



Joana da Silva Pereira

O CONFISCO: A BEM DA JUSTIÇA OU LUCRO DO ESTADO?

O panorama Europeu e a posição do TEDH

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra conducente
ao Grau de Mestre na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Janeiro, 2017

• U C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Joana da Silva Pereira

O CONFISCO: A BEM DA JUSTIÇA OU LUCRO DO ESTADO?

THE CONFISCATION: FOR JUSTICE OR STATE PROFIT?

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

Orientador: Professor Doutor António Pedro
Nunes Caeiro

COIMBRA

2017

*Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
pelo conhecimento que me transmitiu ao longo dos anos no meu
percurso académico.*

*Ao meu orientador, Professor Doutor António Pedro Nunes
Caeiro.*

*A Coimbra, e por todas as amizades e experiências que me
proporcionou.*

*Aos meus pais e irmão, por terem contribuído para tornar na
pessoa que sou, e por todo apoio incondicional.*

A todos, serei eternamente grata, e dedico este trabalho.

RESUMO

Nos dias que correm, em que o sistema financeiro se encontra debilitado, é fundamental que os Estados encontrem mecanismos de combate ao crime, bem como, que os mesmos sejam capazes de recuperar a riqueza resultante da prática de tais crimes.

A reação penal dos Estados têm-se centrado na aplicação de sanções aos arguidos, deixando de lado os lucros.

A nível internacional tem sido proposto o Confisco, como um mecanismo imprescindível, preterindo a sua proibição, procurando por sua vez, um maior Confisco, admissível no quadro de um Estado de Direito.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se pronunciou, várias vezes, pela conformidade dos mecanismos de Confisco.

Face a esta constatação, a presente dissertação tem como objectivo conhecer da possibilidade de Confisco, bem como a sua distinção em relação ao enriquecimento ilícito/injustificado. Tendo como por base a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na condenação dos Estados, ou não, em matéria de Confisco.

PALAVRAS-CHAVE:

- **Confisco**
- **Perda a Favor do Estado**
- **Enriquecimento Ilícito/Injustificado**
- **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

ABSTRACT

At the present times, in which the financial system is quite damaged and weak it is essential that the states find out mechanisms to fight against crime, as well as that the same might be able to recover the resulting wealthy that comes from such crime practises.

States criminal reaction has been focused in the defendant's sanctions application leaving aside the profits.

At international level confiscation has been purposed as an indispensable mechanism, neglecting its prohibition, and, once more looking for a more appropriate confiscation in the frame of the State of Law.

The European Court of Man's Rights has already pronounced, several times, about the conformity of confiscation mechanisms.

Assuming this confirmation, the present essay has as main purpose to know distinction related to unjustified/illicit enrichment. Having as basis the European Court of Man's Rights conviction, or not in what confiscation is concerned.

KEY WORDS:

- **Confiscation**
- **Loss in favour of the State**
- **Unjustified/Illegal Enrichment**
- **European Court of Man's Right**

ABREVIATURAS

- Ac. - Acórdão
- Art. – Artigo
- Arts. - Artigos
- c. - contra
- Cf. – Confrontar/Conferir
- DL - Decreto-Lei
- nº – Número.
- p. – página.

SIGLAS

- CP – Código Penal
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- ECHR – European Court of Humans Rights
- TC – Tribunal Constitucional
- TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ÍNDICE

RESUMO.....	1
ABSTRACT.....	2
ABREVIATURAS.....	3
SIGLAS	3
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	9
1. Notas Breves	9
2. A evolução do Confisco no panorama português	11
CAPÍTULO II – CONTEXTUALIZAÇÃO DO MECANISMO	13
1. Perda de bens a favor do Estado ou Confisco – a mesma figura?	13
2. Confisco em Portugal.....	14
I - Perda Clássica	17
II - Perda Alargada.....	17
a) Confisco geral de bens	18
b) O Confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos	18
c) O Confisco de bens suspeitos de origem ilícita	19
d) O Confisco baseado numa <i>actio in rem</i> de índole civil ou administrativa	19
III - Procedimentos civis.....	20
3. O Confisco no panorama Internacional	21
4. A União Europeia e o Confisco	21
CAPÍTULO III – O CONFISCO E O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	25
1. Do Enriquecimento ilícito/injustificado: enquadramento geral	25
2. Da incriminação do Enriquecimento Ilícito	27
3. Propostas legislativas e o Tribunal Constitucional	28

4. O Confisco e o Enriquecimento ilícito.....	33
CAPITULO IV – TEDH: ANÁLISE DE JURISPRUDENCIA E POSIÇÃO	36
1. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	36
I. Itália.....	37
a) Direito Interno	37
b) A posição do TEDH	39
II. Reino Unido	41
a) Direito Interno	41
b) A posição do TEDH	44
III. Geórgia.....	46
a) Direito Interno	46
b) A posição do TEDH	47
2. Análise Global da Posição do TEDH.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53
JURISPRUDÊNCIA	57

INTRODUÇÃO

Confisco, significa “apreender a favor do fisco”, assumindo à partida, uma carga negativa, atribuída em virtude da forma como o Estados governaram ao longo dos anos chacinando as finanças pessoais dos seus contribuintes para satisfação dos seus exclusivos interesses, utilizando a seu favor um abuso de poder sem fim. Não será este o papel do Confisco nos dias de hoje.

Certo será de afirmar que o nosso direito penal se foca essencialmente no arguido, esquecendo todas ligações económicas que podem resultar da prática de um crime.

Numa sociedade comandada por interesses económicos é de substancial importância compreender os mecanismos jurídicos à nossa disposição de modo a recuperar os lucros ilícitos, bem como efetuar uma marcação cerrada à proliferação das economias paralelas, que são um atentado, real e eminente, à sobrevivência do Estado de Direito como o conhecemos.

Para a elaboração da dissertação de mestrado em Ciências Jurídico Forenses, elegemos a temática do Confisco.

Centralizámos o nosso estudo nesta temática, sendo que explorámos as suas características e a importância do seu papel na luta contra a criminalidade crescente. Podemos pensar que este mecanismo do Confisco é uma preocupação que surgiu, no nosso ordenamento recentemente, mas, desde o Direito Romano se verificam marcas deste mecanismo. Faremos uma viagem histórica ao longo dos séculos, conhecendo das diversas posturas tomadas em relação a este mecanismo e a forma como os Estados lidaram com as suas peculiaridades.

Abordaremos os mecanismo de Confisco presentes no nosso Ordenamento, nomeadamente, os presentes no CP e em legislação avulsa. Conhecendo que tipo de natureza estes podem assumir, partindo de mecanismos que prevêm a perda clássica e a perda alargada; sendo que analisando, até, a possibilidade de existência de mecanismos que

assegurem a perda reguladas por instrumentos de natureza não penal, ou seja, a subsistência de mecanismos de natureza administrativa o civil.

A nível Internacional iremos, igualmente, prestar atenção a este instrumento, conhecendo algumas medidas tomadas, nomeadamente a celebração de Convenções entre os Estados de forma a combater a criminalidade crescente.

Salientaremos a importância da União Europeia nesta temática, nomeadamente, pelas suas tentativas constantes de evidenciar o peso destas medidas e os resultados que se poderão atingir. Observando a forma como esta tem procurado a subsistência de um sistema de justiça muito mais veloz e eficiente, e até mesmo globalizante. Iremos também atentar nos documentos legislativos propostos pela União Europeia e a forma como tais medidas podem afetar a forma como vislumbramos os mecanismos de Confisco e a sua aplicabilidade nos diferentes Estados.

Após a exposição das características essenciais do Confisco apreciaremos a sua relação com o instrumento do enriquecimento ilícito/injustificado, conhecendo das questões que se têm levantado, no nosso ordenamento jurídico, relativamente à validade do instituto. E outras questões como a controvérsia criada em torno da nomenclatura: “Ilícito vs. Injustificado”, o bem que o crime pretende proteger. Vamos, também, analisar algumas linhas que permitem visualizar elementos em comum entre as duas figuras.

Ora, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se pronunciou em inúmeras ocasiões, por vezes com posições em sentidos distintos, relativamente à validade de alguns dos mecanismos de Confisco. Os vereditos apresentados pelo TEDH são essenciais para que os Estados efetuem uma análise do seu direito interno. Sendo que importa acompanhar a posição tomada por este órgão de renome, perseguindo os fundamentos que conduzem à tomada de cada decisão, a sua relação com o direito interno dos Estados e as diretivas e preceitos vigentes na Europa.

Analisaremos estados como, Itália, Reino Unido e Geórgia, as suas disposições internas e a sua harmonia com a CEDH, e os direitos fundamentais que a mesma deseja assegurar, pretendemos apurar algumas conclusões relativas à posição do TEDH.

Conscientes dos diversos dilemas que o mecanismo do Confisco pode trazer para o ordenamento jurídico nacional, bem como, para o panorama global, aceitámos o tema, procurando contribuir para o debate científico.

Atualmente torna-se difícil, entre os diversos ramos de Direito, estabelecer um limite material. Visto que se conjectura uma autêntica fusão das diversas áreas do conhecimento, o que explica por isso a dificuldade na caracterização do Confisco e a sua apresentação numa conceção global.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. Notas Breves

O Confisco é um instituto que remonta há muitos séculos, na vida quotidiana das comunidades, onde o direito assumia um papel essencial

A civilização romana, uma das civilizações mais completas e organizadas, na criação do seu ordenamento jurídico, incluiu mecanismos que se assemelhavam ao Confisco. Há época, já existiam mecanismos capazes de proceder à extração de património, efetuando-o ao nível dos sujeitos, ou, até mesmo, do núcleo familiar. Sendo que no início, retrataria uma forma de vingança pessoal, evoluindo, posteriormente, para um mecanismo mais organizado de caráter estadual, onde seria aplicado associado à prática de ilícitos. Com frequência se verificavam abusos, sendo que tal instituto foi transformado num meio de colheita de fundos a favor do Estado.

Apesar de tal descredibilização, o Confisco não desapareceu com o fim do Império Romano.

No decorrer da Idade Média, prosseguiu-se a utilização do Confisco pelos Estados. Sendo muitas vezes aplicado como resultado (e crescendo) a penas mais graves – por exemplo, a pena de morte. O Confisco era tomado, assim, como uma pena acessória para a criminalidade mais grave.¹

“No direito português, a conexão entre o Confisco e a pena de morte – natural ou civil – é erigida em quase-brocardo, (...). O Confisco constitui uma pena que acompanha somente a pena de morte natural e civil.”²

O Confisco só sobrevive com a lei, ou seja, não há Confisco sem lei. A aplicabilidade de mecanismos de Confisco depende de prerrogativa por parte da Coroa.

¹ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 31

² ALVES, Sílvia, *Punir e Humanizar: O Direito Penal Setecentista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014, Lisboa, p.335

Com as Ordenações Portuguesas, assistiu-se ao reconhecimento do Confisco, enquanto instrumento ao dispor do Estado. Sendo que este poderia ser total ou parcial, tendo em conta a natureza do delito.

A legislação estava: “perfeitamente afinada pelo princípio segundo o qual o Confisco é adequado aos delitos da ganância ou cujo móbil é o engrandecimento patrimonial ilícito. O Confisco representa o risco da perda patrimonial destinada a anular e mesmo a superar a vantagem almejada pelo crime. Encontra-se por isso na primeira linha da prevenção no que toca aos delitos económicos. A pena dissuade porque intervém através do mesmo sentimento que mobiliza o criminoso. Faz-se entender porque usa o mesmo vocabulário”³.

Nas Ordenações Afonsinas o Confisco estava previsto para delitos sustentados em traição, alcovitagem, falsificação de selo régio, ou, até, mesmo, enforcamento para fugir à justiça. Estas previam a perda de objetos que de certa forma se encontrassem ligados ao crime praticado.⁴

As Ordenações Manuelinas previam um Confisco total ou parcial dos bens. Frequentemente, se condenava a perda do objeto do crime, por exemplo, armas.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas vieram configurar o Confisco como um direito Real. “O poder real de tomar os bens daqueles que praticavam determinados delitos (...)”⁵.

A época, o Confisco era, frequentemente, denominado: “*pena de perdição*”.⁶

Estando o Confisco ao dispor da política económica Estadual, ele continuava a preencher o papel de dissuasor da prática de crimes políticos que pudessem lesar a coroa.

³ ALVES, Sílvia, *Punir e Humanizar: O Direito Penal Setecentista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014, Lisboa, p.340 e 341

⁴ Cf. ALVES, Sílvia, *Punir e Humanizar: O Direito Penal Setecentista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014, Lisboa, p.337

⁵ ALVES, Sílvia, *Punir e Humanizar: O Direito Penal Setecentista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014, Lisboa, p.338

⁶ ALVES, Sílvia, *Punir e Humanizar: O Direito Penal Setecentista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014, Lisboa, p.338

Com o aparecimento do jusracionalismo iluminista, o caso mudou totalmente de figura. O Confisco tornou-se num instrumento de repulsa, nomeadamente, pela burguesia que pretendia assegurar e salvaguardar o seu património crescente.

“O progressivo antropocentrismo acabou por fazer elevar o direito de propriedade à categoria de “direito natural inalienável, que, enquanto expressão da individualidade humana, só podia ser limitado com base na gravidade do facto e nas suas modalidades, mas não podia ser completamente aniquilado.” A propriedade privada era agora um direito inviolável e sagrado, de que ninguém podia ser privado”.⁷ No século XIX, verificamos que a globalidade dos textos legais e constitucionais proibiam o Confisco.

2. A evolução do Confisco no panorama português

O nosso país não se pôs de parte desta corrente, que hostilizava o Confisco, e que prevalecia no panorama internacional.

“A Constituição de 1822 aboliu o Confisco (artigo 11.º) e a Carta Constitucional (1826) afirmou solenemente que “nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja” (artigo 145º, nº 19).”⁸

Embora tal posição tenha sido tomada, nunca o legislador deixou de prever mecanismos de perda de instrumentos, produtos e vantagens do crime, contudo surgiam associados a tipologias diferentes, como meio de “encobrir” a verdadeira identidade da norma.

“Com efeito, embora tenha sido suprimido pela Lei de 21-30 de janeiro de 1790, o Confisco foi reintroduzido pelo decreto de 10 de março de 1793 e mantido pelo Código Penal de 1810 como pena principal, sendo novamente abolido pela Carta de 1814. (...) O Confisco especial estava excluído dessa proibição, tendo sido consagrado, entre nós, logo

⁷ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 34

⁸ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p.35

no Alvará de 4 de junho de 1825 e mantido no Código Penal de 1852 (artigo 64.º). Mais tarde, no Código Penal de 1886, surgiu como um efeito não penal da condenação, sob a equívoca denominação de perda (...).”

O alegado caráter desumano e impessoal do Confisco não o inviabilizou totalmente, permitindo a sua sobrevivência limitada e disfarçada.”⁹

⁹ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 36

CAPITULO II – CONTEXTUALIZAÇÃO DO MECANISMO

O Confisco, no nosso ordenamento jurídico, encontra-se consagrado, tanto, no CP, como, em inúmera legislação avulsa. Sendo que, à semelhança dos modelos internacionais, prevê três grandes modalidades: “Confisco dos *instrumenta* ou *producta sceleris*, Confisco das vantagens do crime e Confisco alargado”¹⁰.

Este percorreu um caminho controverso, desde as épocas mais remotas; confrontado com críticas severas, bem como, alterações estruturantes, apesar de tal, o Confisco sobrevive e vive com uma notória intensificação da sua aplicação.

Nos dias que correm, com a realidade económica e crise financeira que se sente, já há um par de anos, este mecanismo tem demonstrado uma preocupação fundamental dos Estados, que procuram recuperar ativos.¹¹

1. Perda de bens a favor do Estado ou Confisco – a mesma figura?

Subsiste um debate na doutrina relativamente a que nome a atribuir à figura que nos oferecemos, a examinar - "perda" (expressão utilizada pelo legislador) ou "Confisco".

PEDRO CAEIRO afirma: “as expressões “ perda de bens a favor do Estado” e “Confisco” exprimem adequadamente a mesma noção e podem por isso, ser usadas

¹⁰ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 26

¹¹ “O Projeto Fénix é uma iniciativa meritória, na intenção, no método e no resultado”, em PEDRO CAEIRO, *Sentido E Função Do Instituto Da Perda De Vantagens Relacionadas Com Crime No Confronto Com Outros Meios De Prevenção Da Criminalidade Rediticia (Em Especial, Os Procedimentos De Confisco, In Rem E A Criminalização Do Enriquecimento Ilícito)*, Coimbra Editora, 2011, p.268

Este projeto, coordenado pelo Senhor Procurador-Geral Distrital de Coimbra, Dr. Euclides Dâmaso Simões, procurou intensificar a ação da justiça na recuperação de ativos, em especial, no combate à criminalidade organizada e grave, geradora de incríveis lucros.

indistintamente. Na realidade, a sinonímia das duas expressões tem, vetusta tradição no direto português.”¹²

Por seu lado, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA afiança que a expressão atribuída pelo legislador "perda de bens a favor do Estado", não é adequada¹³, propondo que a denominação correta seja "Confisco". Este considera, em primeiro lugar, que não estamos perante uma sanção, mas sim, perante a execução da mesma; segundo, declara que esta “nada tem ver com a “perda de bens” que no CP sê prevê”¹⁴. Visto o CP, no Art. 111º do CP, a sanção preconizada prevê a existência de uma “direta ligação entre a apreensão e a declaração da perda, existe uma dupla função quanto aos bens apreendidos, eles são meios de prova do facto cometido e devem ser declarados perdidos em direta ligação ao facto ilícito praticado”.¹⁵

Tendo em conta a opinião dos referidos autores e a do legislador, adotaremos a expressão – Confisco.

2. Confisco em Portugal

Em Portugal, o direito penal, reconhece nos artigos 109.º e 110.º do CP, “ a perda de instrumentos ou produtos”¹⁶.

¹² CAEIRO, Pedro, *Sentido E Função Do Instituto Da Perda De Vantagens Relacionadas Com Crime No Confronto Com Outros Meios De Prevenção Da Criminalidade Rediticia (Em Especial, Os Procedimentos De Confisco, In Rem E A Criminalização Do Enriquecimento Ilícito)*, Coimbra Editora, 2011, p.270

¹³ Cf. CUNHA, José M. Damião da, *Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, CEJ, 2002, p.26

¹⁴ CUNHA, José M. Damião da, *Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, CEJ, 2002, p.26

¹⁵ CUNHA, José M. Damião da, *Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, CEJ, 2002, p.26

¹⁶ CAPÍTULO IX - Perda de instrumentos, produtos e vantagens

Artigo 109.º Perda de instrumentos e produtos

1 - São declarados perdidos a favor do Estado os objecto que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.

2 - O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto.

E nos artigos 111.º e 112.º do CP, “a perda de vantagens”¹⁷ do crime.

A perda dos objetos é determinada, unicamente, por necessidade de prevenção.¹⁸ Os instrumentos do crime são objetos que serviram de auxiliares à prática do crime, sendo que não necessita que tenham de ser utilizadas na prática do mesmo. Por consequência, os produtos do crime resultam da prática de uma atividade criminosa.

A perda vai gerar “a transferência da propriedade do objeto para o Estado, no momento do trânsito em julgado da sentença”¹⁹

3 - Se a lei não fixar destino especial aos objectos perdidos nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos ou postos fora do comércio.

Artigo 110.º Objetos pertencentes a terceiro

1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.

2 - Ainda que os objectos pertençam a terceiro, é decretada a perda quando os seus titulares tiverem concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiverem retirado vantagens; ou ainda quando os objectos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo os adquirentes a sua proveniência.

3 - Se os objetos consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual, pertencentes a terceiro de boa-fé, não terá lugar a perda, procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrem o facto ilícito típico. Não sendo isso possível, o tribunal ordena a destruição, havendo lugar à indemnização nos termos da lei civil.

¹⁷ Artigo 111.º Perda de vantagens

1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2 - 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 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transação ou troca com as coisas ou direitos diretamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor.

Artigo 112.º Pagamento diferido ou a prestações e atenuação

1 - Quando a aplicação do artigo anterior vier a traduzir-se, em concreto, no pagamento de uma soma pecuniária, é correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 47.º

2 - Se, atenta a situação sócio-económica da pessoa em causa, a aplicação do n.º 4 do artigo anterior se mostrar injusta ou demasiado severa, pode o tribunal atenuar equitativamente o valor referido naquele preceito

¹⁸ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 4.ª Edição Atualizada, 2011, p.355

¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 4.ª Edição Atualizada, 2011, p.357

Por seu lado, a perda de vantagens engloba “todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime”²⁰. Estão englobados neste conceito de vantagens, o proveito que se possa ter retirado, direta ou indiretamente, com a prática de um crime.

Essencial é, relembrar que estes mecanismos estão dependentes de um limite fundamental – o princípio da proporcionalidade.

Acrescendo a esta divisão, ressalta agora o Confisco alargado (artigos 7º e ss. da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro)²¹.

De acordo com JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, as medidas expostas pela Lei nº 5/2002, a Perda de Bens a Favor do Estado é uma verdadeira sanção prevista para anular as vantagens presumidas de uma atividade criminosa que implica uma regra de inversão do ónus da prova²².

Facilmente se reconhece que nos dias de hoje, os modelos de Confisco baseados na perda clássica já não são suficientes para combater o crime. Assim, os mecanismos de perda alargada vêm demonstrar que “ o Crime pode não compensar.

²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 4.ª Edição Atualizada, 2011, p.361

²¹ Artigo 7.º Perda de bens

1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, 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.

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em 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.

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

²²Cf. CUNHA, José M. Damião da, *Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, CEJ, 2002, p. 8

I - Perda Clássica

JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA defendia que a perda de vantagens constituía uma medida de caráter não penal, análoga a uma medida de segurança²³; por seu lado JORGE DE FIGUEIREDO DIAS acreditava que estaríamos perante uma medida de caráter preventivo²⁴.

Por sua vez, PEDRO CAEIRO, defende que será o mais correto classificar a perda clássica como um *tertium genus*²⁵. Sendo por certo, essencial que ocorra uma proporcionalidade da perda, comum com as exigências de qualquer medida penal.

O mecanismo da perda clássica revela inumeráveis insuficiências, essencialmente pela exigência de uma ligação efetiva entre as vantagens obtidas e o crime, sendo que esta prova muitas é feita com grandes dificuldades.

II - Perda Alargada

Os Estados de forma a prosseguirem a sua “caça ao dinheiro” implementaram instrumentos que podem, ou não, estar dependentes de condenação penal.

A instrumentos de perda clássica, foram acrescentados novos modelos que consistem:

“A perda clássica, acrescem a perda do valor das coisas, direitos ou vantagens adquiridos através do crime, a perda do seu sucedâneo e das vantagens indiretas e, mais recentemente, ainda outros mecanismos mais ou menos engenhosos de perda alargada,

²³CUNHA, José M. Damião da, *Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, CEJ, 2002, p.20

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal Português- Parte Geral II- As consequências jurídicas do crime.*, 2.ª Reimpressão Coimbra Editora, 2009, §1022 e ss.

²⁵ Cf. CAEIRO, Pedro, *Sentido E Função Do Instituto Da Perda De Vantagens Relacionadas Com Crime No Confronto Com Outros Meios De Prevenção Da Criminalidade Rediticia (Em Especial, Os Procedimentos De Confisco, In Rem E A Criminalização Do Enriquecimento Ilícito)*, Coimbra Editora, 2011, p.308

com caráter penal ou, mesmo, administrativo ou civil (v. g. *a actio in rem* ou *a civil forfeiture comuns nos sistemas anglo-saxónicos*).²⁶

De um modo geral, não esquecendo o princípio fundamental do Confisco, podemos reconduzir estes instrumentos a quatro modelos de Confisco: O Confisco geral de bens, o Confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos, o Confisco de bens suspeitos de origem Ilícita, o Confisco baseado numa *actio in rem*.²⁷

a) Confisco geral de bens

A modalidade de Confisco geral de bens é considerado como um dos mais eficazes na luta contra os lucros do crime.

Atenta-se contra os bens, de quem é punido pela prática de crimes graves, não tendo em conta a existência, ou não, de uma ligação entre os bens e o crime praticado.

Estando nós diante de um mecanismo de âmbito penal, não podemos ignorar a necessidade de uma harmonia com o princípio da proporcionalidade.²⁸

b) O Confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos

A questão, nesta modalidade, centra-se, não na origem, mas sim, no proveito que se poderá retirar de tal bem. Ultrapassando assim, a grande dificuldade de comprovar a relação entre o bem a confiscar, e a existência de um crime, sendo que vai desencadear o processo inverso de provar a conexão com o crime que tencionava cometer.

²⁶ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 46

²⁷ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 46

²⁸ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 46 e 47

Abrangendo esta modalidade, uma extensão, muito maior do que as normas clássicas de Confisco. Contudo, pode deste modo entrar em conflito com princípios fundamentais como os da presunção de inocência e proporcionalidade.²⁹

c) O Confisco de bens suspeitos de origem ilícita

Este modelo de Confisco alargado fundamenta-se numa afetação a uma origem ilícita dos bens. Sendo que se prevê a ilicitude da origem, de todo ou parte, do património do condenado, eximindo qualquer prova, da relação dos bens com o crime. Presume-se assim que foram praticados outros crimes pelo confiscado, sendo que destes resulta tal património incoerente com os seus rendimentos lícitos.

Certo será de afirmar, que esta modalidade não é tão eficiente, quanto as anteriormente referidas. Contudo, por sua vez, esta fornece um número muito maior de garantias, nomeadamente, a nível do respeito pelo princípio da proporcionalidade, bem como, do direito de propriedade; só serão confiscados os bens presumivelmente procedentes da prática do crime.³⁰

d) O Confisco baseado numa *actio in rem* de índole civil ou administrativa

Em último lugar, temos um modelo de Confisco muito utilizado nos sistemas de *common law*. Este modelo baseia-se numa *actio in rem* intentada contra o património ilícito, com carácter administrativo ou civil. Abandonamos assim, o direito penal, que se concentra numa determinada pessoa, partindo para um processo dirigido para com uma propriedade que se presume ilícita.

Sendo que, estamos na presença de uma medida de índole civil ou administrativo, as garantias do processo penal deixam de ser aplicáveis. Este modelo pode ser objeto de

²⁹ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 48

³⁰ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 49 e 50

grandes críticas, pois ele poderá se incompatível com o princípio da proporcionalidade. Este instrumento pode acabar por mostrar-se, totalmente, desproporcionado em relação aos objetivos que se propõe a alcançar.³¹

III - Procedimentos civis

Determinados Estados, não acreditam na capacidade das formas processuais de Confisco. Assim, estes buscam reaver as vantagens do crime através de ações civis. Os mecanismos de direito civil, embora não detenham os mesmos procedimentos a nível de investigação e de prova, podem, em certas ocasiões ser uteis, e até mesmo, mais eficazes. Pois, o processo civil não esta sujeito a uma panóplia tão elevada de garantias de defesa como o processo Penal.³²

IV - A autonomização do procedimento patrimonial face ao procedimento penal

Verifica-se, uma tendência, de autonomização entre o procedimento patrimonial e o penal, e, notoriamente, o Confisco tem ganho uma maior independência.

A separação, do Confisco, do processo penal vem permitir que as sanções de cariz patrimoniais sejam mais facilmente aplicadas. Embora possa não existir qualquer condenação penal, é assim possível proceder ao Confisco.³³

³¹ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 49 e 50

³² Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 51 e 52

³³ Cf. CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 53 e 54

3. O Confisco no panorama Internacional

A nível Internacional, os Estados têm aumentado as suas preocupações relativamente à questão em análise, convocando mecanismos tradicionais de Confisco, bem como criando novas soluções mais efetivas no combate aos lucros do crime, de forma a combater a criminalidade grave.

Devemos salientar a importância da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas em Viena, em 1988; e na mesma linha a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, adotada em 15 de novembro de 2000. Ambas prevêem que o autor de um crime deve demonstrar que os bens/lucros do crime possuem uma proveniência lícita (verifica-se uma inversão do ónus da prova). Temos ainda, a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detenção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, que se dedicou à questão, afirmando que os Estados devem adotar as medidas que se revelem necessárias, sendo que tendo sempre em conta o direito interno e os seus princípios. Deste modo, se percebe que o Direito interno dos Estados terá sempre prevalência.³⁴

4. A União Europeia e o Confisco

A União Europeia desde há muito que vê a perda dos produtos do crime³⁵, como um meio bastante eficiente no combate do crime organizado. “Atualmente, menos de 1%

³⁴ Cf. CORREIA, João Conde *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 38

³⁵ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia:

Artigo 2º -Definições Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

1) «Produto», qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis; 2) «Bens», os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados; 3) «Instrumentos», quaisquer bens utilizados ou que se destinem a ser utilizados, seja de que maneira for, no todo ou em parte, para cometer uma ou várias infrações penais; 4) «Perda», a privação definitiva de um bem, decretada por um tribunal relativamente a uma

do produto de crimes como tráfico de drogas, contrafação, tráfico de seres humanos e contrabando de armas de pequeno calibre é objeto de congelamento e de Confisco.”³⁶

Sabendo à partida, que objetivo das organizações criminosas é o lucro; devem existir nos Estados mecanismos capazes de os exterminar. Os dados estatísticos, conhecidos hoje em dia, são reduzidos, mesmo assim, é possível verificar que “os montantes dos produtos do crime recuperados na União afiguram-se insuficientes quando comparados com o valor estimado desses produtos. Os estudos realizados demonstram que, embora regulamentados pelos direitos nacionais e da União, os procedimentos de perda continuam a ser muito pouco utilizados.”³⁷

A União Europeia deve adotar medidas que permitam o mútuo reconhecimento das respetivas decisões judiciais, bem como, uma tutela jurisdicional efetiva, permitindo um sistema de justiça muito mais célere e eficaz, e até mesmo global.

No ano de 2014, foi adotada a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia, que procurou auxiliar os Estados Membros, facilitando o Confisco dos produtos do crime, bem como a luta contra a criminalidade organizada. Esta diretiva veio permitir que os Estados desencadeiem livremente “procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante qualquer tribunal competente”³⁸

Os produtos³⁹ do crime não serão, somente, o proveito decorrente das atividades criminosas, mas também todos os bens que sejam resultado de transformação ou reinvestimento, podendo até ser misturados com bens que foram adquiridos de forma lícita.

infração penal; 5) «Congelamento», a proibição temporária de transferir, destruir, converter, alienar ou movimentar um bem ou de exercer temporariamente a guarda ou o controlo do mesmo; 6) «Infração penal», as infrações de natureza penal abrangidas por qualquer dos atos enumerados no artigo 3º

³⁶http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20140221IPR36627/20140221IPR36627_pt.pdf, p.1

³⁷ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia (4)

³⁸ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia (10)

³⁹ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia,

Artigo 2º - Definições,

1) “Produto”, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos qualificáveis

“O congelamento e a perda previstos na presente diretiva são conceitos autónomos que não deverão impedir os Estados-Membros de executarem a presente diretiva através de meios que, nos termos do direito nacional, seriam considerados sanções ou com outros tipos de medidas.”⁴⁰

Visto os bens serem com frequência resguardados, pelos titulares, para efeito de perda, é impossível dissociar o congelamento da perda. “As medidas de congelamento não prejudicam a possibilidade de certos bens específicos serem considerados provas durante todo o processo, contanto que os mesmos venham a ser disponibilizados para efeitos de execução efetiva da decisão de perda.”⁴¹ Sendo que no decorrer de uma ação penal, poderão ser congelados bens com o objetivo de, caso no futuro, ocorra uma possibilidade de restituição ou de indemnização, resultantes dos danos de uma infração penal.

“Para a perda de instrumentos e de produtos do crime na sequência da decisão definitiva de um tribunal, ou de bens de valor equivalente ao desses instrumentos e produtos, deverá ser aplicada a definição alargada de infrações penais abrangidas pela presente diretiva. A Decisão-Quadro 2001/500/JAI exige que os Estados-Membros possibilitem a perda de instrumentos e de produtos do crime na sequência de uma condenação definitiva, bem como a perda de bens cujo valor corresponda ao desses instrumentos e produtos. Essas obrigações deverão manter-se no que toca às infrações penais não abrangidas pela presente diretiva, e a definição de produtos dela constante deverá ser interpretada do mesmo modo no que respeita às infrações penais não abrangidas pela presente diretiva. Os Estados-Membros são livres de definir a perda de bens de valor equivalente como medida subsidiária ou alternativa à perda direta, consoante adequado nos termos do direito nacional.”⁴²

“Sob reserva de condenação definitiva por uma infração penal, deverá ser possível decidir a perda de instrumentos e de produtos do crime, ou de bens cujo valor corresponda ao desses instrumentos ou produtos, condenação essa que poderá também ser proferida em

⁴⁰ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeiaia (13)

⁴¹ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeiaia (33)

⁴² Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeiaia (14)

processos à revelia. Se não se puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá todavia continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido. Porém, em tais casos de doença ou de fuga, a existência de processos à revelia nos Estados-Membros é suficiente para dar cumprimento a essa obrigação. Se o suspeito ou arguido estiver em fuga, os Estados-Membros deverão tomar todas as medidas razoáveis e poderão exigir que a pessoa em causa seja notificada ou informada do processo de perda.”⁴³

Devemos ter em conta o direito de propriedade, e que não se devem manter em vigor as medidas de confisco, mais tempo do que o necessário, ou medidas de congelamento, de forma a salvaguardar os bens.

Esta diretiva afeta notavelmente direitos fundamentais das pessoas. Deste modo, implica que sejam estabelecidas garantias específicas e vias de recurso nos tribunais. “Isso inclui o direito a ser ouvido que assiste a terceiros que alegam ser proprietários dos bens em causa ou titulares de outros direitos de propriedade (*“direitos reais” ou “ius in re”*), como o direito de usufruto. A decisão de congelamento deverá ser comunicada à pessoa em causa, o mais rapidamente possível, após a sua execução. No entanto, por imperativos da investigação, as autoridades competentes podem adiar a comunicação dessas decisões à pessoa em causa.”⁴⁴

A diretiva reverencia os direitos fundamentais e cumpre os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

⁴³ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia (15)

⁴⁴ Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia (10)

CAPÍTULO III – O CONFISCO E O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Para poder alcançar os objetivos, a que se propõem, a nível de política criminal, e de forma a responder às inúmeras exigências, que subsistem por meio de impulsos externos, o legislador nacional tem utilizado novos mecanismos a fim de os atingir. Temos como exemplo: o enriquecimento ilícito.

A criação deste mecanismo tem como objetivo perpetuar a sentença: “ o crime não compensa”.

1. Do Enriquecimento ilícito/injustificado: enquadramento geral

Este é um tema que tem gerado grande discussão, sendo que a primeira, a ser levantada será a própria designação a dar ao instituto. Devemos designa-lo por enriquecimento ilícito ou injustificado? Uma coisa é certa, não será, enriquecimento sem causa, visto esta ser a expressão utilizada para o instituto de direito civil.

Para se afirmar que houve enriquecimento ilícito/injustificado, temos de previamente averiguar a sua origem, só após a investigação podemos apurar se houve ou não ilicitude no enriquecimento.⁴⁵

Visa-se aqui, com a criação deste instituto, combater o enriquecimento conquistado de uma forma ilegal.

Relativamente ao nome a atribuir ao crime, poderemos dizer defende que o enriquecimento ilícito é constituído por “ ganhos que se provam em juízo resultarem de prática de um crime”, sendo que o enriquecimento injustificado é “composto pelas

⁴⁵ Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva, “ *Enriquecimento Ilícito/Injustificado*” em Julgar nº 28, Janeiro-Abril, 2016, p.282

vantagens cuja proveniência o arguido não explica de todo ou não explica satisfatoriamente
»⁴⁶.

Facilmente conseguimos prever que o surgimento de “fortuna repentina, que seja feita à custa de ganhos ilícitos, que não é declarada fiscalmente, anda associada à prática de crime.”⁴⁷

O artigo 20º da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas⁴⁸, prevê que cada Estado deve tomar as medidas legislativas, sendo sempre sem prejuízo da sua Constituição e princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico. “Quem dispuser de bens desproporcionados ao seu rendimento lícito deverá, assim ser punido criminalmente. Desta forma, transferindo para o arguido o dever de demonstrar a licitude dos bens, pretende-se facilitar a prova e, sobretudo, evita a acumulação de fortunas provenientes da prática de crimes.”⁴⁹

Esta questão, que tem levantado celeuma frequentemente, tem por um lado, os seus adeptos incondicionais, provenientes da vida prática, destacando a importância do instituto como mecanismo necessário na luta contra o crime. Por outro lado, surgem aqueles que desvalorizam o instituto, defendendo que este põe em causa determinados princípios, como o da “presunção da inocência ou do *nemo tenetur se ipsum accusare*, além de que contrárias à CRP”.⁵⁰

“Pela sua importância na luta contra o enriquecimento ilícito, (...) até propõem v.g um maior alargamento da perda de bens sem necessidade de condenação penal (...)”⁵¹

⁴⁶ Cf. DIAS, Augusto Silva, *Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*, in 2º Congresso de Investigação Criminal. - Coimbra, 2010, pág. 32

⁴⁷ DIAS, Maria do Carmo Silva, “ *Enriquecimento Ilícito/Injustificado* ” em Julgar nº 28, Janeiro-Abril, 2016, p.282

⁴⁸ Artigo 20º - Enriquecimento ilícito

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do património de um funcionário público, relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

⁴⁹ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p.43

⁵⁰ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 43

⁵¹ Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva, “ *Enriquecimento Ilícito/Injustificado* ” em Julgar nº 28, Janeiro-Abril, 2016, p.290

2. Da incriminação do Enriquecimento Ilícito

Em Portugal, têm sido apresentadas diversas propostas de forma a criminalizar o enriquecimento ilícito. Sendo que as mesmas se traduzem em 3 modelos básicos: “*crime suspeito*, um *crime de estado*, ou um *crime de falsidade*.”⁵²

- *Crime suspeito*, que implica que o fundamento do ilícito baseia-se em suposições, não provadas, de que um certo crime foi praticado pelo agente e desta forma lhe foi proporcionado um património inconsistente com o rendimento lícito;
- *Crime de estado*, resultante de uma inconsistência entre o património detido pelo agente e os seus rendimentos lícitos;
- *Crime de falsidade*, onde o ilícito deriva de uma alteração ou omissão, em relação ao património do agente e da sua fonte; sendo que era uma obrigação do mesmo, proceder a uma declaração rigorosa de tais factos. Aqui o enriquecimento não é ilícito por ter origem num crime, mas sim por não ter sido devidamente declarado.⁵³

Surge assim, uma questão: pune-se o agente por presuntivos crimes, que são denunciados por um património incongruente? Ou, por sua vez, punimos o agente pela posse de um património proveniente de uma origem ilícita?

Podemos estar perante uma inevitável violação da garantia do 32º, nº2 da CRP, a da presunção da inocência, pois aqui, estamos perante uma punição que não se funda naquilo que o agente fez, mas sim, o que se presume que ele possa ter feito.

Outra questão, que ressalva inevitavelmente, é estarmos a incriminar o enriquecimento ilícito, sem definirmos um bem jurídico determinado, sendo que a sua lesão terá, supostamente, contribuído para o enriquecimento do agente. “A punição do

⁵² CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 297 e 298

⁵³ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 299

enriquecimento "ilícito" assemelhar-se-ia, nesta modalidade, a uma espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido.”⁵⁴

As três modalidades têm inevitavelmente um ponto em comum – o agente detém um património contraditório aos seus rendimentos lícitos e cuja origem não é conhecida.

Deste modo, o instituto foi criado de forma a garantir, que embora, se desconheça a origem do património incongruente, a punição seja na mesma aplicada, bem como, a prova da sua origem lícita exclui a punição. Assim, a prova da origem lícita impõe-se ao arguido, permitindo que este exclua a ilicitude ao provar a origem lícita.

Desta forma, o Estado suporta a existência de que, cada cidadão tem o dever de revelar a proveniência do seu património; embora no alcance de uma total transparência fiscal, estaremos a atentar contra determinados princípios liberais.

Importa frisar, a importância da propriedade privada consagrada no Art. 62º, nº 1, da CRP⁵⁵. Contudo, existem deveres dos sujeitos de declarar a riqueza, por si, detida, sendo um exemplo, “a transparência patrimonial dos titulares de certos cargos públicos, para assim se controlarem incrementos patrimoniais inexplicáveis que podem indiciar a prática de crimes com prejuízo para o interesse público.”⁵⁶

3. Propostas legislativas e o Tribunal Constitucional

Nos últimos anos, têm sido propostas diferentes leis, pelos governos, de forma a criminalizar o chamado - enriquecimento “ilícito”, nomeadamente nos anos de 2012 e 2015 foram apresentadas duas propostas.

⁵⁴ CAEIRO, PEDRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 302

⁵⁵ CRP: Artigo 62º - (Direito de propriedade privada)

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

⁵⁶ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 305

No ano de 2012, foi aprovada uma lei pela Assembleia da República que criminalizava o enriquecimento ilícito⁵⁷, que pressupunha a aquisição de bens de origem desconhecida, sendo que o seu valor é incongruente com o património legítimo do titular; sendo que qualquer cidadão era abrangido por esta medida, acrescendo, que se estivéssemos perante um titular de cargo político ou funcionário, a pena seria agravada. Foi requerida uma fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas presentes em tal medida legislativa ao TC, por parte do Presidente da República, o TC não vacilou em declarar tais normas inconstitucionais.

No ano de 2015, os partidos no poder (PSD/CDS-PP), detentores de uma maioria parlamentar, aprovaram aquilo a que chamam “enriquecimento injustificado”⁵⁸, que

⁵⁷ O DECRETO N.º 37/XII previa o seguinte artigo:

“335.º-A Enriquecimento ilícito

1- Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. 2- Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro. 3- Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada. 4- Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível. 5- Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

⁵⁸ O DECRETO N.º 369/XII formula o artigo:

“Artigo 335.º-A Enriquecimento injustificado

1- Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos. 2- As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades. 3- Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro. 4- Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei. 5- Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 350 salários mínimos mensais a conduta não é punível. 6- Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 500 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

consiste em "adquirir, possuir ou det(er) património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que deram ser declarados".⁵⁹

Novamente o Presidente da República entendeu que devia remeter a questão ao TC, de forma a esta a efetuar uma fiscalização preventiva de constitucionalidade. O TC iria, de certa forma, avaliar se tais modificações introduzidas pela lei de 2015 superavam os motivos que conduziram a que as normas de 2012 fossem inconstitucionais

Do Acórdão nº 179/2012, do TC, resulta o seguinte:

“O Acórdão assenta em duas conclusões fundamentais, abrangendo por igual as três normas incriminadoras sindicadas:

– a impossibilidade de discernir na base da incriminação um bem jurídico com dignidade penal claramente definido (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e a conduta concretamente proibida (artigo 29.º, n.º 1, da CRP);

– a violação do princípio da presunção de inocência do arguido (artigo 32.º, n.º 2, da CRP), decorrente de a estrutura típica das normas conduzir à presunção da origem ilícita da incompatibilidade entre o património e o rendimento.”⁶⁰

Na proposta de 2015, o legislador erradicou o elemento "sem origem lícita determinada", referente aos bens (motivo da declaração de inconstitucionalidade) contrariamente ao constante do projeto lei de 2012, de forma a ultrapassar as falhas que conduziram à declaração de inconstitucionalidade das normas pelo TC. Deste modo, excluir-se-ia a incriminação nos casos em que fosse provada a origem lícita do património.

Contudo, a solução apresentada, pode também ser considerada desapropriada, conduzindo a que seja, também, considerada inválida. Esta assenta num princípio, de que todos os bens que uma pessoa possui licitamente, tem de ser por ela declarados, e por consequência, os bens que não sejam declarados, depreende-se que tenham uma origem

⁵⁹ CAEIRO, Pedro, *“Quem cabritos vende e cabras não tem...”*, em Série Escritos Breves, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho 2015, p. 7

⁶⁰ Acórdão nº 179/2012, do TC, de 19 de Abril

não lícita. Certo será de afirmar, que a realidade não será assim tão clara, seguindo o exemplo fornecido por PEDRO CAEIRO: “suponhamos que A pessoa de elevadas posses, "mantém" o seu / a sua amante B, desempregado(a) e sem bens [ou empregado(a) e remediado(a), pouco importa], "pondo-lhe" casa e carro (registados no nome de A, que sobre eles paga os devidos impostos) e oferecendo-lhe jantares, joias e viagens. B não tem qualquer dever de declarar a fruição / detenção / recebimento destes bens, que não são tributados em imposto de selo nem em IRS, pelo que o padrão dos rendimentos "declarados ou que devam ser declarados" de B, para os efeitos desta incriminação, será, quando muito, o subsídio de desemprego — que não é compatível com a fruição / detenção / recebimento daqueles bens.”⁶¹

A proposta de 2012 previa, assim, que a relação entre A e B, teria de ser exposta, a fim de se provar a licitude da origem dos bens; facto que a proposta de 2015 ignora.

Daqui se ressalva, que a pretensão da proposta legislativa de 2015 “é um dever penal de não adquirir, não possuir nem deter bens incompatíveis com os rendimentos e bens que o agente deles declarar. Proibição que, além de absurda, é manifestamente inconstitucional, pois impõe uma restrição desproporcional e desnecessária ao direito de propriedade e à livre iniciativa privada — sobretudo porque, como veremos já de seguida, não protege bem jurídico algum.”⁶²

Percebemos, que na realidade nesta nova proposta não existe (como em 2012), igualmente, um bem jurídico a ser tutelado.

No mesmo sentido, da proposta anterior entendemos que “a aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos declarados ou que devam ser declarados não ofendem, em si mesmas, bem jurídico algum, pelo que as normas que as punem são, também elas, inconstitucionais.”⁶³

O Acórdão nº 377/2015 vem, de certa forma, persistir na posição tomada pelo Acórdão nº 179/2012.

⁶¹ CAEIRO, Pedro, “*Quem cabritos vende e cabras não tem...*”, em *Série Escritos Breves*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho 2015, p. 9

⁶² CAEIRO, Pedro, “*Quem cabritos vende e cabras não tem...*”, em *Série Escritos Breves*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho 2015, p. 9

⁶³ CAEIRO, Pedro, “*Quem cabritos vende e cabras não tem...*”, em *Série Escritos Breves*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho 2015, p. 10

Assim:

“No que respeita ao problema da indefinição do bem jurídico protegido, entende o requerente que não resulta claro, considerando o recorte feito pelo tipo, qual o bem jurídico protegido pela incriminação, sendo, assim, duvidoso que o tipo penal proteja autónoma e especificamente os bens jurídicos enunciados nos termos referidos (...). Assim, na perspetiva do requerente, o problema da indefinição do bem jurídico protegido, identificado no acórdão n.º 179/2012 (...), não seria resolúvel com a supressão do tipo da expressão «se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal», anteriormente integradora da incriminação do «enriquecimento ilícito», nem tão-pouco com a enunciação expressa dos bens jurídicos protegidos. Em seu entender o bem jurídico protegido pela norma incriminadora, seja ele um ou vários de todos aqueles que vêm elencados no n.º 2 do artigo 335.º-A ou qualquer outro, não tem correspondência na estrutura do tipo.

No que respeita à determinação das condutas concretamente proibidas, entende o requerente que não é, desde logo, claro se a incriminação do «enriquecimento injustificado» incide sequer sobre uma conduta, parecendo antes incidir sobre situações de facto. Ao manter-se a incriminação da aquisição, posse ou detenção de património incompatível com os rendimentos, a construção do tipo continua a não permitir a identificação da ação ou omissão que é proibida, não tendo o legislador logrado ultrapassar o problema previamente identificado relativamente à incriminação do «enriquecimento ilícito» (...).

Por último, e no que respeita ao princípio da presunção de inocência, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, entende o requerente que, não obstante a construção do tipo não pressupor agora, ao contrário do que se verificava relativamente à incriminação do «enriquecimento ilícito» (...), a demonstração positiva da ausência de toda e qualquer causa lícita – na medida em que se eliminou o elemento «sem origem lícita determinada» –, subsiste o problema de a norma incriminadora presumir a origem ilícita da incompatibilidade entre o património e os rendimentos e bens declarados, imputando ao agente um crime de enriquecimento injustificado. Nas palavras do

*requerente (ponto 26.º do requerimento), «[...] resulta que a presunção da prática do crime é inerente ao próprio tipo penal».*⁶⁴

4. O Confisco e o Enriquecimento ilícito

O Confisco surge como medida de combate à criminalidade organizada, sendo que, podemos verificar algumas semelhanças deste instituto, com o crime do enriquecimento ilícito/injustificado. Ressalta aqui, que este crime implica uma inversão do ónus da prova, tal como os mecanismos de Confisco alargado assegurados no Art. 7º da Lei nº 5/2002.

Com a aplicação destas medidas é possível alcançar finalidades múltiplas; nomeadamente, o combate dos lucros provenientes do crime, por um lado, e atacar a base da atividade criminosa, por outro.

A Lei nº 5/2002, veio prever uma modalidade de Confisco alargado, que teve como objetivo inserir no nosso ordenamento, medidas capazes de combater a criminalidade organizada, bem como, as suas consequências no plano financeiro.

Este mecanismo de Confisco alargado possui características essenciais: temos por um lado a sua capacidade de com tal sanção se visa a coibição de atingir vantagens por meio de um atividade criminosa, tendo em conta o património, procedendo à avaliação da sua conformidade com o rendimento lícito do arguido, plasmado no artigo 7º, da lei; e por outro lado, apresenta-nos, num ponto de vista processual, com um reconhecimento de uma inversão do ónus da prova a favor do arguido, artigo 9º.

MARIA DO CARMO SILVA DIAS defende: “Com o efeito, transferir para o arguido o ónus de afastar essa presunção da ilicitude viola o princípio da presunção da inocência, incluindo de não contribuir para a sua condenação. Além de que, ao obrigar a provar a licitude daquele património que a acusação presume incongruente, sob pena de, se não o fizer, funcionar a presunção de culpabilidade, inutilizava, de forma inadmissível, o *in dúbio pro reo*.”

⁶⁴ Acórdão nº 377/2015 do TC

Assim, a construção do tipo legal do “enriquecimento injustificado”, como crime de ação não pode assentar em qualquer presunção de ilicitude⁶⁵

Estes pontos essenciais vão-nos permitir alcançar os sinais de semelhança, entre o mecanismo do enriquecimento “ilícito/injustificado” e o Confisco alargado, mais especificamente “ a perda de bens a favor do Estado”.

Ao tomarmos com atenção esta problemática é possível reconhecer, a existência de mais alguns elementos, que relacionam os dois institutos.

Podemos aperceber-nos que o enriquecimento ilícito/injustificado, pretende de certa forma condenar funcionários públicos, cujo património não corresponda ao rendimento, e para o qual não haja justificação. Além do facto, de o enriquecimento “ilícito/injustificado”, apresentar uma inversão do ónus da prova que tem levantado a questão da constitucionalidade da norma.

Sendo que neste mecanismo, no sentido oposto ao da “perda de bens a favor do Estado”, o Ministério Público tem de justificar a existência de um nexo de causalidade entre tal enriquecimento e as funções públicas exercidas., tal como não provem de um fim lícito.

Assim, cremos que a solução poderá passar pela punição de crimes que conduziram ao enriquecimento ilícito, nomeadamente pela via dos mecanismos de Confisco/perda; e até mesmo branqueamento de capitais.⁶⁶

Podemos afirmar que os mecanismos que prevêm a perda de bens, em qualquer das suas modalidades, serão as formas mais eficazes de prevenir a criminalidade e impedir o enriquecimento ilegítimo.

MARIA DO CARMO SILVA DIAS remata: “De qualquer modo, há varias medidas e mecanismos que, implementados e/ou ajustados previnem e impendem o dito “enriquecimento ilícito”, o que mostra a ilegitimidade (por desnecessidade) da criação de nova incriminação (que atentaria contra o princípio da *ultima ratio* do direito penal); a própria punição da não justificação do património incongruente com rendimentos

⁶⁵ Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva, *Enriquecimento Ilícito/Injustificado* em *Julg* nº 28, Janeiro-Abril, 2016, p. 306 e 307

⁶⁶ Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva, *Enriquecimento Ilícito/Injustificado* em *Julg* nº 28, Janeiro-Abril, 2016, p. 311

declarados ou que deviam ser declarados, apenas se podia configurar como incumprimento de um dever que teria de estar previamente estabelecido (reclamando uma reforma fiscal), ajustando nomeadamente o crime de fraude fiscal, até para evitar equívocos, por então haver parcial coincidência com a sua área de tutela típica (aliás, com a configuração do crime de fraude fiscal, ainda que sujeito a eventual ajustamento, é desnecessária essa nova incriminação autónoma).”⁶⁷

⁶⁷ Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva, *Enriquecimento Ilícito/Injustificado* em Julgar nº 28, Janeiro-Abril, 2016, p. 317

CAPITULO IV – TEDH: ANÁLISE DE JURISPRUDENCIA E POSIÇÃO

1. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já pronunciou várias decisões, por vezes com disposições em sentidos distintos, relativamente à validade de alguns dos mecanismos de Confisco. Os vereditos apresentados pelo TEDH são essenciais para que os Estados efetuem uma análise ao seu direito interno.

Estes acórdãos do TEDH têm como função a concertação em matéria de Confisco, dos ordenamentos jurídicos europeus, sendo que tem a capacidade de influenciar a forma como se legisla, a cria doutrina e a jurisprudência nos países da Europa.

No que toca ao Confisco, o TEDH, tem vindo, reiteradamente, a clarificar que tal mecanismo, não violará o direito de propriedade do proprietário dos bem visados com a aplicação do mecanismo. Sendo que, tem vindo a destacar que “elas são formas de regulação do uso de bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1º, segunda parte do protocolo nº1 anexo à CEDH⁶⁸).”⁶⁹ Ora, se o mecanismo estiver previsto na lei, possua uma aplicação tendente ao interesse geral e, ao mesmo tempo, proporcional, não haverá qualquer margem para asseverar uma violação da CEDH.

Conjeturar que os bens possuídos à época da condenação, ou os bens detidos, nos seis anos anteriores à prática do crime, não conduz a uma transgressão do artigo 6º/1 da CEDH⁷⁰. Visto que, tal presunção não pretende asseverar a culpabilidade do arguido, mas somente, pretende determinar a importância confiscar.

⁶⁸ ARTIGO 1º - Protecção da propriedade

Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.

⁶⁹ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 55

⁷⁰ ARTIGO 6º - Direito a um processo equitativo

É certo que, os Estados europeus, nos seus sistemas jurídicos preveem mecanismo de Confisco, mais frequentemente, em relação aos mecanismos de perda clássica, que é reconhecida na maioria. Relativamente às outras modalidades o panorama no direito comparado é bastante diversificado.

De forma a explorar as tomadas de posição do TEDH, propomo-nos a prosseguir uma análise do direito interno de 3 estados: a Itália, o Reino Unido e a Geórgia. Bem como, analisar alguns acórdãos do TEDH relativamente a decisões onde estes Estados viram ações ser interpostas contra si, por motivo de condenações em matéria de Confisco.

I. Itália

a) Direito Interno

O ordenamento jurídico italiano é que mais se assemelha ao ordenamento português, no que toca às disposições que servem de base ao Confisco.

O Art. 240º do *Codice Penal Italiano*⁷¹ prevê o Confisco, na modalidade da “perda clássica”, sendo presuntivo a existência de condenação uma e a confirmação de uma relação entre o crime e as vantagens.⁷²

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁷¹ Art. 240 - Confisca

Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca: 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna. Le disposizioni della prima parte e del n. 1 del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del n. 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la

No “ordenamento italiano, em que a presunção de origem ilícita pressupõe a prova, por parte da acusação, de titularidade ou disponibilidade dos bens por parte do condenado e a “desproporção” entre o seu valor e os rendimentos ou a atividade económica do mesmo”⁷³.

A jurisprudência italiana “não reconhece uma incompatibilidade, entre o confisco na modalidade, da perda alargada com a presunção de inocência do agente ou com o direito fundamental de propriedade”⁷⁴. Esta reconhece sim, a carência de uma demonstração específica da discordância dos bens em conexão ao rendimento ou à prática económica do agente, a demonstração deve ser requisitada para cada bem, no momento da sua obtenção garantido, assim, uma maior conciliabilidade com o princípio da proporcionalidade e, indiretamente, com o da presunção de inocência.

“Só depois de uma tal demonstração o sujeito visado (arguido) deverá apresentar as suas justificações, que não devem confundir-se com imposição do ónus da prova, muito menos com a exigência de uma “prova diabólica”, pois é, pelo contrário, de fácil cumprimento. Isto é, o Tribunal Supremo nega que se configure uma inversão do ónus da prova e continua a falar de “ónus de alegação”⁷⁵.

Ora, a mesma jurisprudência, realça, por outro lado, que a demonstração de uma justificação dotada de credibilidade pelo arguido precisa aludir à proveniência lícita dos bens, e não se dissipa com a demonstração da sua não procedência em função do crime pelo qual tenha sido condenado. O ónus de defesa do arguido deve conte-se nos limites do

fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

⁷² CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de Confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 283

⁷³ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de Activos: Da perda ampliada à Actio in Rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em Revista Julgar on line ,2009, p.7

⁷⁴ Cf. Sentença Montella, Dezembro de 2003 in SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de Activos: Da perda ampliada à Actio in Rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em Revista Julgar on line ,2009, p. 8

⁷⁵ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de Activos: Da perda ampliada à Actio in Rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em Revista Julgar on line ,2009, p. 8

“direito à defesa”, não se transfigurando uma “inaceitável inversão do ónus da prova”⁷⁶. A acusação deve, sim, comprovar o caráter desproporcionado dos bens adquiridos, respeitando os princípios do processo penal, como o *princípio in dubio pro reo*, “por força do qual caso prova fornecida pela acusação não seja convincente, o juiz não poderá aplicar o confisco com base numa mera presunção”⁷⁷.

b) A posição do TEDH

O Ac. *Varvara c. Itália*, de 29/10/2013, de certa forma, apresentou uma certa regressão em relação ao confisco de vantagens adquiridas através do crime.

Foi intentado um processo penal contra o recorrente pelo desenvolvimento ilegal de terrenos. O recorrente denunciou que lhe tinha sido aplicada uma sanção penal apesar de não ter sido condenado por qualquer infração.

O TEDH considerou que o procedimento criminal respeitante ao loteamento ilegal, que esteve subjacente ao confisco da propriedade sobre a qual impendeu o loteamento ilegal realizado pelo arguido, não continha uma base legal para que se procedesse ao confisco da de tal propriedade, considerando que, assim, existia uma violação do princípio da legalidade (Art. 7º n.º1, da CEDH).

Com este acórdão o tribunal reitera quo confisco impugnado devia ser interpretado como uma sanção. O Art. 7º da CEDH é, portanto, aplicável. O TEDH reiterou que “a aplicação do confisco terrenos e das construções realizadas na dependência de um loteamento ilegal não tem qualquer fundamento legal e é, por isso, arbitrário, configurando pois, a violação do Art. 7.º da CEDH.”⁷⁸

⁷⁶ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de Activos: Da perda ampliada à Actio in Rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em Revista Julgar on line ,2009, p. 9

⁷⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de Activos: Da perda ampliada à Actio in Rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em Revista Julgar on line ,2009, p. 9

⁷⁸ SANTOS, Hugo Luz Dos “O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia : um passo atrás no “crime doesn’t pay”?” em Scientia Iuridica, Tomo 63, n.º 334, Janeiro – Abril, 2014, p.88

No caso concreto, refere o TEDH que o arguido beneficiava de prescrição, pois o objeto de ilícito de loteamento ilegal prescreveu. Contudo, a legislação nacional italiana proíbe a punição de um arguido sem condenação penal, referindo que a decisão dos tribunais italianos foi em desfavor do arguido. Não sendo, assim, possível conciliar a interpretação tomada pelos tribunais italianos com o disposto no Art. 7º da CEDH.

De acordo com o TEDH, “é incoerente exigir, por um lado, um fundamento legal prévio para a condenação de uma pessoa, e permitir, por outro lado, a aplicação de uma sanção penal quando a pessoa em causa, como no caso concreto, não foi sequer condenada.”⁷⁹

O Acórdão quando foi proferido estava desordenado com a visão do Conselho da Europa e mesmo com as suas posições anteriores, sendo que, assim, abriu portas a medidas tendentes a um Confisco sem condenação.

No ano de subsequente a este Acórdão, sucedeu a Diretiva 2014/42/EU, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Sendo que a diretiva foi num sentido distinto da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao congelamento e Confisco dos produtos do crime na União Europeia, adotada em 2012, que providenciava o Confisco sem uma condenação penal em que o réu não pode ser processado em caso de morte, doença ou fuga; um Confisco alargado na medida em que um tribunal tenha encontrado, que uma pessoa é considerada culpada de um delito e tenha na sua posse bens que são resultado de tal atividade, e Confisco dos ativos de terceiros em que o compradores, tendo pago abaixo do valor de mercado, deveria ter suscitado que a propriedade era de origem criminosa. No seu relatório sobre a Proposta de Diretiva elaborado em Maio de 2013, a Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos indicou que esta diretiva apenas abrangia formas de Confisco não sujeitas a condenação de natureza penal.

Distintamente, a Diretiva considerou o Confisco uma sanção penal, decretou, que o Confisco configura, pensamos, uma sanção penal. Ficando assente que este só pode ser ordenado no seguimento de uma condenação definitiva e quando verificadas determinadas

⁷⁹ SANTOS, Hugo Luz Dos, *O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia : um passo atrás no “crime doesn’t pay”?* em *Scientia Iuridica*, Tomo 63, n.º 334, Janeiro – Abril, 2014, p. 91

situações é que se torna praticável o Confisco sem condenação penal — casos de doença ou fuga do arguido —, o que compõe um retrocesso em relação à proposta de diretiva que possuía um regime mais abrangente — a possibilidade de Confisco sem condenação.

II. Reino Unido

a) Direito Interno

“O direito britânico mais recente, contido no Proceeds of Crime Act de 2002 (POCA)⁸⁰, prevê uma dupla via para a perda de vantagens provenientes de crime: o Confisco penal (*criminal confiscation*) e o Confisco administrativo (*civil recovery*).”⁸¹

Ora, relativamente ao processo de Confisco, no âmbito penal, este decorre num Crown Court⁸², sendo que poderá ocorrer após a pronúncia de uma sentença condenatória emitida por este tribunal. Ou, com a admissão de um processo que concluiu com sentença condenatória proferida num *Magistrates’ Court*⁸³, e foi posteriormente remetido por este tribunal para um *Crown Court*, a fim deste proceder a: “determinação da pena, ou especificamente para a instauração de um processo de Confisco. O processo pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal ou por promoção da Coroa.”⁸⁴

De forma a tomar tais medidas de aplicação do Confisco, o tribunal vai avaliar e, posteriormente, determinar se se comprova a existência de um modo de vida ligado ao

⁸⁰ Cf. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>

⁸¹ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 287

⁸² O *Crown Court* é o maior tribunal de primeira instância em processos penais. Contudo, para alguns propósitos, o *Crown Court* está hierarquicamente subordinado ao *High Court of Justice* e os seus *Divisional Courts*.

⁸³ O *Magistrates’ Court* é um tribunal inferior, onde costumam dar entrada os procedimentos criminais.

⁸⁴ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 287

crime do condenado, sendo que tal pode resultar de três condições que podem conduzir à prova pretendida pela acusação:

- i. Se o fundamento da condenação disser respeito a certos crimes, como: “tráfico de estupefacientes, branqueamento, direção de grupo terrorista, tráfico de pessoas ou armas, contrafação e crimes contra a propriedade intelectual, lenocínio, extorsão, bem como a tentativa, a instigação e a conspiração para praticar estes crimes”;⁸⁵
- ii. Caso o crime se insira no prosseguimento de atividades criminosas, para tal, é essencial que o agente tenha extraído com a prática do crime pelo qual foi condenado benefício não inferior a 5.000€ e:
“
 - a) que tenha sido condenado, no mesmo processo, por, pelo menos, outros três crimes de que tenha co benefício; ou
 - b) que, nos seis anos anteriores ao início do processo, tenha sido condenado em, pelo menos, duas ocasiões, por um crime de que tenha tirado idêntico benefício ;”⁸⁶
- iii. Uma situação em que o crime foi praticado durante um período não inferior a 6 meses e o condenado tira retirado dele um benefício não inferior a 5.000€.⁸⁷

⁸⁵ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 287

⁸⁶ Cf. CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 288

⁸⁷CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 288

Após tal análise, se o tribunal acabar por concluir a existência de um modo de vida criminoso pelo condenado, o Tribunal pressuporá, que os tais benefícios não terão uma origem lícita.

Assim ele presume que “todos os bens transferidos para o condenado nos 6 anos anteriores ao início do processo e todos os bens possuídos pelo condenado, em qualquer momento posterior à sentença condenatória, constituem resultado da sua atividade criminosa geral; e presume-se também que todas as despesas efetuadas naquele período de 6 anos foram realizadas com bens com a mesma proveniência.”⁸⁸

As presunções que não forem verdadeiras podem ser elididas pelo condenado através da prova de que determinado bem ou rendimento tem uma proveniência legítima, bem como, o próprio tribunal pode decidir o afastamento das mesmas por as considerar contrárias à prática da justiça.

Contudo, pode se dar o caso, de o tribunal chegar à conclusão de que não há uma forma de vida assente no crime. Nesse caso o tribunal tem que determinar houve algum benefício do condenado, da conduta que é objeto dos autos; sendo que neste caso o ónus da prova do benefício cabe à coroa.⁸⁹

Por sua vez, o confisco administrativo é um *procedimento in rem*, que vai atentar contra a propriedade confiscável, que se define como sendo: “composta pelos bens obtidos através de atividade criminosa de valor superior a 10.000€, ou os bens que se sub-rogam no lugar deles”.⁹⁰

Alguma jurisprudência entende que as autoridades não necessitam de arguir, nem de provar a prática do crime determinado. Estas têm sim, de provar que os bens provêm de factos que incorporam certo tipo de ilícito ou tipos; ainda que, executados por pessoa

⁸⁸ Cf. CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 288

⁸⁹ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 289

⁹⁰ CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011, p. 289

distinta daquele, que detém, atualmente, a titularidade do bem ou pretende retirar algum benefício do mesmo.

Podemos verificar, que a jurisprudência apresenta decisões distintas no quadro de saber se, se conseguir demonstrar que o demandando detém rendimentos legítimos que financiem o seu modo de vida, é suficiente para se considerar provada.

b) A posição do TEDH

O TEDH no caso *Philips c. Reino Unido*, de 5 de Julho de 2011, pende sobre a conformidade do Art. 2º da Lei do Reino Unido sobre tráfico de droga, de 1994⁹¹, que estabelece a relação do “*extended forfeiture*”, com o princípio da presunção de inocência previsto no Art. 6º, n.º 2, da CEDH.

O requerente fora condenado pelo *Crown Court* por tráfico de drogas; sendo que se provou que os seus ativos não correspondiam aos rendimentos lícitos e que teriam proveniência no crime por ele praticado, tendo assim sido condenado no Confisco. O requerente alegou que o pressuposto legal aplicado pelo *Court Crown* no cálculo do

⁹¹ Drug Trafficking Act 1994 2.— (1) Sem prejuízo do disposto na subsecção (7) da presente secção, quando o arguido for submetido a um tribunal criminal (Crown Court) a fim de ser julgado por um ou mais crimes de tráfico de droga (não tendo sido condenado anteriormente nem alvo de outras medidas no âmbito da condenação pelo crime ou, se for caso disso, por qualquer dos crimes conexos), (a) se o representante do Ministério Público requerer ao tribunal o prosseguimento dos autos nos termos desta secção, ou (b) se o tribunal considerar que, ainda que o Ministério Público não o requeira, é adequado o prosseguimento do processo nos termos desta secção, deverá proceder-se do seguinte modo: (2) O tribunal determinará, em primeiro lugar, se o arguido beneficiou com o tráfico de droga. (3) Para os efeitos da presente Lei, o arguido beneficiou com o tráfico de droga se, em qualquer momento (antes ou depois do início de vigência da presente Lei), recebeu qualquer pagamento ou outra recompensa pelo tráfico de droga realizado diretamente pelo arguido, ou através de outrem (4) Se o tribunal concluir que o arguido beneficiou com o tráfico nesses termos deverá, antes de proferir a sentença ou de aplicar qualquer medida ao arguido pelo crime ou, se for caso disso, por algum ou alguns dos crimes conexos, fixar, nos termos da secção 5. da presente Lei, o montante a recuperar no caso concreto, em virtude do disposto na presente secção. (5) Nesse caso, o tribunal deverá, relativamente ao crime ou crimes em causa: (a) condenar o arguido a pagar esse valor; (b) levar em consideração tal condenação antes de: (i) decretar qualquer multa; (ii) determinar qualquer pagamento pelo arguido; ou (iii) tomar qualquer decisão ao abrigo da secção 27 da Lei de 1971 sobre Abuso de Drogas (medidas de confisco) ou da secção 43 da Lei sobre as Competências dos Tribunais Criminais [1973 c. 62.] de 1973 (medidas de perda); e c(...). 6(...). (7) (...). (8) O critério de apreciação da prova necessário à decisão das questões abrangidas pela presente Lei, no que se refere: (a) à questão de saber se o arguido beneficiou com o tráfico de droga, ou (b) ao montante a recuperar no caso concreto, ao abrigo da presente secção, será o previsto na lei de processo civil. (9)(...).

montante da decisão de perda violou o seu direito à presunção de inocência nos termos do Art. 6º nº 2 da Convenção.

Assim o TEDH entendeu, tendo em conta o Art. 2º da lei da droga de 1994, “segundo a qual o conjunto de bens na posse do acusado nos seis anos precedentes ao início do processo integram a noção de produto do tráfico de droga, a jurisdição nacional pode laborar na suposição de que o acusado participou noutras atividades ilegais ligadas ao tráfico de droga antes do cometimento do crime pelo qual foi condenado.”⁹² Impende sobre o condenado provar que adquiriu os bens em questão por outra via que não o tráfico de droga.

Isto é, não se pode considerar que, pelo facto de o arguido ter retirado um benefício do tráfico de droga, tenha sido dirigida uma acusação penal contra o mesmo, tratando-se apenas de um procedimento designado a permitir ao tribunal determinar o montante da perda ou Confisco.

Aqui o TEDH decidiu que a presunção de inocência diz respeito à demonstração de culpa do arguido, sendo que a aplicação do Confisco não pertence a esse domínio, desde logo porque o procedimento dirigido à aplicação do Confisco não acarreta uma nova acusação penal contra o arguido. Relativamente à do direito de propriedade, sendo que a legislação se baseia na perda ampliada, esta é proporcional ao objectivo a atingir e à dificuldade em estabelecer o montante dos resultados oriundos do tráfico de estupefacientes. “E sublinhou que a decisão de Confisco representa “uma arma dissuasora no âmbito da luta contra o tráfico de droga” e que “privar uma pessoa dos proventos derivados de tais crimes significa garantir que esses fundos não sejam reinvestidos nesse tráfico”.”⁹³

⁹² SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F. , “Recuperação de Activos – Da perda ampliada à “*actio in rem*” (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves) “em Revista Julgar on line ,2009, p. 4

⁹³ SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F. , “Recuperação de Activos – Da perda ampliada à “*actio in rem*” (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves) “em Revista Julgar on line ,2009, p. 10

III. Geórgia

a) Direito Interno

A Geórgia no seu ordenamento jurídico prevê duas modalidades distintas de Confisco.

Um procedimento de Confisco de âmbito criminal e outro de âmbito administrativo, sendo que este último, apenas poderá ser desencadeado, se em causa estiver um “funcionário público tiver sido previamente acusado da prática de crimes (corrupção, branqueamento de capitais, extorsão, evasão fiscal ou violação de regras aduaneiras, entre outros) durante o período de exercício de funções públicas; se o funcionário for acusado de uma ou mais de tais infrações criminais e o MP tiver fundadas suspeitas de o mesmo, ou seus familiares ou pessoa dele próxima ou com ele relacionada, dispor de bens adquiridos ilicitamente, pode fazer instaurar ação civil ao abrigo do Art. 37º, nº 1 do CPP pedindo a perda da “propriedade contaminada” e a “riqueza injustificada”⁹⁴.

Caso a ação instaurada se baseie em documentos que a sustentem fundamentadamente, poderá proceder-se a uma alteação do ónus da prova relativamente à acção, “o ónus da prova da origem lícita dos bens indicados pelo MP ou dos valores aplicados na sua aquisição ou do pagamento dos impostos inerentes a tanto passa para o requerido”⁹⁵. De acordo com o Art. 21º nº 8 do Código de Procedimento Administrativo, o fim a alcançar pelo Confisco administrativo é restabelecer a posição prévia à obtenção da propriedade do funcionário público obtida por recursos ilícitos e, por isso, impugnada.

⁹⁴ SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F., *Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* em Revista Julgar on line ,2016., p.2

⁹⁵ SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F., “Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos “em Revista Julgar on line março,2016, p.2

b) A posição do TEDH

Começando a análise pelo processo mais recente sobre o qual o TEDH se pronunciou: *Devadze e Outros Geórgia*, de 11 de Outubro de 2011, onde o TEDH considerou “*Inadmissible*”.

Temos aqui uma clara manifestação da questão, já anteriormente aludida relativamente há relação entre o Confisco e o Enriquecimento Ilícito/Injustificado. Pois todos os apelantes possuíram uma ligação com o Estado.

Os apelantes queixaram-se do Confisco de seus ativos, reclamando de uma violação do Art. 6º nº 1 e 2 da CEDH, bem como do Art. 1º do Protocolo nº 1. Estes protestaram o Confisco dos seus bens, por meio de uma sanção penal, efetuada sem a existência de condenações definitivas relativamente à questão do “enriquecimento por parte de funcionários público” violando, assim, os seus direitos processuais penais consagrados no artigo 6º, nºs 1 e 2, da Convenção; além de a perda dos seus bens como resultado dos processos cíveis, *in rem* levaram-se a uma violação do Art. 1º do Protocolo nº 1.

O TEDH determinou que tal procedimento cível, sem condenação penal prévia, não possuía uma natureza punitiva, mas sim, sendo que, não entraria no âmbito do Art. 6º nº 1 ou do princípio da "presunção de inocência". Resulta, assim, que as acusações dos recorrentes baseadas no Art. 6º nº 1, da CEDH o são manifestamente infundadas e foram rejeitadas nos termos do Art. 35º, nº 3, alínea a), e 4º. Relativamente ao Art. 1º do Protocolo nº 1, o TEDH reitera que o sistema georgiano dos *procedimentos civis in rem* está em plena conformidade com a exigência de "legalidade" contida no artigo 1º do Protocolo nº 1. Visto, as medidas de Confisco terem sido efetuadas a fim de não ocorrer uma obtenção ilícita de vantagem para os recorrentes. Relativamente à exigência de proporcionalidade, o TEDH refere que o Estado demandado goza de uma ampla margem de apreciação no que diz respeito ao que constitui os meios adequados para a aplicação de medidas para controlar o uso da propriedade como o Confisco, de todos os tipos de produtos do crime. Naturalmente, as acusações referentes ao artigo 1º do Protocolo nº 1 são evidentemente infundadas foram rejeitadas nos termos do artigo 35º, nº3, alínea a), e 4º da CEDH.

A tomada de decisão, pelo TEDH, relativamente ao caso anterior foi muito baseada no Ac. *Gogitidze E Outros Contra. Geórgia*, de 12 de Maio de 2015.

Neste caso, o Ministério Público georgiano requisitou perante o Supremo Tribunal o Confisco de bens ilícitos e inexplicavelmente obtidos pelos requerentes. Argumentando para o efeito que existiam fundadas razões para crer que os salários recebidos pelo primeiro requerente como adjunto do Ministro do Interior e de presidente do Gabinete de Auditoria – não constituiriam um valor suficiente para os bens adquiridos, por si próprio e seus familiares, em tal período temporal. “Na verdade, alegou-se, naquele período temporal, o primeiro requerente teria auferido pelo desempenho daqueles cargos 1.644,00€ e 6.023,00€, respetivamente, a título de salários, enquanto o valor dos bens indicados correspondia a um montante global de 450.000,00€.”⁹⁶

Nesta situação, estaríamos perante uma medida civil, uma *actio in rem*, apontando a recuperação de bens ilícita e inexplicavelmente obtidos; visto estar sujeita de uma acusação prévia decretada contra o funcionário público visado pela medida.

“O Tribunal considera que o procedimento civil in rem que não dependa de uma condenação criminal, não assumindo carácter sancionatório, representando antes uma medida de controlo do uso dos bens no sentido do Art. 1 do Protocolo n.º 1, não integra o conceito de “determinação de uma acusação” no sentido do Art. 6, §1, da Convenção, devendo ser examinado segundo o conceito “civil” dessa norma. Por isso, a inversão do ónus da prova deve ser considerada, a essa luz, isto é, atenta a natureza civil do procedimento, não arbitrária, sempre que o procedimento esteja consistentemente fundado.”⁹⁷

O TEDH tendo em conta, o direito interno georgiano, que prevê um procedimento que, embora apelidado de administrativo, não seja mais que uma *actio in rem*, uma ação civil destinada a extinguir o domínio sobre bens, não dependente de uma condenação penal. Esta medida fundamenta-se na presunção fáctica de que certos bens provêm de

⁹⁶ SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F. , “Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos “em Revista Julgar on line março,2016, p. 1

⁹⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F. , “Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos “em Revista Julgar on line março,2016, p.4

procedimentos delituosos, afigurando-se, por isso, legítima a pretensão do Estado em recuperar esses bens.

Aceita-se, assim, o caráter relativo do direito de propriedade, sendo que este só pode obter tutela da ordem jurídica quando resulte de um meio de aquisição legítima e legalmente conjeturada. Importa salientar a conformidade com os mecanismos de inversão do ónus da prova, sempre que o Confisco alargado esteja fundamentado.

A decisão em análise permite reconhecer indiretamente a frangibilidade e insuficiência dos instrumentos do direito penal em matéria de recuperação de ativos decorrentes de crimes graves, “projeta-se na afirmação da legitimidade da reinvenção, pelos Estados, de meios destinados a reagir contra certos tipos de criminalidade que, por não conhecerem fronteiras e serem especialmente rentáveis, permitem aos seus autores recorrer a toda uma série de expedientes destinados a perpetuar a sua prática e o gozo dos seus benefícios.”⁹⁸

2. Análise Global da Posição do TEDH

Examinando as linhas que conduzem as posições onde podemos ver, nos acórdãos mais recentes, em que se inscreve a recuperação de ativos sem condenação prevista no Artº 4º, nº 2, da Diretiva 2014/42/UE, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos do crime na União Europeia, contornado as restrições que surgiram com a Diretiva, que obrigam uma condenação definitiva por uma infração penal, nº1.

O TEDH já reconheceu, inúmeras vezes, a compatibilidade do Confisco como direito de propriedade e com um processo equitativo, bem como, a sua conciliabilidade com a presunção de inocência.

Podemos recolher sinais pertinentes sobre o requisito probatório mínimo imprescindível à conformidade das formas de Confisco alargado com a CEDH.

⁹⁸ SIMÕES, Euclides Dâmaso, e TRINDADE, José Luís F. , “*Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* “em Revista Julgar on line março,2016, p. 5

A decisão judicial relativa à origem ilícita do bem não pode basear-se somente na valoração das investigações que sejam contrárias aos factos aguçados em julgamento, sem qualquer contraditório por parte do visado.

“Esta conceção, embora seguramente mais restritiva, não significa exigir uma relação sinalagmática entre a condenação e o Confisco, nem que ele é incompatível com uma absolvição. O que parece estar em causa é, repetimos mais uma vez, um standart probatório mínimo, indispensável à bondade material da medida.”⁹⁹

De acordo com o Art. 7º da CEDH, também assistimos a uma proibição da retroatividade das normas relativas ao Confisco, estando assim perante uma garantia adquirida é outra garantia, ou seja, só será admissível o Confisco de bens relativos à prática de um crime após a entrada em vigor da respetiva norma.

Devemos ressaltar, também, a “garantia de inalienáveis direitos de defesa, como o contraditório e a participação de defensor com possibilidade de intervenção efetiva”.¹⁰⁰

Por último, a questão essencial, do carácter penal ou não do mecanismo e, por inferência, a sua sujeição a determinadas regras da CEDH não depende, unicamente, da sua nomenclatura, mas da sua efetiva natureza, fim e severidade.

⁹⁹ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 200

¹⁰⁰ CORREIA, João Conde, *Da proibição do Confisco à perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012, p. 200

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados à parte final deste estudo que nos sugerimos a fazer, cumpre agora apresentar algumas considerações relativamente aos conceitos que fomos consolidando e ao entendimento que foi sendo composto.

Coloca-se aqui uma questão essencial – conseguiram os Estados encontrar um sistema universal de Confisco?

O Confisco serve o seu verdadeiro escopo, de combate à criminalidade de grande escala? Estará este mecanismo a ser utilizado como forma de concretizar a justiça Penal ou os Estados somente se preocupam em restituir os ativos perdidos, não se preocupando por vezes com princípios fundamentais de Direito Penal?

A crescente globalização do direito, em geral, bem como, do processo penal e penal, em especial, conduzem a que, tendo em conta as particularidades locais, o Confisco possua hoje uma indiscutível importância internacional. Sendo que, variadas vezes, já não estará em análise, somente a regulamentação nacional, ou, as tomadas de posição pela nossa jurisprudência, conforme as suas normas e preceitos diários. Mas, sim, a anuência de regras, procedimentos e concepções que nos são alheias, estranhas e, porventura, até difíceis de enquadrar na nossa realidade jurídica.

Certo será, que o Confisco, inevitavelmente, surge como marca de um poder abusivo e totalitário dos Estados, em determinadas épocas da história. Foi “odiado e escorraçado”, dos ordenamentos jurídicos, por aqueles que acreditavam na preponderância da propriedade privada, mas este nunca desapareceu por completo. Sobreviveu, com outros nomes e vestes, a fim de fazer valer a sua génese.

O ordenamento nacional prevê mecanismos de Confisco, na modalidade de perda clássica e da perda alargada, previstos no Código Penal ou em Legislação avulsa. Sendo que hoje em dia, até se poderá idealizar uma possibilidade de extravasar este mecanismo de caráter penal, para o seio do direito civil e/ou administrativo.

A comunidade Internacional tem, igualmente, prestado atenção a este instrumento, com a adoção de diversas Convenções de forma a promover, a sua luta, pela recuperação de ativos.

No seio da União Europeia tem-se procurado, um recíproco, reconhecimento das respetivas decisões judiciais, admitindo a subsistência de um sistema de justiça muito mais veloz e eficiente, e até mesmo globalizante. No ano de 2014, foi adotada a Diretiva 2014/42/EU fornecendo claras instruções aos Estados sobre a temática do Confisco, e a concretização do mesmo nos ordenamentos jurídicos.

O Confisco poderá ser, frequentemente, associado ao enriquecimento ilícito/injustificado, que é, por si só, um tema polémico e controverso; sendo que já foi, alvo de infintos debates políticos na Assembleia da República, bem como foram suscitadas movimentações pela sociedade civil, tendo o projeto legislativo passando mesmo pelo crivo do TC. A controvérsia tem início logo no nome, “Ilícito vs. Injustificado”. Contudo, salta logo à vista um elemento comum entre as duas figuras: a previsão de uma inversão do ónus da prova.

As manifestações de riqueza são, como que, o “calcanhar de Aquiles” destes instrumentos. São rigorosamente tais manifestações, de origem inexplicável, que formam fortes indícios de que as proveniências da riqueza possam ser estimadas como ilícitas. A situação torna-se ainda mais crítica sempre que estas marcas se apuram na classe governadora, incitando um ambiente de suspeição, acarretando o descrédito das instituições, incitando a prática de atividades fraudulentas, a evasão fiscal e o outro ilícito.

Poderemos concluir que o Confisco tem tudo para ser um mecanismo ao serviço da justiça penal, de forma a erradicar a crescente criminalidade organizada. Contudo, também, ao Estado terá de caber o papel de arranjar meios para inibir a prática de ilícitos por parte dos seus representantes que poderão conduzir a rendimentos incompatíveis com a atividade economia, pondo em causa aquilo que o Confisco nos faz acreditar – “que o crime não compensa”!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORES VÁRIOS

- “Recuperação de Activos, Projecto Fénix”, Edição da Procuradoria-Geral da República, Março de 2012.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO

- “Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 4.^a Edição Atualizada, 2011

ALVES, SÍLVIA

- Punir e Humanizar: O Direito Penal Setecentista, Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014, Lisboa

CAEIRO, PEDRO

- “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”), em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Abril-Junho de 2011, Coimbra Editora, 2011
- “*Quem cabritos vende e cabras não tem...*”, em Série Escritos Breves, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho 2015

CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL

- “CRP- Constituição da República Portuguesa, anotada, artigos 1.º a 107.º”, Volume I, Coimbra Editora, 4.ª Edição Revista, 2007.

CORREIA, JOÃO CONDE

- “Da Proibição do Confisco à Perda alargada”, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012.
- “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014, (o arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime)” em Revista Julgar online outubro, 2014
- “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente” em Revista do CEJ, N.º 2, 2014

CORREIA, JOÃO CONDE e RODRIGUES, HÉLIO RIGOR

- “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1”, em Revista Julgar online, 2015

CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA

- “Perda de bens a favor do Estado – Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)”, CEJ, 2002

EUROPE, COUNCIL OF

- “Council of Europe Convention on Laundering Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism”, Council of Europe Treaty Series/198, Warsaw, 16.V.2005

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

- “Direito Processual Penal”, 1.^a edição, 1974, Reimpressão 2004 -Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora.
- “Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 2.^a Edição, Coimbra Editora,
- “Direito Penal Português- Parte Geral II- As consequências jurídicas do crime.”, 2.^a Reimpressão, Coimbra Editora, 2009.
- “O Processo Penal Português: Problemas e Perspectivas” em Que Futuro para o Direito Processual Penal?, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

DIAS, MARIA DO CARMO SILVA

- “Enriquecimento Ilícito/Injustificado”, em Julgar, Janeiro-Abril, 2016

DUARTE, JORGE DIAS

- “Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro: Breve Comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, em Revista do Ministério Público, n.º 89, 2002

GODINHO, JORGE ALEXANDRE FERNANDES

- “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de 49 Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003.

- “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Coimbra Editora, 2010

PALMA, CLOTILDE CELORICO

- “Tributos e Confisco – Algumas Reflexões”, em Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano V - Número 3, Almedina, 2013

SANTOS, HUGO LUZ DOS

- “O acórdão do TEDH Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?” em Scientia Iuridica, Tomo 63, n.º 334, Janeiro – Abril, 2014

SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, E TRINDADE, JOSÉ LUÍS F.

- “Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal – A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos “em Revista Julgar on line março,2016
- “Recuperação de Activos: Da perda ampliada à Actio in Rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves), em Revista Julgar online,2009

VERVAELE, JOHN A. E.

- “Les sanctions de confiscation en droit penal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu’elle revêt pour le droit (procédural) penal néerlandais, em Étude, Variétés et Documents

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Acórdão nº 179/2012
- Acórdão nº 377/2015

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

- *Peacock c. Reino Unido*, 05/01/2016
- *Piper c. Reino Unido*, 21/04/2015
- *O'Donnel c. Reino Unido*, 07/04/2015
- *Paulet c. Reini Unido*, 13/05/2014
- *Bullen e Soneji c. Reino Unido*, 23/09/2008
- *Philips c. Reino Unido*, 05/06/2001
- *Foxley c. Reino Unido*, 12/10/1999
- *Agosi c. Reino Unido*, 24/10/1986
- *Welch c. Reino Unido (Article 50)*, 26/02/1996
- *Grande Stevens e outros c. Itália*, 04/03/2014
- *Varvara c. Itália*, 29/10/ 2013
- *Vrioni e outros c. Albânia e Itália*, 05/06/2012
- *Sud Fondi srl e outros c. Itália*, 20/01/2009
- *Guiso-Gallisay c. Itália*, 08/12/2005
- *Katte Klistshe de la Grange c. Itália*, 27/10/1994
- *Raimondo c. Itália*, 22/02/1994

- *Devadze c. Geórgia*, 11/10/2016
- *Gogitidze e outros c. Geórgia*, 12/05/2015
- *Tchinadze c. Geórgia*, 27/05/2010
- *Filkin c. Portugal*, 30/06/2012
- *Wettergren and Wessman c. Portugal*, 20/05/1998