregular. No primeiro deles, os arguidos foram absolvidos, com base em erro inevitável e desculpável na interpretação da lei; no segundo, houve reconhecimento de prescrição. Ainda assim, os feitos tiveram sequência e foi neles decretado o confisco de toda a área abrangida pelo plano de desenvolvimento, apesar de cerca de 90% dela sequer ter sido alterada. Em atenção à gravidade das medidas, o TEDH considerou que tinham natureza de sanção penal e, como não foram precedidas de “declaração de responsabilidade” dos arguidos, violavam a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Em nosso entendimento, o TEDH acertou ao decidir os dois precedentes, apesar de discordarmos, em alguma medida, dos fundamentos invocados. É que, embora os dois casos digam respeito a confisco, nenhum deles se liga a perda de *vantagens líquidas*. Com efeito, em nenhum dos casos, houve qualquer preocupação, por parte das autoridades judiciárias italianas, em identificar em que medida os arguidos lucraram com as infrações penais. Simplesmente decretou-se a perda de toda a área abrangida pelos planos de desenvolvimento. Uma providência como essa ostenta, claramente, a nosso ver, conteúdo sancionatório, razão pela qual deve ser antecedida de análise da “questão da culpabilidade”. Como isso não foi feito, foram mesmo os confiscos, a nosso ver, arbitrários.

Diferentemente, por meio dos instrumentos que temos aqui analisado, o que se pretende é, em regra, tão só, restituir o arguido à situação em que se encontrava antes do delito, mediante ablação da porção do seu patrimônio que constitui vantagem relacionada com o crime³⁹. Assim, diante da especificidade das situações analisadas nos

³⁷ AcTEDH de 20-01-2009, *Sud Fondi srl and others v. Italy*.

³⁸ AcTEDH de 29-10-2013, *Varvara v. Italy*.

³⁹ Aquilo que CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito”. *Revista Portuguesa*

dois acórdãos acima mencionados do TEDH, cremos não ser possível deles extrair que, segundo aquela Corte, todo confisco *NCB* é arbitrário⁴⁰. Ou seja, não vemos razão para acreditar que a tendência de paulatina implementação do confisco *NCB* ao longo da Europa perdeu fôlego ou deve arrefecer^{41 42}.

de Ciência Criminal, Coimbra, ano 21, n° 02, 2011, p. 308, chama de “vantagem líquida”. Em sentido próximo ao do texto, s.m.j., o autor, a propósito da perda clássica, afirma que, para lá da fronteira representada pela vantagem líquida, “a perda assumiria um caráter inequivocamente punitivo (pena), com as consequências daí decorrentes (nomeadamente, a sua sujeição ao princípio da culpa)”.

⁴⁰ Por tais razões, discordamos de SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH ‘Varvara c. Itália’ e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no ‘crime doesn’t pay’? *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, n° 334, Braga, 2014, p. 94, para quem esses precedentes destoaram da jurisprudência anterior e da visão do Conselho da Europa, em favor da implementação de mecanismos de perda *NCB*. Entendemos, ainda, que esses dois casos mais recentes em nada alteraram o que sedimentado nos precedentes *Arcuri and others v. Italy* (ActEDH de 05-07-2001) e *Webb v. United Kingdom* (ActEDH de 10-02-2004). Nas duas situações, que versavam sobre confisco *NCB* civil, o TEDH entendeu que a perda de bens tinha natureza de “medida preventiva”, que não constituía sanção penal e que não violava a CEDH. Ocorre que, ali, estavam, de fato, em causa confiscos de *vantagens líquidas* relacionadas com atividade criminosa.

⁴¹ O que se nota, já há algum tempo, é que a União Europeia tem caminhado muito cautelosamente nessa matéria. O comedimento da Diretiva 2014/42/UE, que tratou apenas do confisco *NCB* em processo criminal – e o reconheceu para hipóteses bastante limitadas –, deixando de lado o *NCB* civil, já foi destacado. Acrescentamos agora que, em 21 de dezembro de 2016, a Comissão Europeia elaborou proposta de Regulamento sobre o regime de reconhecimento mútuo em matéria de congelamento e confisco de ativos. E, de acordo com a proposta, apenas o confisco *NCB* em processo penal passa a ficar abrangido pelo modelo de reconhecimento mútuo; o confisco *NCB* civil, não.

⁴² Segundo LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 10, em razão da resistência dos Estados-Membros, em geral, quanto à adoção de medidas de confisco não baseadas em condenação, a União Europeia pode, eventualmente, decidir focar, apenas, na melhoria e ampliação do regime de reconhecimento mútuo de decisões de perda.

3. MODELOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NA EUROPA

Sintetizados, desse modo, os principais aspectos dos mecanismos legais voltados à recuperação de ativos, passamos, então, a nos debruçar sobre a cooperação judiciária na União Europeia, nessa específica matéria. Recuperação de ativos não pode ser feita com uma perspectiva local, se é certo que, hodiernamente, a perspectiva do agente do crime é transfronteiriça.

Por cooperação judiciária, em termos bem simples, podemos entender a atividade de colaboração entre Estados com o objetivo de tornar efetivo o processo judicial – já existente ou futuro – de um deles⁴³.

Existem hoje, na Europa, três diferentes modelos de cooperação, a saber: a) o modelo de pedido⁴⁴; b) o modelo do reconhecimento mútuo; e c) o modelo de disponibilidade. O uso de um modelo ou outro dependerá do ato material que será necessário. Em alguns casos, apenas uma via será adequada, ao passo que, em outros, caberá ao Estado-Membro fazer a escolha entre uma ou outra via. Pode ainda ocorrer situação em que seja necessário o acionamento de duas vias, pelo fato de o instrumento da União Europeia ser muito limitado, exigindo complementação por mecanismo de cooperação internacional geral. Alguns exemplos podem ajudar a compreensão. No caso de cooperação ligada ao confisco de ativos, a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, não substituiu o prévio modelo de pedido, o que significa que os dois modelos podem ser aplicados⁴⁵. Contudo, caso o Estado de execução da ordem de confisco não tenha feito

⁴³ Em sentido próximo, ver TRIUNFANTE, Luis de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal: o espaço ibérico em particular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 18.

⁴⁴ No que diz respeito ao modelo de pedido, são formas de cooperação judiciária em matéria penal, dentre outras, a extradição, a transmissão de processos penais e o auxílio judiciário mútuo em matéria penal (ver, a propósito, o art. 1º, da Lei 144/99). Tem especial interesse para o presente estudo o auxílio judiciário mútuo, que “compreende a comunicação de informações (...), bem como os atos necessários à apreensão ou à recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração” (art. 145º, da Lei 144/99).

⁴⁵ Nesse sentido, KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 318.

ainda a transposição da referida Decisão-Quadro, devem ser aplicadas as Convenções do Conselho da Europa, ou tratados bilaterais⁴⁶. Finalmente, pode ocorrer de um bloqueio ou confisco de aplicações financeiras, pelo regime do reconhecimento mútuo, ter de ser antecedido de pedidos de informações sobre os valores depositados – auxílio judiciário mútuo. Do mesmo modo, no âmbito da Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI, concernente ao princípio do reconhecimento mútuo em matéria de congelamento de bens, os resultados da medida só podem ser transmitidos de acordo com o modelo do pedido (art. 10, nº 2). Ou seja, temos situações em que dois pedidos baseados em instrumentos legais diferentes devem ser feitos, em vez de um⁴⁷.

Como se pode perceber, há, na União Europeia, muita fragmentação legislativa, existindo diversos instrumentos aplicáveis ao auxílio judiciário mútuo – especialmente a Convenção do Conselho da Europa de Branqueamento de Capitais, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, de 1990 (“Convenção de 1990”) -, ao mesmo tempo em que se procura sedimentar o regime de reconhecimento mútuo⁴⁸. É que, quando a União Europeia ingressou no campo da cooperação judiciária em matéria penal, o Conselho da Europa já havia criado uma vasta rede de convenções, apesar de nem todos os Estados serem partes em todos os instrumentos. Foi sob a égide da União Europeia que, depois de Amsterdam, surgiram as Decisões-Quadro e se iniciou a implantação do “modelo de reconhecimento mútuo”.

⁴⁶ Sobre a importância de tratados bilaterais em matéria de recuperação de ativos, especialmente os ligados a lavagem de capitais, ver BARCELOS, Andrea de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 7, Belo Horizonte, 2006, p. 510.

⁴⁷ Cf. KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 352.

⁴⁸ Cf. JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco. Assets recovery and mutual recognition in Spain — Development. *Recuperação de Ativos*. Lisboa: Projeto Fênix, Edição Procuradoria-Geral da República, 2012, p. 247. Sobre a problemática das relações entre os instrumentos da União Europeia e os do Conselho da Europa, e a (im)possibilidade de os primeiros estabelecerem que os últimos não têm mais aplicação, ver KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 316-317.

3.1. COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

Vislumbramos, quiçá invariavelmente, na cooperação judiciária em matéria de recuperação de ativos, a pretensão – deduzida ou não em processo penal – de um Estado requerente, de confisco de determinados bens ou valores, por crer ser ilícita sua origem, mas cujo exercício fica na dependência da prática de atos judiciais (trocas de informações, entrega de documentos, apreensão, congelamento, expropriação e repatriação⁴⁹) pelo Estado requerido. A cooperação internacional pressupõe, portanto, que os ativos visados pelo Estado requerente não estejam à sua disposição. Assim como pressupõe respeito à soberania do Estado requerido.

Dentro do contexto da recuperação de ativos, a cooperação judiciária internacional, tendo em vista sua finalidade específica, em nosso sentir, pode ser subdividida em: a) intercâmbio espontâneo de informações entre gabinetes de recuperação de ativos (GRA's); b) cooperação na investigação patrimonial em geral; c) cooperação em relação a medidas cautelares patrimoniais (congelamento ou apreensão de bens); e d) cooperação na execução do confisco. Tendo em vista o escopo do presente trabalho, temos centrado nossas atenções nessa última etapa da cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos⁵⁰.

⁴⁹ Enumeração encontrada em BARCELOS, Andrea de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, nº 7, Belo Horizonte, 2006, p. 505. Para uma referência mais detalhada às diversas etapas da recuperação de ativos situados no estrangeiro, ver CORREIA, João Conde. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, jan./jun. 2018, p. 238 e ss.

⁵⁰ O que não nos impede de, ainda que muito resumidamente, ressaltar a importância, para a ablação de vantagens relacionadas com o crime, da denominada “investigação financeira”, regulada, em Portugal, pela Lei nº 45/2011. Esse mesmo diploma criou organismo altamente especializado, com equipe multidisciplinar, voltado a realizar investigações patrimoniais complexas. Falamos aqui do Gabinete de Recuperação de Ativos – GRA, que possui, em síntese, quatro missões. Em primeiro lugar, identificar, localizar e apreender vantagens relacionadas com o crime, a nível interno ou internacional. Em segundo, auxiliar autoridades judiciárias na realização de atos de cooperação judiciária internacional. Em terceiro, cooperar, a nível policial, com os gabinetes de outros Estados. E, em quarto, recolher, analisar e tratar dados estatísticos sobre recuperação de ativos. Em termos de cooperação para a investigação

4. O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO

Como já deixamos antever, sobre o princípio do reconhecimento mútuo, foi erigido um modelo de cooperação completamente diferente. No modelo do pedido, em regra, podemos enxergar quatro momentos distintos, a saber: a) o Estado requerente, onde tramita o processo originário, formula um pedido ao Estado onde se encontram os ativos, de congelamento ou de confisco; b) o Estado requerente deve fazer chegar o pedido ao Estado requerido (por vias diplomáticas, autoridades centrais e Interpol⁵¹, v.g.); c) recebido o pedido pelo Estado requerido, serão suas autoridades que emitirão uma decisão que, v.g., estabeleça o congelamento ou o confisco de ativos (conversão da decisão estrangeira em decisão nacional); e d) finalmente, a decisão do Estado requerido precisa ser executada e, em princípio, manter-se-á, até que se resolva definitivamente a questão no processo em curso no Estado requerente⁵².

Diversamente, no modelo de reconhecimento mútuo, a autoridade judiciária perante a qual tramita o processo principal, no país de origem, já delibera sobre a adoção de medidas cautelares ou sobre o confisco, mesmo que o ativo não se encontre no território do seu Estado. Via de regra, tal decisão, na sequência, é transmitida diretamente para as autoridades judiciárias competentes do Estado em que o ativo se encontra – sem

patrimonial, na União Europeia, especial importância têm a Decisão-Quadro nº 2007/845/JAI e o Protocolo da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal. Ademais, nesta fase, cremos não se possa prescindir de recurso às redes e instituições existentes (CARIN, RJE ou a EUROJUST), assim como aos sistemas informatizados de outros Estados (modelo de disponibilidade). Para maiores considerações sobre o modelo de disponibilidade, ver KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 353-354.

⁵¹ A Interpol, na União Europeia, é mais comumente acionada quando necessário um ato de auxílio fora do continente (Cf. Manual de Boas Práticas, disponível, em 02 de fevereiro de 2017, no sítio http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperacaoativos_final.pdf, p. 28).

⁵² Cf. GASCÓN INCHAUSTI *apud* RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 105.

intermediação nem mesmo de autoridades centrais ou da Interpol. Ali, tais autoridades apenas a reconhecerão e dar-lhe-ão cumprimento⁵³. Em termos gerais, os Estados concordam que certos institutos jurídicos são equivalentes, a fim de evitar criar obstáculos à cooperação. Isto é, diferenças legais são ignoradas em favor da cooperação⁵⁴. Ademais, enquanto, antes, a dupla incriminação era verificada de maneira complexa, agora, emite-se uma determinação com base numa mera confirmação de que a infração em questão consta de uma lista⁵⁵.

Segundo André Klip, o princípio foi construído sobre a confiança mútua e sobre o entendimento de que as regras legais do outro Estado-Membro são mais ou menos equivalentes. Ou seja, uma segunda verificação quanto ao preenchimento de todos os pressupostos para uma ordem seria sinal de desconfiança e, portanto, isso seria inaceitável. Assim, “a mensagem do reconhecimento mútuo é alta e clara: deve haver

⁵³ Com um tom bastante diferente, dizendo mesmo que a dita “livre circulação das decisões judiciais em matéria penal”, no espaço europeu, é uma “falácia”, tem-se CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mario Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (org.). *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*. Ed. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, e-book, 2017, p. 37.

⁵⁴ Em sentido próximo, Ricardo Jorge Bragança de Matos afirma que “o reconhecimento mútuo baseia-se 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” (MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004, p. 328).

⁵⁵ Cf. KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 310. O autor ainda esclarece que o princípio foi inspirado em princípios do mercado interno – as mercadorias colocadas no mercado de um Estado não podem ser objeto de uma segunda verificação de conformidade em outro Estado. A ideia, em termos bem simples, é que o papel do Estado de execução fique limitado à mera execução. As condições de emissão de uma ordem ou mandado são as definidas pelo Estado de emissão. A expectativa, claro, é de maior agilidade e eficiência, em comparação com o modelo de pedido (KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 330).

cumprimento, tão logo quanto possível”⁵⁶ 57. A autoridade de execução deve confiar que a autoridade de emissão está em conformidade com a lei aplicável e que houve respeito aos direitos do arguido.

Por outro lado, em que pese o princípio em pauta constitua, hoje, na União Europeia, uma das pedras angulares do espaço de liberdade, segurança e justiça, o significado do reconhecimento mútuo, a nosso ver, está limitado ao reconhecimento de atos formais e *em casos específicos*. O que significa que, segundo cremos, não se afigura possível pensar em reconhecimento mútuo em todo e qualquer caso de cooperação internacional, independentemente de sua consagração no instrumento que a rege⁵⁸. Até porque, apesar dos seus méritos, tal modelo é mais propício a servir aos interesses do Estado-Membro que toma a primeira iniciativa, do que a servir aos interesses do arguido, de outros envolvidos ou mesmo de outros Estados-Membros⁵⁹ - tudo, a demandar interpretação e aplicação *cum grano salis*.

No que diz respeito à recuperação de ativos, coube – já antecipamos – à Decisão-Quadro nº 2003/577/JAI regular a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de congelamento de bens, enquanto que coube à Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI a tarefa de moldar a incidência do mesmo princípio nos casos de decisões de confisco. Em atenção ao objetivo deste trabalho, no item seguinte, tentaremos traçar um panorama – logo, uma vez mais, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto – do regime instituído pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI.

⁵⁶ KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 331.

⁵⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre a confiança mútua, ver MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004, p. 328-329.

⁵⁸ Em sentido próximo, KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 337.

⁵⁹ Cf. KLIP, André. *European Criminal law. An integrative approach*. Intersentia, 2009, p. 315. No mesmo sentido, apontando para o fortalecimento do princípio do reconhecimento mútuo após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, ver MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004, p. 342-343.

5. VISÃO GERAL DA DECISÃO-QUADRO Nº 2006/783/JAI

Antes da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, que instituiu o regime do reconhecimento mútuo no cenário das decisões de confisco, a cooperação internacional nessa matéria, na Europa, era feita com supedâneo na Convenção de 1990, relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime. Em verdade, dada fragmentação legislativa hoje existente na União Europeia – sobre a qual já tecemos breves comentários –, a via instituída por essa Convenção pode ainda ser necessária. Seu art. 13 estabelece a obrigação, do Estado requerido, de executar uma decisão de perda de objetos ou vantagens, proferida pelo Estado requerente, ou de apresentar o pedido de perda às suas autoridades competentes e, em havendo acolhimento, executar o confisco. Por outro lado, o art. 18, da mesma Convenção, ao estabelecer os motivos de recusa do pedido de cooperação judiciária, ali inseriu a ausência de dupla incriminação. Para além disso, ainda previu que pode haver recusa se, no Estado requerido, o crime em apuração não dá ensejo a confisco, donde se falar em exigência de “dupla tipicidade do próprio confisco”⁶⁰, ou – como preferimos – dupla legalidade. Com a Decisão-Quadro em epígrafe, o que se pretendeu foi, acima de tudo, reduzir os motivos de recusa, além de suprimir o sistema de conversão da decisão de perda numa decisão nacional – conforme considerando nº 4.

Com efeito, pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, há dispensa do requisito da dupla incriminação, para que a decisão de perda do Estado de emissão seja reconhecida e cumprida no Estado de execução, desde que (i) se trate de qualquer dos domínios da criminalidade previstos em catálogo constante do art. 6º e (ii) a infração penal seja punida, no Estado de emissão, com pena privativa de liberdade igual ou superior a três anos. A sistemática adotada, como se pode ver facilmente, é bastante semelhante à da Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu (MDE). O rol de domínios da criminalidade que admitem

⁶⁰ FRANCISCO FERNÁNDEZ *apud* RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 76.

cooperação sem verificação da dupla incriminação (“lista positiva”) é essencialmente o mesmo, inclusive⁶¹.

Curioso que, apesar de o n° 1 do art. 6º, da Decisão-Quadro n° 2006/783/JAI, fazer menção à dispensa da “dupla criminalização”, nos casos de infrações constantes da lista positiva, o mesmo diploma, ao elencar os possíveis motivos de recusa de reconhecimento e execução da decisão de confisco estrangeira, nas situações *não* abrangidas pela lista (art. 6º, n° 3, e art. 8º, n° 2, alínea “b”), nada falou sobre dupla incriminação. A Decisão-Quadro, nesses casos, apenas elenca, como um dos possíveis motivos de recusa, a legalidade do confisco. No âmbito da Lei n° 88/2009, pela qual foi feita a transposição da referida Decisão-Quadro, passa-se exatamente o mesmo, tendo a dupla legalidade do confisco sido erigida como causa de recusa facultativa (arts. 3º, n° 2, e 13º, n° 2). Ocorre que, a nosso ver, a exigência de “dupla tipicidade” traz, a reboque, implicitamente, a exigência de dupla incriminação. Se a autoridade judiciária portuguesa pode deixar de reconhecer decisão de confisco, pelo fato de a infração em causa não dar ensejo, em Portugal, à perda de ativos, com muito mais razão, deve poder deixar de reconhecê-la se o fato, aqui, sequer configura infração penal⁶².

⁶¹ No âmbito do mandado de detenção europeu, tem-se admitido algum controle, por parte do Estado de execução, a fim de que seja verificado se a subsunção à denominada “lista positiva”, procedida pelo Estado de emissão, não foi resultado de uma interpretação demasiado extensiva. Com efeito, tem-se, naquele contexto, preconizado que a autoridade judiciária do Estado de execução deverá fazer um controle em duas frentes: a) um controle genérico, para verificar se os fatos que originam o mandado entram ou não, realmente, no âmbito de aplicação da lista; b) um controle jurídico, visando confirmar que o fato constitui infração punível no Estado de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima igual ou superior a três anos (Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 201, e COSTA, Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controle. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Temas de Extradicação e Entrega*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 103). No que diz respeito ao confisco, cremos que a lógica deve ser a mesma.

⁶² No mesmo sentido, quanto à conclusão, aparentemente, LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, n° 3, 2015, p. 289.

6. RECONHECIMENTO MÚTUO E PERDA NCB DE OUTRO ESTADO-MEMBRO

Percorridas todas as etapas e esboçado, em breves linhas, o panorama geral da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI, temos agora condições de enfrentar a questão que motivou o presente trabalho. Desde o princípio, esclarecemos que, neste trabalho, procuramos descortinar se, em Portugal, o regime de reconhecimento mútuo abrange pedido de cooperação, de outro Estado-Membro da União Europeia, fundado em confisco *NCB*.

De acordo com Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Rodrigues, a resposta é positiva. Quanto à perda *NCB* em processo criminal, creem, s.m.j., que não há dúvidas de sua submissão ao regime do reconhecimento mútuo. Quanto à perda *NCB* civil, mesmo reconhecendo se tratar de uma questão “melindrosa”, sustentam que a solução deve ser a mesma. Argumentam, então, que: a) quando a Lei nº 88/2009 e a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI definem “decisão de perda”, não fazem qualquer restrição ao confisco dependente de condenação criminal (perda clássica ou alargada); b) a mesma lei, no art. 2º, nº 1, alínea “d”, iv, ao definir “bens”, faz referência àqueles que foram declarados perdidos por força de “poderes alargados” não previstos na Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI, sendo certo que, para eles, a perda *NCB* é uma forma de perda alargada, pois, nos dois casos, não se consegue demonstrar a conexão entre um concreto fato e determinados bens; e c) a perda *NCB* é menos invasiva dos direitos fundamentais do que a perda alargada⁶³.

De pronto, esclarecemos que não podemos concordar com os autores. O argumento da menor invasividade, segundo cremos, não procede. A uma, porque isso pode até ser verdadeiro em um Estado, mas não em outro. Afinal, depende da configuração dada, em cada Estado, à perda alargada, de um lado, e à perda *NCB*, de outro (estalão de prova exigido, garantias processuais etc.). E, a duas, porque, como visto, o reconhecimento mútuo está limitado a casos específicos, isto é, depende de expressa previsão para decisões determinadas. Como igualmente

⁶³ Cf. RODRIGUES, Hélio; RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, p. 283/286.

aludido alhures, embora o modelo favoreça os interesses do Estado de emissão, não revela grande preocupação com os do arguido, de outros envolvidos ou mesmo de outros Estados-Membros. Ademais, a prevalecer essa lógica da menor invasividade de uma medida, teríamos de concluir que, depois da Decisão-Quadro relativa ao MDE, toda e qualquer decisão judicial estaria abarcada pelo modelo de reconhecimento mútuo, afinal, em princípio, nada é mais invasivo que a detenção de uma pessoa e sua entrega a outro Estado-Membro.

Outrossim, não procede o argumento de que a perda *NCB* é uma forma de perda alargada. Em verdade, o que se costuma afirmar é justamente o contrário, i.e., que a perda alargada é uma forma de perda *NCB*⁶⁴. A nosso ver, nem uma coisa nem outra é verdadeira, em que pese a possibilidade de, em dado ordenamento jurídico, as modalidades de perda em pauta terem natureza jurídica semelhante. As perdas *NCB*’s se caracterizam, como visto, por prescindirem de condenação criminal do arguido (eis o critério distintivo). Acreditamos ser evidente que se contrapõem a essa categoria todas as perdas cuja decretação fica totalmente à mercê de tal condenação – o que inclui tanto a perda clássica, como a perda alargada. Em outras palavras, como as perdas clássica e alargada são dependentes de condenação criminal, como já vimos, só podem ser, sob essa ótica, antípodas da perda *NCB*. E, sendo assim, uma não pode ser espécie da outra, e vice-versa.

O que ora afirmamos não quer significar que não possam existir quaisquer semelhanças entre a perda alargada e uma específica perda *NCB*, adotada por determinado Estado. Sustentamos, isso sim, que eventuais semelhanças não têm o condão de transformar a perda alargada em modalidade de perda *NCB*, desde logo – insistimos – porque aquela jamais prescinde de condenação do arguido.

Parece-nos temerário tentar distinguir as perdas *NCB*’s das demais com base em outros critérios, ao menos a partir de uma perspectiva internacional, uma vez que a conformação dada aos institutos, nos mais

⁶⁴ Nessa linha, v.g., PANZAVOLTA, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction? In: LIGETTI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 44-45.

diferentes Estados, é muito diversificada⁶⁵. Principalmente por isso, não nos afigura possível dizer que a perda *NCB* e a perda alargada têm, em comum, o fato de prescindirem de uma demonstração clara da conexão entre um concreto fato e determinados bens. Esse aspecto pode, de fato, aparecer em algumas perdas *NCB*'s civis, mas acidentalmente. Em contrapartida, no confisco *NCB* em processo criminal, principalmente se a feição for aquela da Diretiva 2014/42/UE (art. 4º, nº 2), na qual se exige prova para além da dúvida razoável, a indigitada conexão, necessariamente, deve ficar clara.

Aliás, na Diretiva referida, a perda ampliada foi regulada em seu art. 5º - sob a epígrafe “perda alargada”. A perda *NCB* em processo criminal (a de índole civil não foi objeto do mencionado instrumento normativo), em vez disso, sintomaticamente, foi tratada em cânon precedente (art. 4º, nº 2). Aliado a isso, tem-se a exposição de motivos da proposta de Regulamento recentemente elaborada (cujo objetivo principal é ampliar o regime de reconhecimento mútuo em matéria de decisões de congelamento e confisco), de onde se extrai que, aos olhos da Comissão, o confisco pode ser de quatro tipos, a saber: a) confisco ordinário; b) confisco alargado; c) confisco de bens de terceiros; e d) confisco não baseado em condenação⁶⁶. Em que pese haver sobreposição de critérios, na base dessa classificação, o que pode potenciar equívocos, cremos que tal categorização constitui mais um indicativo de que, no âmbito da

⁶⁵ Nesse sentido, aparentemente, ver RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Bringing the Picture Together*. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (org.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 245-246. Também nessa linha, Rodrigo Sánchez Rios e Luiz Gustavo Pujol, quanto à perda alargada, afirmam que “a natureza jurídica outorgada à perda alargada está condicionada ao ordenamento jurídico em que se vê inserida” (RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. *Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 140).

⁶⁶ Em sentido próximo, ver LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. *Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction*. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money (Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU)*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 05.

União Europeia, não é possível ver a perda *NCB* como forma de perda alargada, nem o contrário.

Finalmente, deveras, quando a Lei nº 88/2009 e a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI definem “decisão de perda”, não fazem qualquer restrição ao confisco dependente de condenação criminal. Por outro lado, o art. 1º, nº 1, e o art. 2º, nº 1, alínea “a”, dos dois diplomas, fazem expressa menção a decisões de perda proferidas “no âmbito de um processo penal”, referindo que apenas elas estariam abrangidas pelo regime jurídico então instituído. Além disso, o preâmbulo da Decisão-Quadro revela que ela foi adotada com base em dispositivos que se relacionavam, à época do Tratado de Amsterdam, com cooperação judiciária *em matéria penal*. Assim, já por aí, parece-nos evidente que as perdas *NCB*’s *civis* não se encontram ao alcance do modelo de reconhecimento mútuo vigente⁶⁷.

Chegados aqui, resta saber se as perdas *NCB*’s em processos criminais, especialmente aquelas reguladas no art. 4º, nº 2, da Diretiva nº 2014/42/UE, encontram-se ou não abrangidas pelo regime de reconhecimento mútuo instituído pela Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI. Já que elas também são proferidas “no âmbito de processos penais”, como já vimos, em princípio, pelo menos à luz dos arts. 1º, nº 1, e 2º, nº 1, não

⁶⁷ LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 289, chega à mesma conclusão, mas a extrai da própria definição de “decisão de perda” (“uma sanção ou medida de caráter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma ou várias infrações penais”). Com o fundamento invocado pela autora, não podemos concordar, uma vez que também a perda *NCB* civil pode se fundar em debates e demonstrações de “uma ou várias infrações penais”. Também no sentido da exclusão, do âmbito do princípio do reconhecimento mútuo, dos confiscos decretados em procedimentos civis ou administrativos, como o *civil forfeiture* inglês ou irlandês, bem como da “medida preventiva” italiana, tem-se CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 204, JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco. *Assets recovery and mutual recognition in Spain — Development. Recuperação de Ativos*. Lisboa: Projeto Fênix, Edição Procuradoria-Geral da República, 2012, p. 247, MAUGERI, Anna Maria. *La conformità dell’actio in rem com il principio del mutuo riconoscimento*. AA. VV., *Le misure Patrimoniali antimafia*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 199 e ss., e CORREIA, João Conde. *Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, jan./jun. 2018, p. 246.

estariam excluídas. Ocorre que a resposta a essa questão não pode ser extraída nem do art. 1º, que delimitou o objetivo da Decisão-Quadro, nem das definições de “Estado de emissão”, ou “decisão de perda”. A resposta passa, segundo cremos, necessariamente, pela interpretação do art. 2º, alínea “d”. Aliás, a nosso ver, aí está o principal cânon, no que diz respeito à delimitação, de um modo geral, do alcance do princípio do reconhecimento mútuo, em matéria de confisco de ativos.

Com efeito, nesse dispositivo, o legislador europeu esclareceu quais tipos de decisão de perda se encontram sob a influência do princípio mencionado. Parece-nos claro que, nos itens “i” e “ii”, referiu-se àquilo que aqui temos denominado de perda clássica – ou “confisco ordinário”, na terminologia da Comissão. Já no item “iii”, fez referência à perda alargada e, mais precisamente, às alternativas de transposição legislativa traçadas pela Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI, a que já fizemos menção. Como vimos, no âmbito da União Europeia, a primeira tentativa de harmonização da perda alargada foi feita por tal instrumento, via art. 3º, nº 1 e 2. Ocorre que, como a Decisão-Quadro nº 2005/212/JAI se preocupou em estabelecer um mínimo, quando erigiu as três alternativas de transposição, automaticamente, os Estados ficaram autorizados a ir além, na conformação de sua perda alargada. Daí o item “iv”, que incluiu, no âmbito do princípio do reconhecimento mútuo, os confiscos fundados em “quaisquer outras disposições relacionadas com os poderes alargados de declaração de perda, previstos na legislação do Estado de emissão”⁶⁸. Ou seja, tanto o item “iii” quanto o item “iv” versam sobre perda alargada.

Assim delimitado o âmbito de aplicação do modelo de reconhecimento mútuo, no concernente às decisões de perda de ativos, fica claro, em nosso entendimento, que ele abrange, apenas, a perda clássica e a perda alargada. Vale dizer, o art. 2º, alínea “d”, da Decisão-Quadro, revela, a nosso ver com clareza, que tanto a perda *NCB* civil como a perda *NCB* em processo criminal foram excluídas do raio de incidência do princípio

⁶⁸ Embora, depois, tenha o legislador europeu autorizado os Estados a instituírem um motivo de recusa ligado, justamente, ao fato de o pedido de cooperação estar ao abrigo dessa hipótese (art. 8º, nº 2, alínea “g”, da Decisão-Quadro). Todavia, a lei portuguesa de transposição da Decisão-Quadro (Lei nº 88/2009) não consagrou tal recusa, nem como causa obrigatória, nem facultativa.

do reconhecimento mútuo⁶⁹. Excluída foi, inclusive, a perda *NCB* prevista no art. 4º, nº 2, da Diretiva nº 2014/42/UE⁷⁰.

Ainda que concordássemos com aqueles que advogam que a perda alargada é forma de perda *NCB*, a solução ainda seria a mesma. É que, se, como vimos, não podemos estender o princípio do reconhecimento mútuo para além daqueles casos em que foi consagrado, o fato de o legislador incluir, no seu raio de alcance, uma espécie de determinado gênero não nos autoriza a concluir que as demais espécies – ou seja, todo o gênero – foram também abrangidas.

A propósito, se fosse correto o entendimento de Hélio Rigor Rodrigues e Carlos Rodrigues, não teria sentido a proposta de Regulamento recentemente elaborada pela Comissão Europeia. Um dos seus principais objetivos, conforme exposição de motivos e art. 2º, nº 3, da proposta de Regulamento, foi, justamente, trazer as decisões de perda *NCB* em processo criminal – as previstas no art. 4º, nº 2, da Diretiva nº 2014/42/UE, e as ali não consagradas –, para o âmbito de incidência do princípio do reconhecimento mútuo⁷¹.

⁶⁹ Uma vez que, em nosso entendimento, o âmbito de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo decorre, principalmente, do art. 2º, alínea “d”, da Decisão-Quadro, e não das expressões “tribunal competente em matéria penal” (art. 1º, nº 1) e “decisão de perda no âmbito de uma ação penal” (art. 2º, alínea “a”), não faria sentido, a nosso ver, invocar, aqui, o precedente *Marián Baláž* (processo C-60/12), do Tribunal de Justiça da União Europeia. Ou seja, cremos que a delimitação do âmbito de aplicação da Decisão-Quadro se liga, sobretudo, aos tipos de confisco nela referidos, e não à competência da autoridade judiciária de emissão, ou à natureza do processo do qual dimanou.

⁷⁰ Chega a conclusão idêntica LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 299/300. A autora, contudo, novamente, funda seu posicionamento na definição de “decisão de perda”, constante do art. 2º, da Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI.

⁷¹ Consoante a exposição de motivos da proposta de Regulamento, a Comissão considerou algumas opções legislativas. Uma delas limitaria o reconhecimento mútuo às perdas *NCB*’s em processo criminal previstas na Diretiva. Outra, a seu turno, estenderia o raio de alcance do princípio em pauta também para as perdas *NCB*’s civis. Ao cabo, a opção vencedora deixou de fora o confisco *NCB* civil, mas acolheu todas as formas de perda *NCB* em processo criminal debaixo do regime de reconhecimento mútuo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos fundamentos acima aduzidos, concluímos que o modelo de reconhecimento mútuo, atualmente, abrange quer a perda clássica, quer a perda alargada, mas não qualquer das formas de confisco *NCB* – civil ou em processo criminal. Logo, sentimo-nos obrigados a responder negativamente a questão inicialmente formulada. Não nos parece possível afirmar que a perda *NCB* constitui forma de perda alargada, assim como, segundo cremos, seria impróprio lançar mão de uma ideia de menor invasividade de uma medida, frente à outra, para justificar indevido alargamento do princípio do reconhecimento mútuo.

Desse modo, caso as autoridades judiciárias portuguesas recebam, para reconhecimento e execução, em seu território, uma decisão de confisco *NCB*, civil ou em processo criminal, de outro Estado-Membro, devem, em nosso entendimento, na linha do que preconizado por Juliette Lelieur, alterar o procedimento para o tradicional auxílio judiciário mútuo – modelo do pedido –, que é mais flexível⁷². Em outros termos, devem fazer a análise à luz da Convenção de 1990, afastando a aplicabilidade da Lei nº 88/2009, que transpôs a Decisão-Quadro nº 2006/783/JAI.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Andrea de. Cooperação internacional para recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 7, 2006.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco A. Marques da (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. Quartier Latin, 2006.

CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mario Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (org.). *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*. Ed. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, e-book, 2017.

⁷² Cf. LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, nº 3, 2015, p. 289/290.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco “in rem” e a criminalização do enriquecimento ilícito). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 21, n° 02, Coimbra Editora, 2011.

Carin *NCB Typologies*. Guernsey Law Officers, 2015.

CORREIA, João Conde. A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-lei n° 28/84, de 20 de janeiro). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 37, n. 146.

CORREIA, João Conde. Cooperação judiciária internacional em matéria de recuperação de ativos. *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Coimbra, n. 7, jan./jun. 2018.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012.

CORREIA, João Conde. 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 do crime na União Europeia) no direito português vigente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n° 2, 2014.

COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Temas de Extradução e Entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.

CUNHA, José M. Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*, The World Bank, 2009.

JIMÉNEZ-VILLAREJO, Francisco. Assets recovery and mutual recognition in Spain — Development. In: *Recuperação de Ativos: Projeto Fênix*. Lisboa: Edição Procuradoria-Geral da República, 2012.

KLIP, André. *European Criminal law: An integrative approach*, Intersentia, 2009.

LELIEUR, Juliette. Freezing and Confiscating Criminal Assets in the European Union. *European Criminal Law Review*, n° 3, 2015.

LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele. Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction. In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. Oxford: Hart Publishing, UK, 2017.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. O sistema civil de recuperação de ativos como instrumento de efetividade da realização do direito. *Julgar on line*, 2014.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº. 3, julho-setembro, 2004.

MAUGERI, Anna Maria. La conformità dell'actio in rem com il principio del mutuo riconoscimento. *Le misure Patrimoniali anti-máfia*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PANZAVOLTA, Michele. Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction? In: LIGETI, Katalin; SIMONATO, Michele (org.). *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*. Oxford: Hart Publishing, UK, 2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editora Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013.

RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich. Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Bringing the Picture Together. In: RUI, Jon Petter; SIEBER, Ulrich (org.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

SANTOS, Hugo Luz dos. O acórdão do TEDH 'Varvara c. Itália' e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no 'crime doesn't pay'? *Scientia Iuridica*, Braga, Universidade do Minho, nº 334, 2014.

SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luis. Recuperação de ativos: da perda ampliada à "actio in rem" (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgar on line*, 2009.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 118.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos. *A cooperação judiciária europeia em matéria penal: o espaço ibérico em particular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 15/11/2019
- Deslocamento V6N2 e aviso autor: 26/11/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/03/2020
- Avaliação 1: 24/03/2020
- Avaliação 2: 10/04/2020
- Avaliação 3: 14/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 05/05/2020
- Retorno rodada de correções: 06/05/2020
- Decisão editorial final: 12/05/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (JJEC)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco non-conviction based em Portugal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 765-798, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.294>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.