



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Eduardo Vicente da Silva Custódio

A PERDA DE BENS NA LEI N°5/2002
ENQUANTO MEDIDA DE COMBATE À
CRIMINALIDADE ORGANIZADA E
ECONÓMICO-FINANCEIRA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao
Grau de Mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-
Forenses

Orientador: Professor Doutor José de Faria Costa

Coimbra, 2014

Índice

Siglas e Abreviaturas	4
Resumo/Abstract	5
Introdução.....	7
Capítulo 1 - Questões fundamentais prévias	9
1- O nome da figura	9
2-A perda de bens inserida na Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro	10
3- Natureza Jurídica	12
Capítulo 2- Dos pressupostos de aplicação da perda de bens.....	14
1- Condenação do arguido pela prática de um crime do catálogo	15
1.1. O catálogo de crimes	16
1.2- O que incluir no conceito de corrupção?	17
2- Sentença condenatória transitada em julgado.....	22
3- Existência de atividade criminosa anterior	24
3.1-Crítica à exigência da prova de atividade criminosa anterior	25
3.3 Como provar a atividade criminosa anterior?	27
4- A existência de património	28
5- Incongruência do património com o rendimento lícito do arguido	32
5.1 - A liquidação por parte do MP	34
Capitulo 3- A presunção de ilicitude do património incongruente e a inversão do ónus da prova	37
1- Presunção de ilicitude do património que seja incongruente com os rendimentos lícitos do condenado	37
2. A inversão do ónus da prova.....	40
2.1-Os meios para ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente.....	44
2.2- A inversão do ónus da prova e o princípio da presunção de inocência	47

Conclusão	52
Bibliografia.....	54
Jurisprudência.....	57

Siglas e Abreviaturas

Art.	-Artigo
CEDH	- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	- Código Penal
CRP	- Constituição da República Portuguesa
Ob. cit.	- Obra citada
P.	- Página
Ss.	- Seguintes
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
TC	- Tribunal Constitucional
TEDH	- Tribunal Europeu dos Direito do Homem

(Nota: A presente dissertação encontra-se redigida ao abrigo do novo acordo ortográfico, tendo nós optado por manter, nas citações de outros textos, a escrita original)

Resumo

A perda de bens a favor do Estado surgiu na Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, da necessidade de combater a criminalidade organizada e económico-financeira, pelo facto de, muitas das vezes, ser de grande dificuldade a prova de que determinados bens provêm da prática deste tipo de crimes. Esta situação faz com que a aplicação das figuras presentes nos Arts. 109º a 111º do CP nem sempre se afigure possível.

São diversos os países que utilizam figuras semelhantes à perda de bens a favor do estado, se bem que, com relevantes diferenças tendo em conta, por exemplo, a natureza jurídica, o âmbito de aplicação, a denominação e o funcionamento.

Esta figura faz funcionar uma presunção de que o património incongruente com o rendimento lícito de um agente criminoso, que tenha sido condenado por determinado crime elencado no Art. 1º, nº 1 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, é resultante de atividade criminosa e por isso poderá ser confiscado pelo Estado.

Porém, e apesar de ser esta a posição por nós defendida, existem Autores que entendem o funcionamento desta figura de forma diferente.

Para além da controvérsia acerca do funcionamento da figura, existe também alguma polémica quanto à possibilidade da figura objeto do nosso estudo violar determinados princípios, não só constitucionais, como também supranacionais, nomeadamente, o princípio da presunção de inocência.

Abstract

The loss of property to the state emerged, in Law No. 5/2002 of 11 January, from the need to combat organized crime and economic and financial crime, because most of the times it is very difficult to prove that certain goods come from the practice of this type of crimes. This situation makes the application of the figures present in the articles 109º to 111º of the Portuguese Criminal Code not always possible.

There are several countries that use similar figures, although with significant differences, taking into account, for example: the legal nature, the scope, the name and the operation.

This figure is based on a presumption that the incongruent patrimony with the lawful income of a criminal agent, who has been convicted by certain crime listed in

Article 1 paragraph 1 of Law No. 5/2002, of 11 January, is the result of criminal activity and therefore it may be confiscated by the state.

However, despite this being the position we held, there are authors who understand the workings of this figure differently.

In addition to the problems surrounding the operation of the figure, there is also some controversy as to whether the figure object of our study violate certain principles, not only constitutional, but also supranational, inter alia, the principle of presumption of innocence.

Introdução

A presente dissertação tem como objeto o estudo da figura da perda de bens a favor do Estado enquanto medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. O regime desta figura vem previsto nos Arts. 1º e 7º a 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

Neste estudo começaremos por transmitir, num primeiro capítulo, algumas noções básicas necessárias quer à melhor compreensão da figura quer às origens da mesma. Falaremos aí das denominações que podem ser à figura atribuídas, da Lei nº 5/2002, onde a perda de bens vem prevista, da sua caracterização em termos gerais e da sua natureza jurídica.

No segundo capítulo, focar-nos-emos nos pressupostos de aplicação da figura, desenvolvendo cada um deles individualmente e levantando questões que, porque relacionadas com aqueles ou necessárias para a sua compreensão, se impõe também desenvolver.

Assim, aferiremos em que moldes se deverá verificar a condenação do arguido pela prática de um crime e quais os tipos legais de crime que servem de pressuposto à aplicação desta figura, sendo que falaremos a esse propósito do que devemos incluir no conceito de corrupção e porque razões este regime não é aplicável ao crime de enriquecimento ilícito. Verificaremos, também, a exigibilidade de uma sentença transitada em julgado enquanto pressuposto de aplicação da figura da perda de bens a favor do estado. Ainda no mesmo capítulo, aferiremos da necessidade de verificação de uma atividade criminosa anterior e de que forma se deve aferir a existência da mesma. Veremos que a existência de património deverá ser demonstrada pelo MP e, por fim, que é também ao MP que cabe fazer a demonstração de incongruência do património do arguido com o seus rendimentos lícitos, aquando da liquidação.

No último capítulo da presente dissertação iremos abordar duas questões que se revelam bastante controversas, na medida em que as situações em causa não são usualmente aplicáveis no processo penal, devido à sua suscetibilidade de ferir os princípios pelos quais aquele se rege, seja o princípio da investigação, da presunção de inocência ou do *in dubio pro reu*. A primeira dessas questões é a presunção de ilicitude do património incongruente com os rendimentos lícitos do condenado. A segunda questão que abordaremos, e esta mais controversa que a primeira, será a inversão do ónus da prova que levanta muito polémica pelo fato de, no Processo Penal, caber ao Ministério Público

a investigação do crime, sendo certo que não pode decidir-se de forma desfavorável ao arguido quando não existam provas que dissipem dúvidas da sua prática e/ou dos seus agentes.

Assim, damos início a este estudo, esperando contribuir para a construção e clarificação do funcionamento da figura.

Capítulo 1 - Questões fundamentais prévias

1- O nome da figura

Existe uma forte e complexa controvérsia na doutrina acerca de qual o nome a atribuir à figura que nos propomos, presentemente, a estudar. A grande questão recai sobre se será mais adequada a expressão utilizada pelo legislador, "perda de bens a favor do Estado", ou a expressão "confisco".

Acerca desta controvérsia JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA afirma que a atribuição da denominação "perda de bens a favor do Estado", não é acertada, propondo que a denominação correta será "confisco"¹. Também a expressão "Perda de vantagens do crime a favor do Estado", utilizada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei, é considerada errónea pelo Autor, visto que, os bens apreendidos provêm, presumivelmente, de uma atividade criminosa² e não de um crime em específico (neste ponto não há como discordar do Autor).

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA aponta duas principais razões para não se dever utilizar a expressão "perda de bens": primariamente, indica que a perda de bens não configura a sanção, mas sim a execução da mesma nos casos em que aquela não seja voluntariamente cumprida; em segundo lugar, diz-nos que esta não configura a mesma situação que se prevê no CP. Isto porque quanto à sanção prevista no Art. 111º do CP "existe uma directa ligação entre a figura da apreensão e a declaração de perda; existe uma dupla função quanto aos bens apreendidos, eles são meios de prova do facto cometido e devem ser declarados perdidos em directa ligação ao facto ilícito praticado".

Já JORGE A. F. GODINHO³ também prefere a terminologia "confisco" ao invés de "perda de bens", mas pelo facto de no caso nada se perder. O Autor afirma, ainda,

¹ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA no texto "Perda de bens a favor do Estado" in *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 121 a 164 (123 e 139)

² Como teremos oportunidade de aferir, esta atividade criminosa não corresponde, nem mesmo parcialmente, ao crime pelo qual o arguido foi condenado. Os bens resultantes desse crime não são retirados ao agente ao abrigo da figura que é objeto do nosso estudo, pois para tal existe a perda de vantagens prevista no CP no seu Art. 111º onde no n.º 2 podemos ler o seguinte: "São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie".

³ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes? O Confisco Penal com base na inversão do ónus da prova" in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora 2003, p. 1313 a 1363 (1316 e 1356).

estarmos perante uma "privação intencional", uma "típica manifestação do poder público". Este Autor refere que, a terminologia "confisco" é mais facilmente compreensível, tendo equivalência noutros países, sendo usada pela lei, doutrina e jurisprudência (casos inglês [*confiscation*], francês [*confiscation*], italiano [*confisca*]). Considerando, JORGE A. F. GODINHO, em face do exposto, a expressão "perda de bens" um obstáculo em termos comunicativos. Este afirma também, que o que terá levado o legislador a insistir nesta denominação foi a existência, aquando da criação do CP de 1852, de uma proibição do confisco geral na constituição, a qual inibiu o legislador de utilizar essa terminologia, sendo que ainda hoje se segue esse princípio. Assim, este Autor defende o abandono do termo "perda de bens" a favor da terminologia "confisco"⁴.

A nós cabe-nos desde já, tendo em conta a opinião dos referidos Autores, esclarecer que optaremos pela terminologia efetivamente utilizada pelo legislador. Esta opção, não se prende tanto com qual das duas caracteriza melhor a figura em questão. Prende-se, sim, no fato de, tal como PEDRO CAEIRO⁵ (o qual aponta, inclusivamente, o fato de na "tradição do direito português" as mesmas serem utilizadas como sinónimos, já em tempos muito anteriores ao CP de 1852), sermos da opinião de que ambas as terminologias estão corretas. Desta forma, exprimindo ambas as expressões o mesmo sentido, e tendo o legislador optado pela expressão "perda de bens", será essa a utilizada, também, por nós.

2-A perda de bens inserida na Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro

A figura da perda alargada de bens, surge no âmbito da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. Esta lei estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Nela são introduzidas, na totalidade, três novas medidas de combate à criminalidade económico-financeira. Essas medidas são, nas palavras de JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA: "a) regras de derrogação do segredo fiscal e das entidades financeiras, em ordem a facilitar a investigação criminal (arts. 2º a 5º); b) o

⁴ Também a favor do termo "confisco" em detrimento da expressão perda de bens podemos encontrar JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco à Perda alargada*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012, p.103.

⁵ PEDRO CAEIRO "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)" in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 2 (Abr-Jun 2011) Lisboa, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, p. 268 a 321 (269 e 270).

reconhecimento do registo de voz e de imagem como meio de prova (Art. 6º); e um novo mecanismo repressivo que o legislador denominou de perda de bens a favor do Estado"⁶. Todas estas medidas só são aplicáveis a um determinado catálogo de crimes, catálogo esse que se encontra presente no nº1 do Art. 1º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. Porém, a figura da "perda de bens a favor do estado" distingue-se das outras duas. Tal distinção, conforme realça JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, deve-se ao facto daquelas medidas serem instrumentos processuais, enquanto que a "perda de bens" se trata de um "instrumento repressivo", "uma forma sancionatória"⁷.

Como principais elementos caracterizadores da perda alargada de bens consideramos, tal como JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, dois, um elemento substantivo e um outro processual. Assim, substantivamente, esta medida é caracterizável pela circunstância de estarmos perante uma sanção, sendo que a mesma tem como finalidade retirar lucros presumivelmente obtidos através de uma atividade criminosa. A base para essa operação está na diferença entre a totalidade do património do condenado e o seu rendimento lícito (Art. 7º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro). Processualmente, o que define esta sanção é o fato do condenado ter de provar a origem lícita do seu património, o que acaba por se traduzir numa inversão do ónus da prova.

Esta figura surge, essencialmente, como uma forma de reprimir os lucros que forem obtidos através de uma atividade criminosa de difícil prova, que não será aquela pela qual o arguido foi condenado, visto que para essa existe uma figura específica prevista no CP.

Esta é uma figura que se direciona, essencialmente, para crimes que visem a obtenção de elevados proventos, nas situações em que o agente tenha sido condenado por um dos crimes do nº 1 do 1º Art. da Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro, sendo que o património desse agente terá muito provavelmente como fonte uma atividade criminosa. Isto, claro, sendo que os bens integrantes do património em questão não poderão ser imputados como lucros provenientes do(s) crime(s) pelo(s) qual(is) haja sido condenado, visto que, a esse tipo de casos, é aplicável o Art. 111º nº 2 do CP⁸.

A suprarreferida razão de ser encontra-se, também, explanada na exposição de motivos da proposta de Lei 94/VIII quando se afirma: " (...) a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes,

⁶ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 122.

⁷ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 123.

⁸ "São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie."

o condenado poder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma atividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respetivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam na mãos de criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa".

3- Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica da perda de bens a favor do Estado (questão essencial para o seu funcionamento), a nosso ver, estamos perante uma medida de carácter administrativo⁹, aplicável após uma condenação penal, à qual acrescem uma série de exigências.

Consideramo-la uma sanção administrativa, desde logo, porque esta sanção não está diretamente relacionada com o crime pelo qual o arguido terá de ser condenado para a sua aplicação.

Assim, a condenação por um crime é aqui exigida, ainda que não deixemos de estar perante uma sanção autónoma, pois é um ato desencadeado pela liquidação (da qual falaremos infra¹⁰), tendo uma estrutura probatória completamente diversa da que tem a questão principal. A expressão "liquidação", típica de um determinado ato administrativo, indica que estamos perante um processo "administrativo-fiscal". O próprio legislador, na exposição de motivos, faz referência às regras de impostos sobre rendimentos, derivando o conceito de liquidação, a nosso ver, daí mesmo¹¹.

No sentido de esta ter uma índole penal, apesar de não ser uma pena, podemos encontrar AUGUSTO SILVA DIAS, que afirma estarmos perante um efeito da pena, até porque, caso esta não se verifique, tal efeito não acontecerá¹².

⁹ Neste sentido: JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA - no texto "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 134 e 150, ⁹ e PEDRO CAEIRO "Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 311.

¹⁰ Capítulo 2 no seu ponto 5.1.

¹¹ Neste sentido: JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA - no texto "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 134 e 150; e em sentido diferente, mas próximo, pois não considera a figura da perda de bens uma sanção, PEDRO CAEIRO "Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 311.

¹² AUGUSTO SILVA DIAS "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito" *in 2º Congresso de Investigação Criminal*, Coordenação Científica: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2011 p. 39 e 40.

Já JORGE A. F. GODINHO, considera que estamos perante uma reação penal análoga a uma medida de segurança¹³.

¹³ JORGE A. F. GODINHO, em "Brandos Costumes(...)" ob. cit., p.1349.

Capítulo 2- Dos pressupostos de aplicação da perda de bens

Para que a figura da perda de bens possa ser aplicada, é necessário que estejam verificados não três, como defendem alguns Autores¹⁴ (muitas vezes em sentidos divergentes), não quatro (como outros Autores defendem)¹⁵, mas antes cinco requisitos ou pressupostos essenciais.

Desde logo, não faria qualquer sentido que tal mecanismo fosse aplicado discricionariamente ou até mesmo sem sérias exigências, ainda para mais existindo uma presunção (que, merecendo toda uma cuidada análise, posteriormente estudaremos) nos moldes em que no Art. 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, nos é apresentada. Assim, tal como se pode constatar no mencionado preceito legal¹⁶, será necessário que: primeiro, o arguido haja sido condenado pela prática de um crime, sendo que a condenação terá, já, de ter transitado em julgado; em segundo lugar, o crime pelo qual o arguido haja sido condenado terá de ser um dos crimes do catálogo, presente no Art. 1º, nº1 da Lei 5/2002; em terceiro lugar, terá de existir uma atividade criminosa anterior por parte do condenado, sendo que essa atividade terá de ser idêntica àquela pela qual foi julgado ou ter uma conexão com a mesma; em quarto lugar, o condenado pela prática do crime, nos moldes referidos, terá de possuir património; e por fim, esse património terá de ser incongruente com o seu rendimento lícito.

Passemos, então, a uma análise mais detalhada de cada um dos pressupostos.

¹⁴ JOÃO CONDE CORREIA - na obra *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 103- Considera como pressupostos: a condenação pela prática de um crime do catálogo; a existência de património; e a incongruência desse património com os rendimentos lícitos do condenado. Já JORGE A. F. GODINHO - no texto "Brandos Costumes (...)" ob. cit. p.1342- afirma que os requisitos necessários à aplicação do regime da perda de bens são: a titularidade ou disponibilidade de bens; a existência de uma condenação; e, nas palavras do Autor "o apuramento de uma desproporção, diferença ou incongruência entre o valor do património do arguido e o seu rendimento lícito".

¹⁵ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA - no texto "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 124 e seg. - afirma que, apesar de não ser essa a letra da Lei, deveriam estar verificados, para além da condenação por um dos crimes previstos no catálogo do Art. 1º da referida Lei, três outros pressupostos, a cargo do MP, nas palavras do Autor: "a) prova do crime; b) afirmação de uma atividade criminosa (o Autor aqui fala da prova de uma forte possibilidade de existir atividade criminosa anterior); c) demonstração da incongruência do património".

¹⁶ "Em caso de condenação pela prática de crime referido no Art. 1º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-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".

1- Condenação do arguido pela prática de um crime do catálogo

Como já vimos, decorre do Art. 7º, nº 1 da lei 5/2002, de 11 de Janeiro, que o arguido tem de ter sido condenado pela prática de um dos crimes previstos no nº1 do Art. 1º deste mesmo diploma, para que à sua situação seja aplicável a perda de bens a favor do Estado. Isto é, afigura-se-nos como critério necessário à aplicação do regime da perda alargada de bens, que o crime ao qual se pretende aplicar o regime em questão, seja efetivamente um dos crimes que foram, pelo legislador, inseridos no "catálogo" presente no Art. 1º nº 1 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

No mesmo sentido de JOÃO CONDE CORREIA¹⁷, HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES¹⁸, entendemos que, ainda que o crime apresente grande gravidade, e por muito que seja o património pelo condenado reunido, esta medida de combate à criminalidade não poderá ser aplicada por não estar em causa um dos ilícitos previstos no catálogo em questão. Não se admite, portanto, uma extensão analógica a outros crimes, mesmo que semelhantes ou produtores de piores situações, ainda que essas tenham maiores exigências político-criminais. Se se procedesse a uma tal extensão, acabaríamos por estar a violar o Art. 29º, nº1 da CRP¹⁹, onde está plasmado o princípio da legalidade.

Tendo em conta o acabado de expor, apercebemo-nos de um grave problema. Apenas a alínea a) do nº 1 do Art. 1º da Lei nº 5/2002, onde se refere o tráfico de estupefacientes como um dos crimes do catálogo, tem efetiva correspondência com uma consagração normativa, situação que, de resto, dificultará a delimitação do âmbito de aplicação da perda de bens²⁰.

Passemos a uma melhor análise do catálogo de crimes, de forma a tentarmos chegar a algumas conclusões quanto à delimitação do âmbito de aplicação desta figura.

¹⁷ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 103.

¹⁸ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira- Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda de Bens em Expansão*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do MP, 2012, p.215.

¹⁹ Art. 29º, nº1 da CRP: "Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de Lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em Lei anterior".

²⁰ Para maiores desenvolvimentos: Hélio Rigor Rodrigues/Carlos A. Reis Rodrigues, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 216.

1.1. O catálogo de crimes

Já vimos que a Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, estabelece o regime de perda de bens. Este mesmo regime é aplicável taxativamente a um certo conjunto de crimes, presentes no 1º Art. do diploma referido²¹.

Observando a lista de crimes incluídos²², é possível constatar que pelas suas características são, em grande parte, crimes que geram elevados rendimentos. JORGE A. F. GODINHO aponta como critérios de seleção para a construção de tal catálogo "o potencial de obtenção de vantagens de certos crimes" e "prioridades político-criminais", estando estes dois critérios relacionados com a recente evolução do Direito internacional Penal²³.

São, porém, diversas as críticas apontadas, pela doutrina, a este catálogo de crimes.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, são duas as principais críticas a apontar. A primeira consiste no facto deste catálogo incluir crimes de pequena gravidade, estando entre eles, por exemplo, a corrupção passiva para ato ilícito, enquanto que não constam da lista os crimes económico-financeiros de muito maior gravidade, que, nas palavras deste Autor, poderão vir a representar "grandes e novos riscos para a humanidade"²⁴.

A segunda grande crítica apresentada é a de que, pelo seu título, esta é uma lei aplicável à criminalidade organizada e económico-financeira. Ora, para o Autor, esta é uma definição que não oferece grande segurança na sua interpretação. Este facto é ainda agravado pela circunstância de para alguns crimes previstos no nº1 do Art. 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, ter que se verificar a condição de terem sido praticados de "forma organizada" conforme o nº 2 do mesmo preceito legal²⁵. Quanto a isto FIGUEIREDO

²¹ Como se pode inferir do nº 1 deste Art. 1º quando é afirmado neste o seguinte: " A presente Lei estabelece um regime especial de ... perda de bens a favor do Estado, relativa aos crimes de...". Resulta do exposto que este regime especial é aplicável apenas aos crimes que de seguida são elencados neste artigo.

²² Tráfico de estupefacentes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, peculato, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores e contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

²³ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit., p. 1339.

²⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "*O Processo Penal português problemas e perspectivas*" in "*Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*", Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 805 a 819 (p. 810).

²⁵ Art. 1º, nº2 da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro - "O disposto na presente Lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas j) a n) do número anterior se o crime for praticado de forma organizada." Assim para os crimes de: contrabando; tráfico e viciação de veículos furtados; lenocínio e lenocínio e tráfico de menores; e contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda, só se poderá aplicar a perda ampliada de bens, se estes crimes forem praticados "de forma organizada".

DIAS entende que tal conceito é de difícil definição, apresentando-se de forma indeterminada e como demasiado vago.

Contudo, parece-nos termos aqui um indício de que esta lei é aplicável à criminalidade económico-financeira, à criminalidade organizada, e à criminalidade que seja simultaneamente organizada e económico-financeira.

JORGE A. F. GODINHO²⁶ vai um pouco mais longe na linha crítica, dizendo que esta denominação ainda menos sentido fará quando um dos crimes é precisamente o de associação criminosa, no qual existe sempre um mínimo de "*organização ou estrutura organizatória*", sendo que, pelo menos para este crime, não haverá qualquer necessidade de se referir esta exigência, tornando-se redundante.

O Autor acaba por tentar justificar a decisão do legislador de utilizar, aqui, tão vaga definição com o facto de aquele pretender fazer uma referência à realidade da criminalidade organizada de índole "«empresarial» e com base na ideia de ciclo económico, visando o lucro", que aquela medida (a perda de bens) visa combater. Isto é, JORGE A. F. GODINHO entende que se tratará sobretudo de uma necessidade de demonstrar a existência de uma atividade criminosa estruturada que se tem vindo a prolongar no tempo de forma estável, e que dessa situação se possa inferir a existência de lucros anteriores, que possam ser alvo da figura presentemente estudada.

Este Autor afirma criticamente que será estranho incluir neste catálogo os crimes de associação criminosa e organização terrorista, visto que não possuem grande potencial lucrativo. Ora, não produzindo lucros, não terá qualquer sentido que se presuma que determinado património é produto da prática de crimes que não os geram. A situação será semelhante no que diz respeito ao terrorismo que, usualmente, se concretiza em crimes de dano. Aqui, determinado património nunca provirá de lucros que sejam resultado desta atividade criminosa, quanto muito, poderá provir de financiamento para a mesma.

1.2- O que incluir no conceito de corrupção?

Como já referimos, são inúmeras as dificuldades, no que toca ao delimitar do âmbito de aplicação da Perda de bens a favor do Estado. Isto porque quase nenhum dos crimes apresentados tem uma correspondência direta com as normas que preveem tipos legais de crime.

²⁶ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes?(...)" ob. cit. p.1340.

Um dos crimes do catálogo que mais dificuldades suscita é o crime de corrupção, tal como explicado por HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES²⁷, pois além da corrupção prevista no CP podemos encontrar outros tipos legais de crime com o mesmo nome²⁸. Para piorar esta situação podemos, ainda, encontrar outros tipos legais de crime que tendo em conta uma perspetiva internacional devem ser incluídos nesta figura. A propósito desta situação, JOSÉ MOURAZ LOPES fala de uma perspetiva da dogmática penal que define o conceito de corrupção como o "abuso de um poder confiado"²⁹, o que amplia o leque de crimes que podem ser aqui incluídos.

Na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁰, no seu terceiro Capítulo, mais especificamente, encontramos uma série de crimes, que são reconduzidos a "atos de corrupção", na medida em que, tal como afirmam HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES³¹, são "comportamentos que merecem dignidade penal por tutelarem o mesmo bem jurídico ou bens jurídicos similares ao protegido pela incriminação de corrupção", definindo-se, desta forma, como que, um conceito amplo de corrupção.

Partamos então do princípio que o tipo legal de crime, "Corrupção", previsto no Art. 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, pretende incluir nele todos os tipos legais de crime com aquela mesma designação, ainda que previstos em Leis Penais Avulsas, sendo a todos estes aplicável o regime de perda de bens ali previsto. Estando esta situação assente, ainda assim, restar-nos-á saber até que ponto e com base em que outros critérios,

²⁷ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 216.

²⁸ Mais precisamente: Arts. 7º a 9º da Lei nº 20/2008, de 21 de Abril; Arts. 17º a 18º da Lei nº 34/87, de 16 de Julho; Arts. 8º e 9º da Lei nº 50/2007, de 31 de Agosto; Arts. 36º e 37º da Lei nº 100/2003, de 15 de Novembro.

²⁹ JOSÉ MOURAZ LOPES - na sua obra *O Espectro da Corrupção*, Coimbra, Edições Almedina, 2011, p. 82- fala de um conceito amplo de corrupção que abarcará "os crimes de corrupção *stricto sensu*, nas suas vertentes activa e passiva, pública e privada, do fenómeno desportivo mas também de crimes como o tráfico de influências, o peculato, a prevaricação, o abuso de poder e a violação de regras urbanísticas", tendo em conta que comportam um "abuso da função pública em benefício privado".

O conceito de "abuso da função pública em benefício privado" é avançado por DANIEL KAUFMAN - no seu texto "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción", *Finanzas e Desarrollo*, Setembro de 2005, p 41 a 43 (p.41) - quando explica que governabilidade não é coincidente com luta contra a corrupção. O Autor define Governabilidade "como o conjunto de tradições e instituições, mediante as quais, se exerce a Autoridade num país em prol de um bem comum" Kaufman atribui três dimensões a esta definição: uma dimensão política, a qual compreende, o processo eleitoral, a supervisão e substituição de quem exerce essa Autoridade; uma dimensão económica, que se traduz na capacidade de gestão de recursos e de aplicação das corretas medidas políticas por parte do Governo; e, por fim, uma dimensão de respeito institucional que consiste no respeito dos cidadãos e do Estado pelas instituições do país. Assim, apesar de Governabilidade e luta contra a corrupção não serem o mesmo, poder-se-á entender que aquela compreende esta.

³⁰ Podemos, por exemplo, encontrar os crimes de: peculato, enriquecimento ilícito e branqueamento de capitais.

³¹ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 216.

que não a designação, podemos incluir neste conceito de corrupção outros crimes como, por exemplo, os presentes no Capítulo III da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

1.2.1- O recebimento indevido de vantagem enquanto corrupção

Analisemos, para já, o tipo legal de crime "Recebimento indevido de vantagem" presente no Art. 372º do CP³², criado através da Lei 32/2010, de 02 de Setembro, tendo esta alterado o CP, e através da Lei 41/2010, de 03 de Setembro, que alterou a Lei nº 34/87, de 16 de Julho.

São diversos os argumentos que apontam no sentido de considerar o recebimento indevido de vantagem uma forma de corrupção, tal como é demonstrado por HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES³³.

No crime de recebimento indevido de vantagem há uma antecipação da tutela penal, procura-se impedir que o bem jurídico em causa seja colocado em perigo. MARIA DO CARMO SILVA DIAS afirma³⁴ "que se está perante um momento prévio, anterior à corrupção, que já merece censura penal por poder vir a suceder-lhe a prática da conduta integradora de crime de corrupção. De qualquer modo protege-se (embora de forma mais recuada) o mesmo bem jurídico que é tutelado nos crimes de corrupção activa e passiva".

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³⁵ fala, aqui, na existência de uma "antecipação da tutela penal" do nº 1 do Art. 372º do CP relativamente ao Art. 373º do CP e do nº 2 daquele Art. para com o Art. 374º do CP. Sendo que, classifica os crimes previstos no Art. 372º do CP como crimes de perigo e os previstos nos Arts. 373º e 374º do CP como crimes de dano, concluindo por isso, que a punição prevista naqueles Arts. é subsidiária da prevista nestes.

³² Art. 372º do CP "1-O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias; 2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias".

³³ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 217.

³⁴ MARIA DO CARMO SILVA DIAS, "Comentário da Lei nº 34/87, de 16 de Julho" in *Comentário das Leis Penais Extravagantes* Vol. 1, 2010, Organizadores: Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, p. 775-786 (p. 778).

³⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *Comentário ao Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, 4ª edição, p. 983.

A. M. ALMEIDA COSTA³⁶ afirma que os bens jurídicos que se visam proteger dos crimes de corrupção são os "especiais prestígio e dignidade do Estado". Estes últimos traduzem-se na "confiança da colectividade na objectividade e independência do funcionamento dos seus órgãos". Será assim este o bem jurídico que se visa proteger no Art. 372º também.

RICARDO COSTA CORREIA LAMAS³⁷ distingue corrupção em sentido amplo e corrupção em sentido estrito. No primeiro conceito inclui o recebimento indevido de vantagem (Art. 372º do CP), a corrupção passiva (Art. 373º do CP) e a corrupção ativa (Art. 374º do CP); enquanto que no segundo engloba, apenas, a corrupção ativa e passiva (Arts. 373º e 374º do CP).

Outro facto que leva HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES e também nós, a considerar que o "Recebimento indevido de vantagem" deve fazer parte do catálogo, é o facto de esta ser uma figura criada apenas em 2010, através da Lei 32/2010 de 02 de Setembro, sendo que a última alteração à lei 5/2002, de 11 de Janeiro, foi efetuada pela Lei 19/2008 de 21 de Abril, onde se incluiu a corrupção. Concluimos portanto que, se tivesse havido uma alteração posterior, com certeza que esta figura constaria do catálogo ao qual é aplicável o regime da perda de bens.

Assim, tal como afirma RICARDO COSTA CORREIA LAMAS³⁸, deverá ser feita uma interpretação atualista da Lei nº 5/2002 para que nela se inclua "o recebimento indevido de vantagem", de forma a reproduzir o pensamento do legislador e a estar de acordo com o espírito com que se aprovaram, tanto a lei nº 5/2002, como a lei nº 32/2010.

1.2.2- A exclusão de um potencial tipo legal de crime de enriquecimento ilícito do âmbito da corrupção

Caber-nos-á agora analisar o porquê de, a existir no ordenamento português³⁹, não podermos incluir o enriquecimento ilícito no âmbito da Corrupção, sendo porém,

³⁶ A. M. ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 2001, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, p. 654 a 676 (p. 676 e ss.).

³⁷ RICARDO COSTA CORREIA LAMAS "O recebimento indevido de vantagem- Análise substantiva e perspectiva processual" in *Revista do MP* 126 Abril/Junho 2011, p. 65 a 154 (p. 68).

³⁸ RICARDO COSTA CORREIA LAMAS "O recebimento indevido de vantagem (...)" ob. cit. p. 149.

³⁹ Com o decreto 37/XII criar-se-ia o crime de enriquecimento ilícito, a criação deste tipo de crime foi porém rejeitada pelo Acórdão do TC nº 179/2012 consultado a 25-11-2013.

absolutamente necessário que este fosse incluído no catálogo de crimes do nº 1 do Art. 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro⁴⁰.

Tomemos como exemplo o crime de riqueza injustificada, regulado no ordenamento jurídico de Macau pelo Art. 28º da Lei nº 11/2003⁴¹. A este propósito, JÚLIO PEREIRA considera que não se confunde de forma alguma com a corrupção⁴². Trata-se aqui de uma "violação do dever de transparência" que, só por si, apresenta um "desvalor próprio autónomo e justificador" suficiente para que haja uma intervenção penal. Tal não invalidará, como é claro, que o património em causa tenha uma origem criminosa, mormente uma situação de corrupção.

"A transparência e probidade dos obrigados à declaração" será, então, o valor protegido através do Art. 28º nº 1 da Lei nº 11/2003, situando-se numa fase anterior à transparência da própria administração e sendo condição desta. Podemos considerar que esta é uma forma de prevenir a corrupção, ainda que não fiquemos por aqui, acaba por ser um mecanismo que envolve toda a atividade desenvolvida, tanto ao nível político, como administrativo, demonstrando uma amplitude que não se cinge à corrupção, para além de servir como meio de escrutínio dos que têm a confiança da comunidade para prosseguir o que realmente favorece o interesse público, por parte das entidades com competência para tal e dos legítimos interessados.

Concluindo no mesmo sentido que JÚLIO PEREIRA, HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES e citando estes últimos: "Se relativamente ao recebimento indevido de vantagem será defensável considerar que se trata ainda de uma forma especial de punir a corrupção, já quanto ao projectado crime de enriquecimento ilícito visa-se prevenir a corrupção, é certo, mas pretende-se sobretudo garantir a transparência"

Assim, não poderíamos incluir este tipo de crime no catálogo, considerando-o inserido num conceito de corrupção, mesmo que em sentido amplo. Porém, não nos restam dúvidas de que, para que tal crime seja criado, é necessário que a ele esteja associado um regime de perda de bens como aquele que se encontra previsto na lei nº

⁴⁰ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 220.

⁴¹ "1-Os obrigados à declaração nos termos do Art. 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias".

⁴²JÚLIO PEREIRA, *O crime de riqueza injustificada e as garantias do Processo Penal*, p. 6, disponível em: <http://www.ccac.org.mo/pt/publication/download/article/a1009.pdf> consultado a 22-01-2014.

5/2002, de 11 de Janeiro. Mais se diga, que o legislador Macaense, no nº 2 do Art. 28º da Lei nº 11/2003⁴³, sentiu necessidade de incluir um regime de perda de bens aplicável ao recebimento indevido de vantagem. Simplesmente, tendo em conta as características do "recebimento indevido de vantagem", não nos parece necessária a criação de um regime de perda de bens específico para este tipo legal de crime, sendo completamente adequada, aquando de uma (eventual) criação deste, a sua integração no catálogo de crimes ao qual é aplicável o regime da perda alargada de bens instituído pela Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

Por fim, convirá reforçar, tal como fazem HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES⁴⁴, que à medida que forem sendo criados novos tipos de criminalidade organizada e/ou económico-financeira, deverá verificar-se se fará sentido a sua inclusão no catálogo de crimes presente no nº 1 do Art. 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

2- Sentença condenatória transitada em julgado

Ao dizer-se no Art. 7º, nº1 da Lei nº 5/2002, de 11 Janeiro, :"*em caso de condenação pela prática de crime*", o legislador refere-se sem qualquer dúvida à necessidade da existência de uma sentença condenatória transitada em julgado. Assim só quando não seja possível o recurso ordinário para aquela causa é que se poderá aplicar a perda de bens⁴⁵. Apesar de este ser um mecanismo desencadeado antes da própria sentença condenatória, mais precisamente no momento da acusação ou até trinta dias antes da primeira audiência de julgamento conforme nos é dito no Art. 8º nºs 1 e 2 da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro⁴⁶, (sendo que o seu processo se desenvolve ao mesmo tempo que o processo relacionado com a prática de um dos crimes, do nº 1 do Art. 1º daquela Lei, que lhe serve de pressuposto) os seus efeitos estarão sempre condicionados à procedência de uma condenação. Isto é, se o arguido for absolvido, todo o processo referente à perda de bens a favor do estado será irrelevante, não sendo aplicável a presente figura.

⁴³ "2- O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau".

⁴⁴ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 221.

⁴⁵ Neste sentido: JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1342; JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p.104.

⁴⁶ "Art. 8º: nº1 - O MP líquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado; nº 2 - Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efectuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos".

JOÃO CONDE CORREIA defende que não terá qualquer importância a natureza da pena que ao condenado seja aplicada, podendo ser uma simples pena de multa ou uma dura pena de prisão, não tendo também qualquer relevância o seu concreto *quantum*⁴⁷. JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA⁴⁸ pensa de forma diferente e defende que apesar de ser uma sanção completamente independente da pena que seja efetivamente aplicada (tanto quanto à espécie como à medida desta última), a menos que estejamos perante uma pena de prisão efetiva não fará sentido a aplicação desta sanção, isto, por razões de adequação e proporcionalidade da sanção. Ou seja, apesar da admissibilidade da aplicação desta sanção a qualquer espécie de pena, seja ela multa ou encarceramento, não faz sentido a sua aplicação a situações em que a pena não seja a de prisão⁴⁹, sendo que, ainda assim, segundo a letra da lei e a aparente vontade legislativa se admite a aplicação a todas as situações em que haja uma qualquer condenação transitada em julgado.

Quanto às exigências de adequação e proporcionalidade invocadas por JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, JOÃO CONDE CORREIA comenta que um tal atender às mesmas, poria em causa a "política criminal seguida pelo legislador: lograr uma ordenação patrimonial conforme o direito". Este último argumento, com o devido respeito, não nos parece fazer grande sentido, pois não se logrará "uma ordenação patrimonial conforme o Direito" se se tiver por base uma disposição legal que seja inconstitucional. Assim, se existir uma efetiva violação do princípio da proporcionalidade, nos casos em que a condenação não se transfigure numa pena de prisão e se aplique aquela norma, a ordenação patrimonial efetuada poderá ser muita coisa, menos, conforme o direito.

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA afirma ainda que será aqui abarcável tanto a tentativa, se punível, assim como, qualquer forma de participação, sendo que considera duvidosos os casos de dispensa de pena "em virtude de arrependimento activo ou de colaboração relevante".

JOÃO CONDE CORREIA, prossegue a sua ideia afirmando que o legislador não fez qualquer restrição no sentido de abarcar apenas os casos em que tenha sido aplicada a pena de prisão, não havendo bons argumentos para refutar esta afirmação. Mais uma vez se imporá dizer, que sendo a aplicação da norma aos casos que não sejam condenações a pena de prisão considerada violadora dos princípios da proporcionalidade e da adequação, este será argumento mais do que suficiente para se fazer uma interpretação conforme a

⁴⁷ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 104.

⁴⁸ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 123.

⁴⁹ Neste mesmo sentido AUGUSTO SILVA DIAS, "Criminalidade organizada (...)" ob. cit. p. 45.

CRP, mais especificamente conforme o princípio da proporcionalidade, daquela disposição⁵⁰.

Assim não partilhamos, completamente da opinião deste Autor quando afirma que "a necessária proporcionalidade entre o confisco e os fins que com ele se pretendem alcançar deve ter em consideração os factos na sua globalidade e não a pena infligida: ela é apenas um pressuposto legal para desencadear o regime", pois todo o contexto deve ser tido em conta. Porém ao aplicar-se esta sanção num caso em que a pena não seja a de prisão, muito dificilmente quaisquer outras circunstâncias irão demonstrar a necessária aplicação da perda de bens.

Parece-nos a nós que os bens não só "podem ser independentes do crime do catálogo pelo qual o arguido foi condenado"⁵¹ como têm obrigatoriamente de o ser, na medida em que para aqueles bens que sejam resultado direto do crime pelo qual o arguido foi condenado existem figuras específicas, tanto no CP⁵² como em legislação especial.

Concluindo, se tivermos em conta, apenas a letra do Art. 7º nº 1, iremos efetivamente de encontro à opinião de JOÃO CONDE CORREIA e poderemos, sem quaisquer dúvidas afirmar que, seja qual for a decisão condenatória transitada em julgado, seja qual for o tribunal que a proferiu (coletivo ou singular) e seja qual for o tipo do processo (comum ou especial) "*o mecanismo não está restringido a certas formas processuais penais*". Ponto assente, será, e aqui não podemos discordar deste Autor, que pela gravidade dos crimes em questão, e da pena a eles associada (normalmente a pena de prisão), esta sanção, em princípio, será "*consequência de um acórdão*".

3- Existência de atividade criminosa anterior

A nosso ver será fundamental a prova de uma atividade criminosa anterior. Ou melhor, será essencial a prova da forte probabilidade de uma carreira criminosa anterior que seja similar ao crime pelo qual o arguido foi condenado. Neste mesmo sentido encontramos, como veremos, boa parte da doutrina.

Este requisito será essencial por duas razões.

⁵⁰ Diz JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, 5.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1226- que no caso de normas que comportem diferentes significados "deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição".

⁵¹ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 104.

⁵² Arts. 109º a 112º do CP.

Poder-se-á apontar como a primeira dessas razões o facto de as vantagens que se pretendem confiscar não serem produto do crime pelo qual o arguido foi efetivamente condenado, havendo por isso necessidade de demonstrar que terá existido atividade criminosa anterior a que tais bens possam ser imputados mesmo que tal imputação não seja passível de associação de forma concreta⁵³.

Em segundo lugar, o legislador, ao referir que tais vantagens são presumivelmente produto de uma atividade criminosa indica-nos qual o sentido/significado da sanção. Assim, apesar de se presumir que estamos perante vantagens presumidas de uma atividade criminosa, não presumimos a existência dessa mesma atividade, impondo-se a prova da mesma. Portanto não fará sentido presumir que determinados bens têm origem numa atividade criminosa se a mesma não se provar. Note-se que, para tal prova não basta, obviamente, a existência de património incongruente, até porque seria completamente redundante basear a incongruência do património para justificar a existência da atividade criminosa e a existência da atividade criminosa para justificar a incongruência do património. Neste preciso sentido PEDRO CAEIRO refere-se ao facto de estarmos perante uma presunção *iuris tantum*, não havendo, claramente, "uma liberação total do ónus probatório"⁵⁴. Fará aqui sentido falar de ónus da prova pois como já vimos não estamos no âmbito do Processo Penal.

Também EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE defendem este pressuposto, como necessário à aplicação da Perda de bens a favor do Estado⁵⁵.

Contudo, uma boa parte da doutrina afirma que tal requisito não deverá ser tido em conta por uma série de motivos.

3.1-Crítica à exigência da prova de atividade criminosa anterior

JORGE A. F. GODINHO é um dos Autores⁵⁶ que discorda que este pressuposto se tenha de verificar para que se aplique o regime da perda de bens⁵⁷. Vem o Autor afirmar

⁵³ Neste sentido JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 127.

⁵⁴ PEDRO CAEIRO "Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 314.

⁵⁵ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE "Recuperação de Activos: da Perda alargada à Actio in Rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)" in *Julgar Online 2009* disponível em "<https://sites.google.com/site/julgaronline/a-julgar-online/Autores/descriptores/direito-penal-geral>" p. 32.

⁵⁶ Outros Autores discordantes são: HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 225.

⁵⁷ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1342.

que segundo a letra da lei bastará a condenação pela prática de um dos crimes do catálogo, não sendo necessária qualquer prova de atividade criminosa anterior.

Outro Autor que defende a desnecessidade deste requisito para a aplicação da medida é JOÃO CONDE CORREIA. Este afirma que a considerar-se necessária a prova da existência de atividade criminosa anterior se estará a fazer uma "revogação interpretativa" do regime legal previsto no Art. 7º nº 1 da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro⁵⁸.

Parece-nos a nós que a figura não resulta diminuída na sua aplicabilidade ao ser feita uma interpretação do Art. 7º da Lei 5/2002 através da qual se entenda a existência da necessidade de se verificar uma atividade criminosa anterior, até porque, a nosso ver, para além de demonstrar esta necessidade nos termos que veremos infra, a disposição prevista neste preceito legal inclui também a presunção de que a diferença entre o património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito constitui vantagem da atividade criminosa que se tem de demonstrar.

JOÃO CONDE CORREIA refere ainda que a ser necessário tal pressuposto, estaríamos perante uma verdadeira *diabolica probatio*⁵⁹, pois não tendo o MP recolhido indícios suficientes da prática de um crime (anterior àquele pelo qual foi condenado e do mesmo género, ou pelo menos presente no catálogo do nº1 da Lei 5/2002) para se decidir por um despacho de acusação, dificilmente conseguirá fazer uma demonstração, ainda que seja da mera probabilidade, de atividade criminosa anterior. O Autor refere, também, que "o arquivamento por falta de indícios" é "geralmente, incompatível com" "a probabilidade de uma determinada atividade criminosa"⁶⁰. Quanto a isto cabe-nos defender que existe

⁵⁸ Para maiores desenvolvimentos JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco...* ob. cit. p. 110.

⁵⁹ Quanto a este argumento, entendemos e defendemos, salvo o devido respeito, que não configura a mesma situação provar a prática de um crime concreto para lá de qualquer dúvida razoável ou até mesmo apresentar indícios da probabilidade da prática de um crime e apresentar elementos que levem à probabilidade de existir uma atividade criminosa. Tais elementos poderão, por exemplo, ser uma outra condenação transitada em julgado já existente.

⁶⁰ O Autor continua, então, em nota de rodapé, a sua linha argumentativa com base apenas numa específica fase do Processo Penal, o inquérito. Afirma que a "decisão de acusar ou arquivar" é também um "juízo de probabilidade probatória". E assim, conclui que: aqueles que, defenderem a tese de que, para que se proceda à acusação no final da fase de inquérito, basta uma "mera probabilidade de condenação" na fase de julgamento, tendo essa de ser superior a cinquenta por cento, não poderão afirmar que, existe, naquele caso, "a probabilidade de uma carreira criminosa, que" o MP "não consegue indiciar e que o património incongruente por ela gerado deverá ser confiscado". E o Autor prossegue, no sentido de que, se essa probabilidade criminosa existe (tendo em conta a tese acima referida) dever-se-á deduzir acusação para cada um dos crimes que da atividade criminosa que se procura provar façam parte. Na sequência disto dever-se-ia pedir a "perda direta das respetivas vantagens", nos termos do CP, no seu Art. 111º. Posto isto, o MP nunca poderá, a haver indícios da prática do crime, pôr de lado a acusação, em benefício da liquidação de património incongruente. Conclui afirmando que a figura da perda de bens não deverá ser utilizada como uma alternativa para os casos de difícil investigação e/ou prova e que, esta medida será um "remédio extremo" quando não seja possível demonstrar a ligação entre um crime concreto e o património do

uma quantidade de situações completamente diferentes da exemplificada. Por exemplo: casos em que o MP procedeu a um despacho de acusação e, havendo instrução, o Juiz de instrução se decidiu por um despacho de não pronúncia; ou quando já em Julgamento o arguido é absolvido; ou quando existe uma condenação anterior por crime do género e pode, inclusivamente, ter havido lugar à figura da "Perda de vantagens" do Art. 111º do CP, e verifica-se que continua a haver património incongruente, que não se conseguiu imputar a nenhum crime pelo condenado praticado, na esfera jurídica do mesmo. Não poderão estas situações ser indiciantes da forte probabilidade de uma atividade criminosa continuada? Parece-nos que, quanto à última situação, não restariam dúvidas, de que seria o caso, quanto às outras dependeria, obviamente, da situação em concreto.

3.3 Como provar a atividade criminosa anterior?

De que forma e em que moldes deverá, então, ser feita esta prova?

A resposta a esta pergunta é dada clara e adequadamente por EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE⁶¹: "O MP deve demonstrar, segundo um mero juízo de probabilidade⁶² (ou segundo juízos de adequação e proporcionalidade), apelando às regras da prova indirecta, indiciária, circunstancial ou por presunções, que esse crime se insere numa determinada actividade criminosa (entendida aqui esta "actividade" como

condenado. Quanto a isto, nós, tal como PEDRO CAEIRO - "Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 316- entendemos que o que, sem qualquer dúvida, levaria a ter de se proceder à acusação como num normal Processo Penal, seria a existência de factos com uma força probatória tão forte como a necessária para a prova de um crime "para lá da dúvida razoável", (não sendo estes os factos exigíveis para a prova da atividade criminosa) pois (e aqui temos de concordar com JOÃO CONDE CORREIA, se bem que através de um raciocínio distinto do feito por este) a perda alargada de bens não foi concebida como medida supletiva no caso da ação penal não ser aplicável. Prova disto mesmo é o facto de às vantagens resultantes da prática de um crime ser apenas aplicável a figura que é objeto do nosso estudo se o arguido tiver sido possuidor das mesmas nos cinco anos anteriores a contar da sua constituição como arguido.

⁶¹ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES E JOSÉ LUÍS F. TRINDADE *"Recuperação de Activos: da Perda alargada (...)"* ob. cit. p. 32.

⁶² No acórdão do tribunal Europeu dos direitos do homem Van Hoferen contra Holanda é defendido que as regras quanto à prova aplicáveis ao procedimento criminal não se aplicam à figura do confisco (referindo-se aqui este tribunal a uma figura que incide apenas sobre os bens resultantes dos crimes pelos quais o arguido foi acusado, sendo que apenas sobre os bens relacionados com o crime pelo qual for condenado poderá existir um efetivo confisco, aproximando-se esta figura à perda de instrumentos, produtos e vantagens que encontramos no CP Português no seu Art. 109º). Isto leva a que, por exemplo, tendo o arguido sido condenado apenas por parte dos crimes pelos quais fora acusado, seja permitido que em subseqüente procedimento de confisco aplicado ao património daquele sujeito, este confisco não se baseie apenas nos crimes pelos quais foi condenado, mas também em crimes similares dos quais tenha sido ilibado. O juiz, incluirá aqui o resultado destes últimos se, tendo em conta um balanço de probabilidades (semelhante ao utilizado nas decisões em processo civil), estiver convicto da existência de indícios suficientes de que o sujeito os praticou.

carreira ou actividade progressa continuada, como consta de antecedentes históricos do diploma)."

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, neste preciso sentido, afirma que "a prova que se exige não tem de ser tão concludente quanto a da questão principal", bastando que se demonstrem "indícios ou elementos" que tornem bastante provável que o condenado haja praticado crimes semelhantes àqueles pelos quais foi condenado⁶³. Este juízo de probabilidade é no entender do Autor, uma derrogação dos princípios do Processo Penal, só sendo possível pelo facto de, como vimos, esta figura ser uma sanção administrativa.

PEDRO CAEIRO⁶⁴ diz que esta figura tem regras de prova distintas daquelas que são aplicáveis ao Processo Penal comum no qual é necessária uma prova dos elementos sem que haja réstia de qualquer dúvida. O MP atua como representante do Estado nos termos do Art. 219º nº 1 da CRP e não como titular da ação Penal. Este Autor diz ainda que esta prova de circunstâncias indicativas de anterior actividade criminosa por parte do condenado seguirá um princípio semelhante ao que vigora nos sistemas de common law de prova "*by preponderance of evidence*" ou "*on the balance of probabilities*". Assim, se o condenado prestar uma contraprova que não permita que a probabilidade de ter tido uma actividade criminosa anterior seja superior à probabilidade de não ter tido tal comportamento continuado não se dará por verificado o pressuposto em questão. Assim, a esta situação específica não consideramos aplicável o princípio do *in dubio pro reu* pelas características administrativas da sanção, que a esta acabam por atribuir uma "natureza híbrida", o que permite a introdução de "regras diferentes".

4- A existência de património

Outro dos requisitos necessários à aplicação da figura da perda de bens a favor do estado é sem qualquer dúvida a existência de um património do condenado. Pois não existindo um património nada haverá a ser perdido a favor do Estado.

No Art. 7º (da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro) no seu nº 2 é-nos dito que devemos entender, como património, os bens: " a) que estejam na titularidade do arguido, ou em

⁶³ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 127; em concordância PEDRO CAEIRO -"Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 316- diz, quanto a isto, que "provar uma actividade criminosa" não poderá ser o mesmo que provar um crime "para lá da dúvida razoável"⁶³, pois isso, como já vimos "implicaria, provar os concretos crimes e esvaziaria o instituto de quase todo o seu interesse prático". Haverá, neste caso, que provar a existência de uma série de indícios que atribuam "preponderância à probabilidade de o condenado ter tido uma actividade daquele género".

⁶⁴ PEDRO CAEIRO -"Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 316.

relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino." Verificamos desta forma que tendo em conta o momento da constituição de arguido se englobam: na alínea a), bens que o arguido detenha ou venha a deter daquele momento para a frente; e nas alíneas b) e c), bens dos quais o arguido haja sido proprietário, algures, nos últimos cinco anos, funcionando esta janela temporal como limite à perda de bens a favor do Estado.

O Art. 7º, nº 2 a) da Lei 5/2002 dispõe que serão, considerados, património do arguido, os bens que, quer quando ele foi constituído arguido, quer posteriormente a essa constituição, estejam na titularidade daquele ou (não estando na sua titularidade) aqueles sobre os quais ele detenha o "domínio" e o "benefício". Assim, não só farão parte do património do arguido os bens que este detenha ao tempo da sua constituição como arguido como os posteriormente obtidos.

De notar a existência neste preceito de uma extensão do património do arguido, no sentido de abranger os bens sobre os quais este tenha o "domínio" e o "benefício", mesmo não estando na titularidade deste. Isto é, ainda que o proprietário aparente dos bens seja um terceiro se o MP demonstrar que o condenado é quem realmente "domina" aqueles bens, sendo ele quem deles colhe os "benefícios", estes serão integrados no referido património para efeitos da aplicação da perda de bens⁶⁵.

Isto é, ainda que o condenado não seja considerado o proprietário destes bens para efeitos do direito civil, se cumulativamente tiver o "domínio" e o "benefício" sobre os mesmos serão considerados como sendo do arguido. Isto possibilitará, por exemplo, a aplicação desta sanção a bens que sejam propriedades de sociedades offshore, que na realidade estejam no "domínio efetivo e ao dispor do arguido"⁶⁶

Vejamos então o que devemos entender como "domínio" e "benefício".

⁶⁵ Neste sentido: HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 228; HÉLIO RIGOR RODRIGUES, "Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis)" in *Revista do MP 134 Abril a Junho de 2013*, p. 189 a 244 (p. 235); JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1345; JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p.105.

⁶⁶ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 106; HÉLIO RIGOR RODRIGUES, "Perda de bens no crime de tráfico (...)" p. 234.

Dizem HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES⁶⁷ que "o domínio sobre um bem, para estes efeitos, manifesta-se pela contestação de um poder decisório sobre este, apurado numa dupla dimensão: quanto à substância" (quando cabe ao arguido decidir da necessidade de reparações, modificações estéticas ou estruturais, destruição do bem) "e quanto ao destino" (quando cabe ao arguido decidir "quando e a quem deve o bem ser alienado"). A prova de que o arguido domina determinado bem poderá ser feita por diversas formas, mas a forma de provar mais certa de todas será, sem sombra de dúvidas, a posse do bem. Uma simulação de contrato jurídico, como seja um arrendamento, não será, em princípio, suficiente para ilidir esta prova, a menos que se comprove, efetivamente, que não estamos perante uma simulação. Não será, porém, necessário o contato direto do arguido com o bem, podendo atuar por intermédio de terceiro.

Já o benefício poderá ser de índole diversificada (económico, material, de mera satisfação moral), podendo ir, desde a obtenção de frutos pelo bem produzidas à mera fruição do mesmo. Havendo um terceiro envolvido, o benefício que aqui se refere será o mesmo tipo de benefício referido no Art. 232º, do CP. Porém, ao contrário do que sucede no crime de auxílio material, o terceiro que seja titular do bem, não pode ser punido por esse mesmo crime, a menos que aquele bem tenha sido adquirido "por meio de facto ilícito contra o património"⁶⁸, o que em princípio não acontecerá, na medida em que nenhum dos crimes do catálogo configura um dos tipos de crime presentes no título II, nem, em nenhum desses crimes, se "assume imediatamente o património como bem jurídico"⁶⁹. Assim tal como exemplifica PEDRO CAEIRO⁷⁰ poderemos com este benefício que corre a favor do arguido estar perante situações em que quem intervém é o terceiro, apesar de quem, com aqueles comportamentos, disfrutar do benefício ser o arguido, como exemplos deste tipo de situações podemos encontrar: a aquisição de bens com dinheiro deste, a venda de bens, o arrendamento de um imóvel, a modificação de um bem, entre outras possíveis situações.

⁶⁷ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* p.228.

⁶⁸ "Art. 232.º: n.º1 - Quem auxiliar outra pessoa a aproveitar-se do benefício de coisa obtida por meio de facto ilícito típico contra o património é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. n.º2 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do Art. 231.º"

⁶⁹HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 228.

⁷⁰ PEDRO CAEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coordenador Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, 2ª edição, p. 504 a 510 (p.507).

Por fim há ainda que referir que, querendo demonstrar a existência do "domínio" e "benefício" sobre um determinado bem, as regras de prova a utilizar serão as do processo Civil. Bastará por isso que exista uma maior probabilidade de que aquele bem seja dominado pelo arguido, colhendo estes benefícios daí derivados, do que quem sobre aquele bem exerça o domínio e tenha os benefícios seja o terceiro, não sendo necessária uma prova acima de qualquer dúvida. Isto deve-se ao facto de estarmos perante uma sanção de natureza eminentemente não penal.

A alínea b) do nº 2 do Art. 7º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, dispõe que fazem parte do património do condenado os bens "transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição" daquele como arguido. Desde logo, devemos afirmar que, apesar de apenas se fazer referência às situações em que o condenado alienou os seus bens "a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória", somos da mesma opinião de HÉLIO RIGOR RODRIGUES⁷¹ quando afirma que tal situação não significa que os bens vendidos por um valor justo hajam sido esquecidos, pois o produto dessas alienações será naturalmente incluído na alínea c) desta mesma disposição legal, a qual dispõe que os bens que o arguido houver recebido nos cinco anos que antecederam a sua constituição como arguido, mesmo que não se saiba o seu destino, farão parte do património daquele. Aquele Autor afirma, a nosso ver de forma correta, que não havendo possibilidade de saber exatamente qual o momento temporal em que determinado bem foi transferido para o condenado ou alienado a título gratuito ou contraprestação irrisória para terceiro e não conseguindo o arguido provar que já tinha o bem em momento anterior aos cinco anos que antecederam a sua constituição como arguido, dever-se-á incluir tal bem na definição de património que o Art. 7º da Lei 5/2002 nos apresenta, pois quanto a esses bens presumir-se-á "estarem na titularidade do arguido há menos de cinco anos contados da constituição como arguido". Isto porque, dispõe o Art. 9º nº 3 desta Lei, que a "presunção estabelecida no n.º 1 do Art. 7º é ilidida se se provar que os bens estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido", sendo, por isso, possível chegar àquela conclusão "a contrario".

⁷¹ HÉLIO RIGOR RODRIGUES, " Perda de bens no crime de tráfico (...)" ob. cit. p. 234.

Assim, decorrerá das alíneas b) e c) do nº 1 do Art. 7º que, mesmo não tendo o arguido qualquer património, todos os proventos que haja recebido nos cinco anos anteriores⁷² à sua constituição como arguido serão tidos em conta.

Tal como JOÃO CONDE CORREIA⁷³, entendemos que as operações de valoração e contabilização do património do condenado devem ser efetuadas por peritos, recorrendo a "perícias, documentos, índices de preços". Tais operações deverão ser o mais rigorosas possível, para evitar que se prejudique o arguido, ao calcular um excesso de património tendo em conta a realidade, ou se beneficie aquele ao calcular um valor patrimonial inferior àquele que por ele é detido. Não se sabendo dos bens, seja por destruição dos mesmos, consumo, ou outra situação que faça com que não se consigam localizar deverá fazer-se um cálculo do seu valor. Esse cálculo deverá ser feito por estimativa tendo em conta o valor de mercado que aqueles bens teriam.

Será ao MP, que caberá, proceder à liquidação do Património total (e também do incongruente, como veremos) do arguido, seja no momento da acusação, seja em momento posterior, nos termos do Art. 8º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, nos seus primeiros dois números⁷⁴.

Há ainda que referir que, tendo em conta critérios de aferição do valor dos proventos de um crime, nas, a nosso ver, adequadas palavras de JOÃO CONDE CORREIA, "os montantes considerados para a contabilização desta importância global devem ser os dos bens, benefícios, recompensas ou vantagens à data da sua efectiva aquisição, em termos líquidos e numa perspectiva objetivo-individual, tendo em conta o valor comercial da coisa, mas também a sua real repercussão na situação económica do visado"⁷⁵.

5- Incongruência do património com o rendimento lícito do arguido

Dispõe a parte final do Art. 7º, nº 1 que se presume "constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja

⁷² JOÃO CONDE CORREIA- na sua obra *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 108- indica que a racionalidade para a estipulação deste prazo em específico poderá ser a do prazo de prescrição do Art. 118º do CP, não podendo, assim, o visado ser incomodado a todo o tempo, o que demonstraria um preocupação com a paz jurídica daquele.

⁷³ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco...* ob. cit. p. 106.

⁷⁴ Ver nota de rodapé 46.

⁷⁵ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 107; JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 127.

congruente com o seu rendimento lícito". Daí que afirmemos que será necessária a verificação de uma incongruência entre o rendimento lícito do arguido e o seu património para que seja aplicável a perda de bens, constituindo esta situação um dos requisitos para essa aplicação.

Tendo em conta o anteriormente dito, concluiremos que havendo apenas bens resultantes da prática do crime pelo qual houve condenação, não se poderá aplicar a perda de bens a estes, pois não haverá património sobre o qual esta possa incidir, visto que aos proventos deste específico crime é aplicável o CP no seu Art. 109º e seguintes ou outras disposições patentes em legislação avulsa, pois, não restam dúvidas quanto à sua proveniência ilícita. Além disso, qualquer vantagem que se consiga provar como derivando destes bens (juros, lucros...), também não poderá ser classificada como património incongruente para estes efeitos, do que resulta do Art. 111º nº2 do CP, e no que diz respeito, especificamente, ao tráfico de estupefacientes do Art. 38º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, a menos que não seja possível proceder ao seu confisco direto por não se conseguir provar a sua relação com o crime pelo qual o arguido foi condenado. Verificando-se esta última situação será aplicável o nº3 do Art. 7º da Lei 5/2002⁷⁶.

Não bastará, a existência de património, a condenação por crime do catálogo, o trânsito em julgado dessa decisão, e a prova da possibilidade da existência de uma atividade criminosa, para que se possa proceder à aplicação da figura que nos serve de estudo. Será também necessário que exista dentro do património total do arguido, aferido nos termos considerados no anterior título, bens que não sejam congruentes com os rendimentos lícitos do mesmo.

Fundamental para proceder ao cálculo a que acima nos referimos será a definição de rendimento lícito. JORGE DOS REIS BRAVO⁷⁷ define como rendimento lícito "aquele que resulta da sua manifestação e registo público e declaração fiscal nos termos dos regimes legais respectivamente aplicáveis". Assim, qualquer bem que preencha as referidas

⁷⁶ "Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no Art. 111.º do Código Penal".

⁷⁷ JORGE DOS REIS BRAVO, "Criminalidade Contemporânea e discurso de legalidade" in *Revista Polícia e Justiça* Julho-Dezembro de 2006, III série, nº 8, Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, Coimbra Editora, p. 73 a 147 (p.128); em sentido concordante JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 108; e aparentemente também RICARDO COSTA CORREIA LAMAS "O recebimento indevido de vantagem (...)" ob. cit. p.150.

condições, não poderá ser perdido a favor do estado. Tal como, se só houverem bens resultantes do seu rendimento lícito não haverá lugar à aplicação desta medida⁷⁸.

5.1 - A liquidação por parte do MP

Nos termos do Art. 8º da Lei 5/2002, o momento em que o MP deve proceder à liquidação, a qual inicia o processo da perda de bens, será o da acusação (ou, quando aí não seja possível, 30 dias antes da primeira audiência de Julgamento). Parece-nos que este momento não será o mais correto, na medida em que seria muito mais adequado que esta liquidação fosse apresentada após o trânsito em julgado da condenação, visto que só a partir daí é que a perda de bens pode produzir efeitos⁷⁹.

No título anterior vimos que caberá ao MP fazer o levantamento do Património total do arguido. Há quem entenda⁸⁰ que cabe ao MP fazer a liquidação do património incongruente, apenas naqueles termos, estando o património total sujeito à presunção de ilicitude, e incidindo a referida liquidação, patente no Art. 8º nº 1⁸¹, apenas sobre o património total, cabendo então ao arguido fazer prova da legalidade de todo o seu património para ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente, que abordaremos infra⁸².

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA afirma que aquando da liquidação apenas cabe ao MP indicar o património total do arguido, não havendo necessidade, ou sequer possibilidade, de verificar qual o valor dos rendimentos lícitos deste, e portanto também não se conseguirá aferir qual do seu património total é incongruente com estes rendimentos. Esta afirmação é justificada pelo Autor com o facto de a acusação ser o momento devido para se proceder à referida liquidação. Isto é, como para o apuramento dos valores dos rendimentos lícitos é necessária uma adequada investigação e o inquérito não configura o momento apropriado para a mesma, cabendo aí ao MP apenas recolher indícios suficientes para decidir se arquiva ou acusa, o MP só terá de fazer o levantamento do património total do arguido⁸³.

⁷⁸ Neste sentido JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* ob. cit. p. 108; JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 141.

⁷⁹ Aparentemente neste sentido JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 151

⁸⁰ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p.1345; JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 143.

⁸¹ O MP liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

⁸² Capítulo 3 no seu ponto 1.

⁸³ Há que referir que JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA é da opinião que a liquidação incide apenas sobre o património total do arguido, mas vem dizer que a posição do MP no que toca a esta sanção é a de agente

Temos de respeitavelmente discordar daquela posição. Parece-nos que será impreterivelmente necessário que o MP proceda a três operações para que esteja verificada a referida liquidação no Art. 8º. A primeira operação consistirá no apuramento e subsequente indicação discriminatória do património total do arguido; depois deverá aferir qual o rendimento lícito deste de forma detalhada, discriminando o mesmo; por fim, e só após aquelas duas operações, poderá chegar ao valor do património incongruente, procedendo a um cálculo onde subtrairá o valor dos rendimentos lícitos do arguido ao valor total do seu património, configurando o resultado o "montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado" referido no Art. 8º, nº 1 da Lei nº 5/2002 de 11 de Janeiro.⁸⁴

Para estas operações o MP poderá contar com o auxílio do Gabinete de Administração de Bens, mais especificamente, no que diz respeito ao apuramento do valor de bens que hajam sido apreendidos, cabendo àquele gabinete a administração dos mesmos, nos moldes referidos por HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES⁸⁵. Discordamos, salvo o devido respeito, destes Autores no que diz respeito a considerarem que o cálculo poderá operar por estimativa. Somos da mesma opinião que JOÃO CONDE CORREIA quando afirma ser necessária a intervenção de peritos na aferição do valor dos bens que constituem o património total do arguido e dos legítimos rendimentos do mesmo, só se podendo operar por estimativa quando "os bens já não estiverem na posse ou disponibilidade do condenado ou de terceiros... e não for possível proceder de outra forma"⁸⁶.

administrativo pois a mesma configura, como já dissemos, não uma sanção penal, mas, sim uma sanção administrativa. Em jeito de complemento, podemos ainda afirmar, tal como JORGE A. F. GODINHO, que o processo da perda de bens correrá simultaneamente ao processo relativo ao crime que lhe serve de pressuposto. Assim, será de entender, que apesar de relacionado com o processo principal, é um processo diferente deste, onde o MP terá um outro papel. Parece-nos assim, este, ser um válido argumento, para considerarmos que, atuando o MP numa diferente qualidade, quanto ao processo da perda de bens, que se assume como processo diferente do principal (onde o arguido está a ser julgado pela prática de um crime), ser completamente apropriada a liquidação nos moldes que defendemos. De ressaltar que não consideramos adequado o momento em que acontece esta liquidação, considerando que o início de tal tramitação, só se deveria verificar após o trânsito em julgada da condenação por um crime do catálogo do Art. 1º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

⁸⁴ Neste sentido HÉLIO RIGOR RODRIGUES, "Perda de bens no crime de tráfico (...)" *ob. cit.* p. 242; e HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* *ob. cit.* p. 258.

⁸⁵ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* *ob. cit.* p. 257.

⁸⁶ JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do Confisco (...)* *ob. cit.* p. 107; JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" *ob. cit.* p. 106.

Capítulo 3- A presunção de ilicitude do património incongruente e a inversão do ónus da prova

Do que até agora analisámos chegámos a diversas conclusões acerca da figura da perda de bens, prevista na Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, enquanto medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Justificámos⁸⁷ a sua natureza não penal, afirmando que poderá ter uma natureza administrativa (havendo ainda a hipótese de ser uma figura civil). Vimos que para a sua aplicação é necessária a verificação de cinco pressupostos⁸⁸, sendo eles: (1) a condenação do arguido transitada em julgado; (2) essa condenação tem de ser por um dos crimes do catálogo do Art. 1º nº1 da Lei nº 5/2002; (3) tem de existir uma atividade criminosa anterior (bastando para que tal se demonstrem indícios que a tornem bastante provável); (4) o condenado tem de possuir património; e, por fim, (5) uma incongruência deste património com os rendimentos lícitos do arguido. Afirmámos, também, que cabe ao MP proceder à demonstração, nos referidos moldes, da mencionada atividade criminosa⁸⁹; tal como a ele cabe a Liquidação no momento da acusação⁹⁰, que consistirá: na demonstração da totalidade do património do arguido, na verificação dos seus rendimentos lícitos e no cálculo demonstrativo da incongruência patrimonial entre aqueles dois valores.

Posto isto, passaremos à análise da presunção de ilicitude do património incongruente com os rendimentos lícitos do condenado e de seguida aferiremos de que forma ele pode defender-se desta presunção, sendo que estamos perante uma inversão do ónus da prova.

1- Presunção de ilicitude do património que seja incongruente com os rendimentos lícitos do condenado

No Art. 7º, nº1, o qual já tantas vezes analisámos, podemos ler que: "Em caso de condenação pela prática de crime referido no Art. 1.º... presume-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". Assim, verificados os cinco pressupostos

⁸⁷ No Capítulo 1 no seu ponto 3.

⁸⁸ No Capítulo 2.

⁸⁹ Capítulo 2 no seu ponto 3.

⁹⁰ Capítulo 2, ponto 5.

anteriormente indicados é, digamos que, "ativada" uma presunção. Essa presunção é a de que o património do arguido, que haja sido condenado por um dos crimes do catálogo (tendo havido trânsito em julgado), que seja incongruente com o seu rendimento lícito, será considerado produto da atividade criminosa (que o MP teve que demonstrar).

As razões apontadas na doutrina internacional para que tal seja permitido são duas⁹¹: (a) "a impossibilidade prática de o sistema formal de justiça conseguir provar, para além de toda a dúvida razoável, que determinados bens provém de uma determinada atividade criminosa"⁹²; (b) a outra razão, característica inerente aos crimes que usualmente podem gerar grandes lucros, é a de não haver uma vítima identificável que possa auxiliar as autoridades competentes na verificação da gravidade do crime nem na identificação dos concretos bens resultantes do mesmo.

Nos termos do Art. 31 ° n°8 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o legislador pode "considerar a possibilidade de exigir que o Autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que este requisito seja compatível com os princípios do seu direito interno e com a natureza do procedimento judicial ou outros"⁹³.

Apesar das razões anteriormente apresentadas servirem de fundamento base à presunção que no Art. 7º da Lei nº 5/2002 se estabelece, o que verdadeiramente a legitima é a finalidade de prevenção destes tipos de criminalidade, "onde o instrumento previsto neste Art. 7º constitui um desincentivo à prática do crime mais intenso do que seria possível obter com uma agravação, ainda que substancial, das molduras penais abstratas dos tipos legais previstos na citada Lei."⁹⁴

Há que deixar bem claro que esta presunção de ilicitude incide apenas sobre um determinado conjunto de bens, o mesmo que é apurado, pelo MP, como incongruente

⁹¹ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 222.

⁹² HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 222; no mesmo sentido Jorge A. F. Godinho, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1345, onde é dito: "Este diploma (em referência à Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro) introduziu no ordenamento jurídico português, para efeito de "confisco penal" (expressão da qual discordamos, não pelo fato de se chamar confisco à perda de bens, o que, apesar de preferirmos usar a expressão perda, para nós também está correto [capítulo 1, ponto 1], mas sim por lhe ser atribuída a natureza penal com a qual não concordamos [capítulo 1, ponto 3]), uma presunção de origem ilícita de certos bens identificados pela acusação e, em consequência, atribui ao arguido o ónus de provar o contrário. As razões invocadas pelo legislador para a consagração desta solução partem da constatação da dificuldade, sentida em muitos casos, de provar a origem dos bens que o Estado pretende confiscar..."

⁹³ Neste sentido também: Art. 12º n° 7 da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade organizada Transnacional.

⁹⁴ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 223.

aquando da liquidação. Não existe, portanto, qualquer presunção sobre que bens pertencem ao património do arguido, nem sequer sobre que bens são incongruentes com os seus rendimentos lícitos⁹⁵. Tais bens devem, portanto estar, apropriadamente discriminados no processo, constituindo pressuposto para o funcionamento desta presunção.

Do afirmado, apresenta-se adequada e necessária a presente presunção legal. Pois o recurso a esta figura terá como base o admitir de uma ligação entre certa realidade conhecida e predeterminada ou determinados indícios e o facto que se presume. JORGE A. F. GODINHO entende que a presunção só funciona se ficarem provados os factos conhecidos que, nos termos da lei, permitem inferir o facto desconhecido. JORGE A. F. GODINHO e ANTUNES VARELA⁹⁶ chamam a estes factos a "base da presunção". A nosso ver esta "base da presunção" compreenderá os seguintes pressupostos: condenação transitada em julgado, que seja pela prática de um crime do catálogo, sendo que deve haver uma atividade criminosa anterior por parte do condenado, tendo este que possuir património, existindo um incongruência entre este e o seu rendimento lícito⁹⁷. A partir desta base, que se consubstancia no preenchimento destes pressupostos, presumir-se-á que o património incongruente do arguido deriva da referida atividade criminosa.

Em sentido semelhante, JORGE A. F. GODINHO, referindo-se ao Art. 7º da lei 5/2002, de 11 de Janeiro, afirma que, " o regime consiste na presunção iuris tantum da origem ilícita dos bens de pessoas condenadas pela prática de certos crimes (descritos no Art. 1º), com vista a proporcionar o confisco das presumidas vantagens de suposta atividade criminosa anterior. Trata-se sem dúvida de uma verdadeira e própria presunção, pela qual certo facto desconhecido e não comprovado (a ilicitude da origem de certo património), é inferido de outros factos, conhecidos e comprovados. A presunção dispensa a *probatio* diabólica da origem ilícita, que normalmente caberia à acusação, distribuindo ao arguido o ónus de provar o contrário"⁹⁸. Sendo que, como já vimos⁹⁹, discorda de nós quanto ao fato de entendermos que a atividade criminosa anterior não deve ser suposta, mas sim provada, ainda que de forma menos exigente, indo nós em sentido semelhante a JOSÉ M.

⁹⁵ Como vimos no capítulo 2 no ponto 5.1.

⁹⁶ ANTUNES VARELA, Manual de Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p 503.

⁹⁷ JORGE A. F. GODINHO -"Brandos Costumes(...)" ob. cit. p.1318- aponta, diferentemente de nós, os seguintes factos como sendo a base da presunção: (1) Condenação pela prática de um dos crimes do "catálogo" legal; (2) em certos casos essa prática ser feita de forma organizada; (3) existência de bens; (4) "incongruência entre o património de origem lícita e o património total".

⁹⁸ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1318.

⁹⁹ No Capítulo 2 no seu ponto 3.

DAMIÃO DA CUNHA¹⁰⁰. JORGE A. F. GODINHO afirma, e bem, que estamos perante uma presunção. Faz porém a ressalva que o fato do legislador utilizar a terminologia: "presunção", nos Arts. 7º, nº 1 e 9º, nº3; e "ilidir" no Art. 9º, nº 3) não significa que se está necessariamente perante uma presunção. Como exemplo disso temos a presunção de inocência do arguido, a qual "não se trata de uma verdadeira presunção em sentido técnico, pela qual se infere um facto desconhecido de um facto conhecido, com base em regras de experiência"¹⁰¹. Estamos, porém, no caso da perda de bens, perante uma verdadeira presunção, a qual obedece à "racionalidade típica do processo civil"¹⁰².

Assim, nós não consideramos, ao contrário de parte da doutrina¹⁰³, que esta presunção engloba "duas realidades"¹⁰⁴, pois para nós a atividade criminosa anterior não é presumida, tendo que existir fortes indícios da mesma¹⁰⁵, incidindo, assim, apenas sobre a existência de proventos resultantes da referida atividade.

Apesar de não ter de demonstrar a relação entre a "atividade criminosa anterior" e o património incongruente com os seus rendimentos lícitos nos termos já demonstrados¹⁰⁶, caberá, ainda assim, ao MP, demonstrar cada um dos pressupostos referidos, não funcionando a presunção presente no Art. 7º da Lei nº 5/2002, como um desresponsabilizar daquele de proceder a tal tarefa.

2. A inversão do ónus da prova

Na figura da perda de bens a favor do estado estamos perante uma verdadeira inversão do ónus da prova. Assim, ao invés de caber ao MP a prova dessa relação, havendo uma presunção de ilicitude de que o património incongruente com os rendimentos do arguido resulta da atividade criminosa por aquele desenvolvida, atribui-

¹⁰⁰ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 128; em sentido semelhante PEDRO CAEIRO "Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 316.

¹⁰¹ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1358.

¹⁰² JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1318; em sentido semelhante PEDRO CAEIRO "Sentido e função do instituto da perda de vantagens (...)" ob. cit. p. 316.

¹⁰³ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 222; JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit. p. 1319.

¹⁰⁴ "Sendo a primeira a assunção de que, tendo em conta a usualidade, alguém condenado por um dos tipos de crime do Art. 1º, desenvolverá uma atividade criminosa de índole mais complexa e extensa daquela que é acessível de comprovar por forma a levar a uma condenação penal; e a segunda a ilação que dessa atividade resultam para o arguido proventos económicos não relacionáveis, sem dúvida, com os lucros comprovadamente resultantes do crime pelo qual este foi condenado".

¹⁰⁵ Como já vimos no Capítulo 2 no ponto 3.

¹⁰⁶ Capítulo 5 no ponto 5.

se ao condenado a faculdade de provar que tais bens não têm como origem aquela, nos especiais termos previstos no Art. 9º nº3 da Lei nº 5/2002.

Afirmam HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES¹⁰⁷, a propósito da inversão do ónus da prova na perda de bens a favor do estado que "A inversão do ónus da prova como mecanismo processual não se encontra consagrado no nº 7 da lei nº 5/2002 de forma abstrata e autónoma, mas sim ancorada num ponto de apoio, isto é, numa premissa fáctica que permite fazer suportar pelo arguido semelhante *ónus probandi*".

A inversão do ónus da prova apresenta-se-nos, assim, na perda de bens, como sendo o outro lado da presunção de ilicitude do património incongruente. Esta inversão é completamente dependente da existência da referida presunção. Não impende sobre o arguido a prova da sua inocência, continuando a pertencer à acusação o ónus da prova dos factos constitutivos do facto ilícito típico aquando da audiência de julgamento. O ónus da prova que cabe ao arguido incide apenas sobre a licitude do património, nos termos do Art. 9º nº 3 da Lei nº 5/2003, que pelo MP seja considerado desproporcional.

Sobre isto CLARA GARRIDO¹⁰⁸ avança a tese do dinamismo do ónus da prova ("*dynamic burden of proof*"), com base na tese defendida pelo TC da Colômbia, aplicável às situações de enriquecimento ilícito, que afirma que quem está em melhores condições para provar um facto deve fazê-lo, e que aparenta ser completamente apropriada, também para esta situação, pois esta é uma sanção, como já vimos, não penal.

À semelhança do acabado de referir, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS F. TRINDADE¹⁰⁹ afirmam que se considera " que a inversão do ónus da prova da sua origem faz sentido na medida em que o condenado é a pessoa mais bem colocada e com as melhores condições para provar que a sua propriedade teve origem lícita"

¹⁰⁷ HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 230.

¹⁰⁸ CLARA GARRIDO diz-nos - em "Illicit enrichment: theory and practice in Colombia" texto que podemos encontrar no documento do Banco Mundial: *Stolen Asset Recovery - A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, p. 189 a 192 (p. 191) (disponível em http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web_ressources/IBRDWB_Guidassetrecovery.pdf - que "O procedimento para o estabelecimento de enriquecimento ilícito na Colômbia preserva o direito de defesa do infrator. Efetivamente, é uma presunção refutável e o arguido poderá ilidi-la produzindo a evidência necessária que explica as circunstâncias para a acumulação de dinheiro, dentro ou fora do seu escritório. O TC da Colômbia descreveu isto como o dinamismo do ónus da prova, que exige, que aquele que mais apto está a provar um fato seja quem o prova. No caso de perda, o proprietário estará numa melhor posição de provar a origem lícita da propriedade e minar a tentativa de prova da origem ilícita dos bens. Este dinamismo do ónus da prova é considerado adequado na medida em que o confisco de bens é independente do Processo Penal e não tem uma função punitiva ou de impor uma pena".

¹⁰⁹EUCLIDES DÂMASO SIMÕES E JOSÉ LUÍS F. TRINDADE, "Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem" in <http://sites.google.com/site/julgaronline/> .

Para comprovar a origem lícita do seu património o arguido pode utilizar qualquer meio de prova válido no Processo Penal, nos termos do Art.º nº2 da lei 5/2002, de 11 de Janeiro.

Não conseguindo, este, contrariar a presunção, ao MP também não caberá, nesta fase, qualquer atividade probatória. São duas, a nosso ver, as razões pelas quais não se aplica aqui o princípio *in dubio pro reu* (não se estando por isso a violá-lo): a primeira dessas razões, tem a ver com o fato de o instituto da perda de bens não assumir natureza penal¹¹⁰; já a segunda razão consiste no fato do arguido já ter sido condenado, e por isso não se presumir inocente¹¹¹.

Como sabemos, a ilicitude do património do arguido assenta na presunção de que o património incongruente (do arguido) com os seus rendimentos lícitos, que o MP indicou aquando da liquidação, deriva da atividade criminosa. Assim, não havendo qualquer demonstração da legalidade desse património, por parte do condenado, não impende sobre o MP qualquer obrigação de prova adicional. Isto permitirá que nunca se verifique uma situação de incerteza que possa beneficiar o arguido, quando este não faça prova, pois o tribunal não pode considerar a existência de dúvidas quanto à origem ilícita daquele património, nem quanto à relação daquele com a atividade criminosa.

HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES defendem ainda que é possível obter semelhante juízo se a prova apresentada pelo agente não for suficientemente produtora de certezas. Para estes Autores o condenado terá de fazer prova do contrário não basta que faça surgir dúvidas tal como podemos ver do disposto no Art. 9º nº 3 da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, que exige para que a presunção seja ilidida que se prove¹¹² uma das situações previstas nas alíneas da mesma disposição legal.

A posição de ANNA MARIA MAUGERI¹¹³, acerca da forma como se deve apresentar a prova, é de que quanto mais próximo do centro de poder de uma organização criminosa o agente estiver mais confinante com a certeza deverá ser o juízo de verosimilhança¹¹⁴.

¹¹⁰ Como vimos no Capítulo 1 no seu ponto 3.

¹¹¹ No mesmo sentido HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 231.

¹¹² Dispõe o Art. 9º nº 3 da Lei nº 5/2003 que "A presunção estabelecida no n.º 1 do Art. 7.º é ilidida se se provar...".

¹¹³ ANNA MARIA MAUGERI, *I modelli de sanzioni patrimoniale nel diritto comparato*, p.72 disponível em <http://www.progettoinnocenti.it/dati/2101documenti%20csm.pdf>, consultado a 31-01-2014.

¹¹⁴ "Anche in relazione allo standard della contro-prova si dovrebbe, inoltre, considerare il ruolo svolto dal proprietario nell'organizzazione criminale: tanto più il proprietario è vicino ai centri di potere dell'organizzazione, tanto più convincente deve essere la contro-prova da lui fornita; mentre in relazione ad un mero sostenitore dell'organizzazione ci si accontenterà tendenzialmente della semplice verosimiglianza".

Porém, e tendo respeitosamente em conta os referidos Autores, a nossa posição aproxima-se mais da sentença do Tribunal dos Direitos do Homem no caso Harry Van Offeren contra a Holanda. Nesta decisão¹¹⁵, é afirmado que a intensidade da prova deve ser feita com a intensidade da prova civil, ou seja, recorrendo ao "balanço de probabilidades".

De tudo o que foi dito resulta que não podemos concordar, salvo o devido respeito, com o Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 2010¹¹⁶ quando aceita como prova da licitude do património incongruente o mero fato de os arguidos em questão terem outras fontes de rendimento¹¹⁷ sem que provem a relação dessas com o património incongruente. Ainda que se recorra a um "balanço de probabilidades", muito dificilmente se poderá aceitar a decisão deste tribunal na medida em que não foi provada qualquer relação dos rendimentos com o património incongruente.

Convém, porém, clarificar esta nossa posição. A nosso ver e tendo em conta os casos onde se vai aplicar a figura da perda de bens, na qual funciona uma presunção de ilicitude do património incongruente com os rendimentos lícitos do arguido, aquele terá de fazer uma prova onde se demonstre que determinado bem ou rendimento tem uma certa origem, não sendo nunca suficiente, ainda que numa decisão tomada tendo em conta um "balanço de probabilidades", para ilidir esta presunção a mera menção da existência de outras fontes de rendimentos, que não a atividade criminosa, sem que qualquer relação

¹¹⁵ É aqui defendido que as regras quanto à prova aplicáveis ao procedimento criminal não se aplicam à figura do confisco (referindo-se aqui este tribunal a uma figura que incide apenas sobre os bens resultantes dos crimes pelos quais o arguido foi acusado, sendo que, apenas sobre os bens relacionados com o crime pelo qual for condenado poderá existir um efetivo confisco, aproximando-se esta figura à perda de instrumentos, produtos e vantagens que encontramos no CP Português no seu Art. 109º). Por aquele tribunal é ainda afirmado que num procedimento de confisco a acusação deve estabelecer, antes de mais, que a pessoa condenada obteve benefícios derivados da prática do crime pelo qual foi considerado culpado e/ou outros crimes de natureza similar. Caberá então ao condenado contrapor o afirmado pela acusação provando, nos termos do referido balanço de probabilidade, que os benefícios em questão não foram adquiridos através dos crimes pelos quais haja sido condenado nem por outros de natureza similar.

¹¹⁶ **Acórdão do STJ de 20/01/2010**, nº de processo: 18/06.GAVCT.S1, relator: Oliveira Mendes, consultado em "www.dgsi.pt" a 13/2/2014.

¹¹⁷ "É certo que o Art. 7º, da Lei n.º 5/02, de 11 de Janeiro (alterada pelo Lei n.º 19/08, de 21 de Abril), estabelece uma presunção, aplicável, entre outros, aos crimes de tráfico de estupefacientes, segundo a qual se presume constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, sendo certo que tal presunção tem sido considerada consonante com os princípios e normas constitucionais. No caso vertente, porém, não se verificam os pressupostos integrantes da presunção *juris tantum*.

Com efeito, vindo provado que ambos os arguidos também se dedicavam à venda de perfumes e peças de vestuário em feiras e que o agregado familiar do arguido AA é beneficiário do rendimento social de inserção há vários anos, não se poderá concluir, sem mais, que as importâncias em dinheiro apreendidas, face ao seu concreto valor, não provenham daquelas fontes de rendimento, tanto mais que na dúvida o tribunal está obrigado, face ao princípio *in dubio pro reo*, a proceder à valoração da prova em favor do arguido".

com esses bens seja estabelecida. Defendemos que haja uma demonstração do trajeto do património considerado incongruente aquando da liquidação pelo MP e que a mesma seja plausível tendo em conta um "balanço de probabilidades", tendo em conta as regras da prova no processo civil.

Estamos assim, no Art. 7º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, perante uma presunção com natureza *iuris tantum*, pois dependendo da prova apresentada pelo arguido, nem sempre todo o valor do património abrangido pela presunção (o qual corresponderá ao valor patrimonial pertencente ao arguido, liquidado pelo MP como incongruente com os rendimentos lícitos daquele) será contemplado numa declaração de perda a favor do Estado nos termos do Art. 9º, nº3 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro.

2.1-Os meios para ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente

Através do Art. 9º nº3¹¹⁸, o legislador deixou claro que é ao arguido que compete provar a origem lícita de cada um dos seus bens que constitui o património incongruente, sendo tidos em conta individualmente. A base serão sempre os bens identificados pelo MP como incongruentes. O tribunal encontra-se assim especificamente vinculado aos bens elencados por aquele aquando da liquidação, não podendo considerar bens que não tenham sido apontados na mesma.

O elenco do nº3 do Art. 9º é bastante exaustivo, sendo notório que o legislador considerou cada um dos pressupostos da presunção prevista no Art. 7º da Lei 5/2002 e definiu as formas mais efetivas de anular cada um deles. Existe alguma discussão quanto à taxatividade deste nº 3, a qual nos parece não ser muito produtiva, até porque, as hipóteses aí previstas serão suficientes tendo em conta os pressupostos que têm de ser ilididos (Art. 7º da Lei 5/2002).¹¹⁹

¹¹⁸ Art. 9º nº 3 da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro - "A presunção estabelecida no n.º 1 do Art. 7.º é ilidida se se provar que os bens:

a) Resultam de rendimentos de actividade lícita;

b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;

c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior".

¹¹⁹ No mesmo sentido HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...) ob. cit.* p. 233.

Passemos então a analisar cada uma destas "armas", colocadas, pelo legislador, à disposição do arguido, para que este possa ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente com os seus rendimentos lícitos.

Quanto à prova prevista na alínea a), que dispõe que o arguido ilidirá a presunção se fizer prova de que os bens "resultam de rendimentos de atividade lícita", abrange tanto os bens que diretamente sejam produto da atividade lícita (retribuição em dinheiro ou espécie por atividade laboral lícita) do condenado como também aqueles que foram com esses valores adquiridos.

Tal disposição, parece-nos ser demonstrativa de que não será necessário que o arguido prove que a atividade foi por si exercida, podendo esta ter sido exercida por um terceiro. Para que tal prova seja efetuada, o arguido terá de demonstrar o percurso que os rendimentos efetuaram até chegar à sua esfera jurídica e integrarem o seu património.

O que há a provar é, essencialmente, que os bens não provêm de uma atividade criminosa, conforme a presunção legal do Art. 7º poderá levar a crer. Assim, uma situação de ilicitude administrativa ou tributária que se relacione com o facto gerador de rendimento, só leva a que haja confisco desses bens se, tendo o arguido ocultado os bens, essa ocultação seja em si a prática de uma infração criminal. Se não for o caso, bastará, para que isso não aconteça, que ele prove que, embora não tenha integrado aqueles bens no seu património tributário, estes resultam de atividade lícita¹²⁰.

Assim, ao abrigo da alínea a) (do Art. 9º nº 3 da Lei 5/2002) será necessário que se provem os seguintes factos para haver uma afastamento da presunção: a existência de uma atividade lícita; a comprovação de que essa atividade foi geradora de rendimentos; e a comprovação de que o bem foi integralmente adquirido com esses rendimentos.

JORGE A. F. GODINHO¹²¹ diz o seguinte: " A justificação deverá tornar inteligíveis os fluxos económico-financeiros na origem das aquisições em causa". Assim sendo, podemos afirmar que, para que se prove que o bem foi totalmente adquirido com rendimentos de origem lícita, ter-se-á de clarificar, de forma precisa, qual a "trajetória" percorrida pelo valor monetário: desde que foi recebido, em virtude de determinada e provada atividade lícita (do próprio arguido ou de terceiro) até que, sendo o caso, esta *pecunia* haja sido utilizada na aquisição de certo bem. Não sendo preciso provar cada transação, tem porém de resultar claro, que determinado movimento patrimonial faz

¹²⁰ Neste sentido HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos* (...) ob. cit. p. 234.

¹²¹ JORGE A. F. GODINHO, "Brandos Costumes(...)" ob. cit p. 1343.

sentido. Não terá, portanto, qualquer importância a evidência pelo arguido apresentada, que não seja capaz de provar que a totalidade do valor do bem foi paga com rendimentos originários de atividade lícita, nos termos descritos. Isto, a menos que, o bem seja divisível. Entendemos¹²² que nestes casos apenas a parte da qual não foi feita prova da sua licitude é que se considera perdida.

Através da alínea b) o arguido pode provar que os bens estavam na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da sua constituição como arguido. Este é um juízo objetivo, aqui basta a prova documental (extratos bancários, registos, declarações fiscais), da entrada do património num momento anterior aos cinco anos em questão.

Como já vimos, do património do arguido fazem parte todos os bens sobre os quais ele tenha o domínio e o benefício, para além daqueles dos quais tem a titularidade. Dos bens sobre os quais detenha domínio e benefício sem titularidade ser-lhe-á difícil fazer a prova necessária, pois é-lhe exigido que os bens estejam na sua titularidade e que estejam há mais de cinco anos. Assim, este terá de provar que exercia o domínio e benefício há pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido.

O arguido poderá também provar que adquiriu os bens com os rendimentos referidos na alínea b) através da alínea c), de forma a ilidir a presunção. Para tal, o arguido terá de provar que tinha rendimentos e que esses rendimentos foram obtidos antes dos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido, e que os bens foram obtidos com esses rendimentos. Terá de demonstrar todo um percurso, o que torna a prova desta alínea a mais exigente e mais complicada.

Acrescenta o n.º 4: "Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação." Logo não se verifica qualquer alteração no Processo Penal, pois o legislador teve o cuidado de fazer com que a indicação de prova para os efeitos previstos coincidissem com o momento tipicamente destinado à apresentação de defesa no Processo Penal¹²³.

Há ainda que ter em conta, nos termos do Art. 9.º, n.º5 da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que o arguido terá de fazer a prova no momento em que apresentar a defesa para os efeitos previstos nos números 1 a 3 da mesma norma.

¹²² Tal como HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 235.

¹²³ Neste sentido HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de Activos (...)* ob. cit. p. 237.

Verifica-se, porém, uma especificidade quanto ao momento de apresentação da defesa relativamente ao regime regra do CP no Art. 8º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, onde se estabelece que: "Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efetuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos."

De extrema relevância será sempre fazer a distinção entre o aferir da factualidade que fundamenta a responsabilidade penal do agente e a prova produzida pelo arguido para derrogar a presunção de ilicitude que incide sobre o património incongruente com os seus rendimentos lícitos. Assim, teria sentido que o tribunal organizasse de forma separada e autónoma a produção de prova quanto à demonstração destas realidades em audiência de julgamento¹²⁴.

2.2- A inversão do ónus da prova e o princípio da presunção de inocência

No Art. 32º, nº 2 da CRP encontramos o princípio da presunção de inocência, dispondo este Art. que "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação..."¹²⁵. Violará, então, a perda de bens a favor do estado este princípio ao atribuir o ónus da prova ao arguido? Será esta a questão, a que nos propomos responder em seguida.

No parecer¹²⁶ pedido a FARIA COSTA pela Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, em 1998, quanto à admissibilidade da utilização da inversão do ónus da prova como forma de combate ao tráfico de droga, e, mais especificamente, no combate ao branqueamento de capitais que daí derivassem, tal utilização foi rejeitada com diversas justificações, sendo a principal o fato de violar o princípio da presunção de inocência¹²⁷, pois cabe ao MP carrear a prova para o processo, não tendo o arguido qualquer obrigação de o fazer e não podendo ser condenado se tal não for provado.

¹²⁴ Neste sentido JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 155.

¹²⁵ Podemos encontrar este mesmo princípio na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu Art. 6º nº 2 onde podemos ler que " Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

¹²⁶ Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de luta contra a droga, Outubro de 1998 que se pode consultar em : http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/48/ENcomissao.pdf , p. 87 e 88.

¹²⁷ "..., quanto à possibilidade de inversão do ónus da prova no que diz respeito à proveniência dos bens objecto de branqueamento, começámos por sublinhar que, da convergência do princípio da investigação com a presunção de inocência, resulta a inexistência de uma repartição do ónus probatório no

Ainda assim, esta Comissão deu a entender que poderia haver uma possibilidade de integrar esta solução no nosso ordenamento jurídico, sem que se violassem "princípios estruturantes", nomeadamente o princípio da presunção de inocência, na medida em que outros países também o conseguiram fazer¹²⁸.

A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu, já por diversas vezes, que a utilização da inversão do ónus da prova em figuras semelhantes à perda de bens, existentes noutros ordenamentos jurídicos, não são violadoras do princípio da presunção de inocência.

Vejam os Acórdãos do TEDH *Phillips vs. The United Kingdom*¹²⁹. Neste acórdão o arguido recorre ao TEDH porque, entre outras razões, considera que o montante que a ordem de confisco¹³⁰ abrange viola o princípio da presunção de inocência previsto Art. 6 § 2da Convenção Europeia dos Direitos, na medida em que abrange o valor de bens que

Processo Penal; qualquer situação de dúvida insanável quanto a uma questão de facto terá, pois, de ser resolvida em sentido favorável ao arguido (in dubio pro reo). Assim, não podendo falar-se em auto-responsabilidade probatória das «partes» quanto aos factos que lhes aproveitam, muito menos se poderá considerar a possibilidade de uma inversão do ónus da prova. Sob pena de, fazendo recair sobre o arguido o ónus da prova da proveniência lícita dos bens, estarmos a contrariar o princípio constitucional da presunção de inocência. Uma outra hipótese residiria em considerarmos a questão da origem do património uma questão prejudicial não penal, que poderia ser conhecida pelo tribunal competente em razão da matéria, de acordo com as regras aplicáveis nesse ramo do direito. No entanto, de acordo com o Art. 23º do DL nº 15/93, de 22.01, a proveniência dos bens só será considerada ilícita se resultar de um crime de tráfico. Pelo que, para além de não estarmos perante uma questão de natureza não penal, qualquer decisão obtida no processo cível será inútil e, logo, dilatória, já que o preenchimento do tipo de branqueamento não prescinde da prova do tráfico.

O que nos permite concluir que, não podendo o Estado passar por cima de princípios tão estruturantes como a presunção de inocência, com as consequências que dela decorrem, a eficácia do combate à criminalidade grave terá, pelo menos quanto a este específico problema, de radicar no envolvimento de outras instâncias, nomeadamente sociais, culturais e económicas".

¹²⁸No Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de luta contra a droga podemos ler que "Presentemente, alguns países elaboraram sistemas que preveem facilidades de prova, graças à introdução de certas presunções, indo por vezes até à inversão do ónus da prova. Trata-se de uma tendência em curso e que terá um efeito importante, desde que o direito nacional consiga estabelecer uma diferença precisa entre o procedimento tendente a estabelecer a culpabilidade ou a inocência de uma pessoa (no quadro do qual deve persistir o respeito rigoroso da presunção de inocência e do princípio in dubio pro reo) e, por outro lado, o procedimento especial tendente explicitamente a estabelecer se a origem de um bem é lícita ou ilícita. Encontrando-se a Autoridade judiciária penal em face de dois procedimentos de finalidade e natureza totalmente distintos, um *ad personam* e o segundo *ad rem*, poderá distanciar-se, neste segundo, do princípio in dubio pro reo".

¹²⁹ Consultado no dia 20/11/2013 em "www.coe.int".

¹³⁰ O *Drug Trafficking Act* de 1994 prevê, na sua segunda secção, que o Crown Court deverá proceder a uma ordem de confisco quando entenda que o réu, recebeu, em algum momento qualquer pagamento ou recompensa resultante do tráfico de droga. A determinação do valor é feita, tal como na perda de bens a favor do Estado (objeto do nosso estudo), com base numa presunção. Assim, presume-se que qualquer património que o arguido detenha desde a sua condenação e nos seis anos anteriores ao início do procedimento criminal será resultante do tráfico de droga nos termos da secção 4 (2) do *Drug Trafficking Act de 1994* (*For the purposes of this Act, a person has benefited from drug trafficking if he has at any time (whether before or after the commencement of this Act) received any payment or other reward in connection with drug trafficking carried on by him or another person*). Assim caberá ao arguido provar que esse património não tem como origem esse tipo de atividade.

não resultam do crime pelo qual foi condenado, comportando por isso, para ele, esse excedente, uma nova acusação. Para o recorrente essa acusação acaba por proceder em função de uma presunção de ilicitude dos bens que a esse valor (excedentário) correspondem, esta presunção acaba por resultar numa inversão do ónus da prova, ficando o mesmo (o ónus da prova de que aqueles bens não resultam de um crime de tráfico de droga) a cargo do arguido. O TEDH decidiu que não existe uma violação do princípio da presunção de inocência presente no Art. 6 § 2 da CEDH¹³¹ na medida em que a presunção de ilicitude dos bens do arguido, que leva a uma inversão do ónus da prova, não comporta uma nova acusação por infração nos termos daquela disposição. O TEDH considera que existem três critérios a ter em conta para que se possa determinar se estamos ou não perante uma nova acusação por infração- a classificação dos procedimentos à luz do direito interno do país em questão, a sua natureza e o tipo e medida da sanção.

Quanto ao primeiro critério, tendo em conta o caso concreto (assim como a forma como a figura é aplicada em Inglaterra), concluiu, este Tribunal, que as ordens de confisco fazem parte do processo de sentença, surgindo posteriormente à condenação do arguido pelos crimes de que foi acusado. Já quanto ao segundo e terceiros critérios, o TEDH considerou estarmos perante uma pena e que o montante não era suficiente para se considerar que estamos perante uma nova acusação. Aquele tribunal concluiu que o direito a ser presumido inocente ao abrigo do Art. 6 § 2 da CEDH relaciona-se apenas com o crime pelo qual se é especificamente acusado. Assim, provando-se que o arguido é culpado daquele crime, o Art. 6 § 2 da CEDH não poderá ser aplicado relativamente a alegações acerca do carácter e conduta do acusado enquanto parte do processo de sentença, a menos que essas acusações sejam de tal natureza e medida que constituam, por si só, uma nova acusação, o que, neste caso em específico, não acontece.

No caso recorrido, o Crown Court entendeu que o arguido havia usufruído de proventos do tráfico de droga (apesar de o propósito do procedimento de confisco não ser a acusação do arguido por qualquer outro crime de tráfico), mesmo que tal não se possa verificar através do seu registo criminal. Nestes termos, não se pode dizer que ele esteja a ser acusado de um outro crime, "em vez disso o propósito do procedimento (de confisco) ao abrigo do *Drug Trafficking Act* de 1994 é o de permitir ao *national court* que descubra

¹³¹ *In conclusion, therefore, the Court holds that article 6§2 of the Convention was not applicable to the confiscation proceedings brought against the applicant.*

o montante a fixar na ordem de confisco"¹³². O TEDH entendeu (tal como o *Crown Court*) que este procedimento seria análogo à determinação, por um tribunal, do montante de uma multa ou da duração de uma pena de prisão a ser imposta a um condenado¹³³.

Ao contrário do entendido neste caso e quanto a esta figura, a nossa posição é a de que a perda de bens, nos termos da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, é uma figura administrativa, como vimos supra¹³⁴, daí entendermos, também, se bem que por uma razão diferente, que não estamos perante uma nova acusação.

Na jurisprudência nacional nunca se levantou especificamente o problema da perda de bens violar diretamente o princípio da presunção de inocência. Esta figura foi, porém, utilizada em diversos acórdãos¹³⁵. Inclusivamente, o TC já se pronunciou no sentido da constitucionalidade da perda de bens a favor do estado no Acórdão 294/2008, onde podemos ler que: "Estando em causa a investigação, entre outros, de um crime de branqueamento de capitais, tem aplicação o disposto na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra de segredo profissional e perda de bens a favor do Estado relativo a esse tipo de ilícitos (Art. 1.º). Tem especial relevo, a presunção — estabelecida no Art. 7.º —, de que constitui vantagem criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, para efeito de perda de bens a favor do Estado, em caso de condenação pela prática de qualquer dos crimes mencionados no Art. 1.º"

¹³² Acórdão do TEDH Phillips vs. The United Kingdom consultado em "www.coe.int" em 20/11/2013.

¹³³ O TEDH vai em sentido semelhante a este quando no Acórdão Harry Van Offeren vs Holanda afirma que: "*the Court is of the opinion that the confiscation order procedure must therefore be regarded as analogous to the determination by a court of the amount of a fine or the length of a period of imprisonment to be imposed on a person properly convicted of one or more drug offences and did not involve the bringing of any new "charge" within the meaning of Article 6 § 2 of the Convention*".

¹³⁴ No capítulo 1 no seu ponto 3.

¹³⁵ Como exemplo podemos encontrar o acórdão do Tribunal da **Relação do Porto de 03/12/2012** (n.º de processo: 109/08.2TAETR.P1, relator: Pedro Vaz Pato, consultado em "www.dgsi.pt" a 18/11/2013) que diz "Das disposições conjugadas dos Arts. 1.º, n.º 1, e) e 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (na redação dada Lei n.º 19/2008, de 21 de abril) resulta que em caso de condenação pela prática de crime de corrupção, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Nos termos do n.º 2 do referido Art. 7.º, é entendido como património do arguido, o conjunto de bens que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente (alínea a)); transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido (alínea b)); e recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino (alínea c)). Nos termos do n.º 3 do Art. 9.º da mesma Lei, a presunção em causa é ilidida se se provar que os bens resultam de rendimento de actividade lícita (alínea a)); estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido (alínea b)); e foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior (alínea c))".

Também no STJ encontramos decisões favoráveis à aplicação e constitucionalidade da figura. No Acórdão de 12/11/2008¹³⁶ podemos ler o seguinte: "Tal presunção legal de ilicitude na proveniência nada tem de inaceitavelmente agressivo aos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que, em primeiro lugar, opera apenas no âmbito de crimes de catálogo (os mencionados no seu Art. 1.º); depois, porque a presunção, base do confisco, supõe a prévia condenação por um daqueles crimes; por outro lado, ela é direcionável, apenas, ao seu produto, às vantagens dele derivadas, assente num propósito de prevenção da criminalidade em globo, ligado ao velho aforismo de que o crime não compensa, de reafirmar tanto sobre o agente do facto típico (prevenção especial individual) como sobre a sociedade em geral, com reflexo ao nível do reforço da vigência da norma (prevenção geral positiva ou de integração); por fim, e não menos essencial, o arguido pode arredar a presunção, demonstrando, no exercício do seu pleno direito de contraditório, a proveniência lícita dos bens ou vantagens supostamente liquidados pelo MP com o rótulo de ilícitos".¹³⁷

Do acima exposto podemos concluir que a perda de bens a favor do Estado, à luz da nossa Jurisprudência, não só não viola o princípio da presunção de inocência como também é utilizada pelos nossos tribunais quando aplicável, se bem que nem sempre da melhor forma¹³⁸

¹³⁶ **Acórdão do STJ 12/11/2008**, nº de processo: 08P3180, relator: Armindo Monteiro, consultado em "www.dgsi.pt" a 25/11/2013.

¹³⁷ Ver também, a título de exemplo, o **Acórdão de 24/10/2006**, nº de processo: 06P3163, relator: Santos Carvalho, consultado em "www.dgsi.pt" a 13-02-20014.

¹³⁸ Como é o caso do suprarreferido (no Capítulo 3 no seu ponto 2) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2010.

Conclusão

Ao longo do presente estudo foram diversas as conclusões retiradas, e não foi de ânimo leve que às mesmas conseguimos chegar, na medida em que, grande parte dessas questões estão envoltas em grandes controvérsias, não só doutrinárias como também jurisprudenciais.

Passemos então a aferir a que conclusões chegámos.

Afirmámos a igual utilidade da denominação perda de bens ou confisco aplicada à figura presentemente objeto do nosso estudo. Atribuímos-lhe uma natureza administrativa, rejeitando liminarmente a sua natureza penal e não pondo completamente de parte a possibilidade de se considerar uma figura de natureza civil.

Definimos os pressupostos necessários para a aplicação desta figura. Sendo o primeiro a condenação pela prática de um crime previsto no Art. 1º nº 1 da lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, tendo-se incluído no crime de corrupção o recebimento indevido de vantagem e rejeitado a inclusão do crime de enriquecimento ilícito. Em segundo lugar, definimos como pressuposto essencial o trânsito em julgado dessa sentença de condenação. No nosso entendimento será de extrema importância a existência de uma atividade criminosa anterior enquanto pressuposto de aplicação da figura da perda de bens, sendo que a mesma deve ser aferida segundo um mero juízo de probabilidade. Para a aplicação da figura, o MP deverá definir qual o património total do arguido de forma detalhada, sendo a existência de património um dos pressupostos. E como último pressuposto temos a incongruência do património do arguido com os seus rendimentos lícitos, sendo que entendemos que caberá ao MP indicar detalhadamente qual o valor dos seus rendimentos lícitos, e tendo já indicado o património total do arguido, calcular a diferença entre um e outro chegando ao valor da incongruência patrimonial.

Quando, já no terceiro capítulo falamos da presunção de ilicitude do património incongruente, à qual atribuimos natureza *iuris tantum*, concluímos que esta é uma verdadeira presunção, a qual dispensa a (quase-impossível) prova da origem ilícita de determinado bens provenientes de atividade criminosa. Defendemos, também, que a atividade criminosa anterior não deve ser suposta, mas sim provada (ainda que com base num juízo de mera probabilidade), devendo a presunção ser estabelecida apenas quanto à origem do património incongruente, não existindo qualquer presunção no que diz respeito à existência de atividade criminosa. Dizemos, ainda, que não existe aqui, qualquer

desresponsabilização do MP, na medida em que este terá de demonstrar cada um dos cinco pressupostos para a aplicação da figura da perda de bens.

Já no que diz respeito à inversão do ónus da prova, tendo em conta alguma da jurisprudência nacional e do TEDH, chegámos à conclusão que este não viola o princípio da presunção de inocência (nem o princípio *in dubio pro reu*, nem o princípio da investigação), na medida em que o mesmo não é aplicável na figura da perda de bens, seja porque não assume natureza penal, seja porque o arguido não se presume inocente pois já foi condenado.

Definimos ainda como bastantes para ilidir a presunção de ilicitude os meios previstos no Art. 9º, nº 3 da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro, na medida em que são as únicas formas de contrariar a presunção.

Posto isto cabe-nos concluir defendendo que o procedimento da perda de bens, não só deve correr em separado da causa que julga o crime pelo qual o arguido tem de ser condenado para a aplicação da mesma¹³⁹, como também deve começar apenas após a condenação (e talvez até apenas após o trânsito em julgado). Isto porque está, ao arguido, a ser retirada a oportunidade de defesa, na medida em que o apresentado por aquele para a sua defesa quanto ao crime poderá não ser coincidente com a prova que este fizer para ilidir a presunção de ilicitude do património incongruente com os seus rendimentos lícitos (não sendo esta uma prova nos termos do direito penal), sendo que ambas se podem prejudicar mutuamente. Isto é, a prova que o arguido apresentar para a sua defesa pelo processo crime pode revelar informações que não sejam tão vantajosas para o arguido tendo em conta que a presunção tem de ser ilidida; ou querendo o arguido confessar o crime em certa medida e apenas até certo ponto, tal confissão poderá ser prejudicial para contrariar a presunção de ilicitude do património incongruente. Também pode acontecer o contrário: por alguma razão, ao tentar ilidir a presunção o arguido poderá apresentar prova que contribua para a sua condenação no Processo Penal.

¹³⁹ Neste sentido JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, "Perda de bens (...)" ob. cit. p. 155.

Bibliografia

1. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal, à Luz da Constituição da República e da CEDH*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, 4ª edição.
2. BRAVO, Jorge dos Reis, "Criminalidade Contemporânea e discurso de legalidade" *in Revista Polícia e Justiça*, Julho-Dezembro de 2006, III série, nº 8, Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, p. 73 a 147.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2008, 7.ª Edição - 5.ª Reimpressão.
4. 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")" *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 2 (Abr-Jun 2011) Lisboa : Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011.
5. CAEIRO, Pedro, "Comentário Conimbricense do Código Penal", Tomo II, Coordenador Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 504 a 510.
6. COMISSÃO PARA A ESTRATÉGIA NACIONAL DE LUTA CONTRA A DROGA, *Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de luta contra a droga*, Outubro de 1998 disponível em : http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/48/ENcomissao.pdf.
7. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à Perda alargada* Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012.
8. COSTA, A. M. Almeida, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, p. 654 a 676.

9. CUNHA, José M. Damião da, "Perda de bens a favor do Estado" in *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra Editora, 2004.
10. DIAS, Augusto Silva, "Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito" in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coordenação Científica: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2011.
11. DIAS, Maria do Carmo Silva, "Comentário da lei nº 34/87, de 16 de Julho", in *Comentário das Leis Penais Extravagantes Vol. 1*, Organizadores: Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, 2010 p. 775- 786.
12. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "O Processo Penal português problemas e perspectivas" in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 805 a 819.
13. GARRIDO, Clara "Illicit enrichment: theory and practice in Colombia" in *Stolen Asset Recovery - A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, p. 189 a 192, disponível em http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web_ressources/IBRDWB_Guidassetrecovery.pdf, consultado a 10-12-2013.
14. GODINHO, Jorge A. F., "Brandos Costumes? O Confisco Penal com base na inversão do ónus da prova" in *"Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias"*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1313 a 1363.
15. LAMAS, Ricardo Costa Correia "O recebimento indevido de vantagem- Análise substantiva e perspectiva processual" in *Revista do MP* nº 126 Abril/Junho 2011, p. 65 a 154.
16. KAUFMAN, Daniel "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción", *Finanzas e Desarrollo*, Setembro, 2005.
17. LOPES, José Mouraz, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra, Almedina, 2011

18. MAUGERI, Anna Maria, *I modelli de sanzioni patrimoniale nel diritto comparato* in <http://www.progettoinnocenti.it/dati/2101documenti%20csm.pdf>, consultado a 31/01/2014.
19. PEREIRA, Júlio, "*O crime de riqueza injustificada e as garantias do Processo Penal*" disponível em: <http://www.ccac.org.mo/pt/publication/download/article/a1009.pdf>, consultado a 22-01-2014.
20. RODRIGUES, Carlos A. Reis E RODRIGUES, Hélio Rigor, "*Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira- Viagem pelas Idiossincracias de um Regime de Perda de Bens em Expansão*", Sindicato dos Magistrados do MP, Lisboa, 2012.
21. RODRIGUES, Hélio Rigor, " Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes (Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis)" in *Revista do MP*, nº 134, Abril a Junho, 2013, p. 189 a 244.
22. SIMÕES, Euclides Dâmaso E TRINDADE, José Luís F., "Recuperação de Activos: da Perda alargada à Actio in Rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)" in "Julgar Online 2009" disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/a-julgar-online/Autores/descriptores/direito-penal-geral>.
23. VARELA, Antunes, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, 2ª edição.

Jurisprudência

1. **Acórdão da Relação do Porto de 03/12/2012**, nº de processo: 109/08.2TAETR.P1, relator: Pedro Vaz Pato, consultado em "www.dgsi.pt" a 18/11/2013.
2. **Acórdão do STJ de 20/01/2010**, nº de processo: 18/06.GAVCT.S1, relator: Oliveira Mendes, consultado em "www.dgsi.pt" a 13/2/2014.
3. **Acórdão do STJ 12/11/2008**, nº de processo: 08P3180, relator: Armindo Monteiro, consultado em "www.dgsi.pt" a 25/11/2013.
4. **Acórdão do STJ de 24/10/2006**, nº de processo: 06P3163, relator: Santos Carvalho, consultado em "www.dgsi.pt" a 13-02-20014.
5. **Acórdão do TC nº 179/2012**, consultado em "www.dgsi.pt" a 25-11-2013.
6. **Acórdão do TC 294/2008**, consultado em "www.dgsi.pt" a 25-11-2013.
7. **Acórdão do TEDH *Phillips vs. The United Kingdom***, consultado em "www.coe.int" a 20/11/2013.
8. **Acórdão do TEDH *Harry Van Offeren vs Holanda***, consultado em "www.coe.int", a 20/11/2013.