



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

João Pedro dos Santos Coelho

**PERDA DE BENS A FAVOR DO ESTADO NA LEI Nº
5/2002 DE 11 DE JANEIRO - MEDIDA DE COMBATE
À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO-
FINANCEIRA**

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora
Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



João Pedro dos Santos Coelho

**Perda de bens a favor do Estado na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro –
medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**

*Extended confiscation in Law no. 5/2002 of January 11th – measure to
combat organized and economic and financial crime*

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-
Criminais, sob orientação da Professora Doutora Maria
João da Silva Baila Madeira Antunes

Coimbra, 2019

Agradecimentos

Aos meus pais, aos meus irmãos e à Sandra pela compreensão e sacrifício que demonstraram durante todo o meu percurso académico, bem como pela força e ânimo nas alturas menos boas e que sempre acreditaram em mim.

À minha avó, que esteja onde estiver, certamente estará orgulhosa do meu percurso.

À Carolina, ao Pedrosa, à Joana e ao Luís, companheiros desta jornada que está prestes a findar e cuja amizade e apoio se mostraram pilares essenciais, independentemente da distância e com quem partilhei aventuras, risos, choros e frustrações.

Ao Tiago, pela disponibilidade e paciência, pelo companheirismo e, sobretudo, pela amizade construída e transmitida durante estes anos.

Ao Francisco, que esteve presente e sempre com uma palavra de incentivo nas alturas mais difíceis.

A todos meus amigos e a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, me apoiaram, acompanharam e se cruzaram ao longo destes anos e que, sendo impossível mencionar todos, um muito obrigado.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria João Antunes, pela sua disponibilidade, orientação e conhecimento transmitido ao longo destes meses, pelas suas críticas e sugestões, sem as quais a elaboração desta dissertação não seria possível.

“O homem esquece mais facilmente a morte do pai do que a perda do património.”

Nicolau Maquiavel in *O Príncipe*

Resumo:

O desenvolvimento da criminalidade organizada e económico-financeira à escala global conduziu os Estados a adotar mecanismos mais agressivos para os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, e progressivamente, o confisco tornou-se num instrumento estadual da maior importância no combate às novas formas de criminalidade, procurando “atacar” aquilo que constitui a razão da prática do crime: o lucro. Ora, a introdução da perda alargada no ordenamento português resultou da constatação da insuficiência da tradicional perda dos instrumentos, produtos e vantagens, reforçando a ideia de que “o crime não compensa”. Não obstante, o regime instituído pelo legislador português na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro ainda hoje se mostra controverso a vários níveis, não só devido a algumas das soluções adotadas, mas sobretudo por colidir com determinados direitos e princípios constitucionais.

Palavras-chave: perda alargada; património; vantagens; Diretiva 2014/42/UE; criminalidade organizada e económico-financeira; valor incongruente; atividade criminosa.

Abstract

The development of organized and economic and financial crime on a global scale has led States to adopt more aggressive mechanisms for citizens' fundamental rights. For this reason, confiscation has progressively become a state instrument of major importance in combating new forms of crime, seeking to "attack" what constitutes the reason for the practice of crime: profit. The introduction of the extended confiscation in the portuguese system is a result of the insufficient traditional confiscation of instruments and products, reinforcing the idea that "crime does not pay". Nevertheless, the regime established by the Portuguese legislator in the Law no. 5/2002 of January 11th is still controversial in several levels, not only due to some of the solutions adopted, but also because it conflicts with certain constitutional rights and principles.

Keywords: extended confiscation; property; benefits; Directive 2014/42/EU; organized and financial crime; incongruity value; criminal activity.

Lista de abreviaturas e siglas:

Ac. – Acórdão

Al. – alínea

Art. - artigo

BGH - *Bundesgerichtshof*

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*

CACDLG – Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

CC – Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

D.L. – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EMP – Estatuto do Ministério Público

GAFI – Grupo de Ação Financeira

GRA – Gabinete de Recuperação de Ativos

JAI – Justiça e Assuntos Internos

LGT – Lei Geral Tributária

LIBE - Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos

MP – Ministério Público

OA – Ordem dos Advogados

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – página

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ss. - seguintes

StGB – *Strafgesetzbuch*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

Índice:

Introdução	10
Capítulo I – Considerações iniciais	12
Capítulo II – O regime da perda clássica no direito português.....	13
1. Breve resenha histórica.....	13
2. A perda dos instrumentos do facto ilícito-típico.....	14
3. A perda dos produtos e vantagens do facto ilícito-típico.....	18
4. Breves considerações	24
Capítulo III – A insuficiência da “perda clássica” e a introdução da perda alargada.....	25
1. O direito internacional e o direito europeu	26
2. A introdução da perda alargada no regime português	30
Capítulo IV – O regime da perda alargada da Lei nº 5/2002.....	35
1. Pressupostos.....	36
1.1. A condenação por um dos crimes previstos no art. 1º/1 da Lei nº 5/2002	36
1.2. Património do arguido	48
1.3. Desconformidade do património face aos rendimentos lícitos do condenado ..	51
1.4. Demonstração da existência de uma atividade criminosa anterior?.....	53
2. O ato de liquidação	59
3. A presunção de ilicitude e a inversão do ónus da prova.....	65
3.1. A presunção prevista no art. 7º	65
3.2. A inversão do ónus da prova	67
4. Elisão da presunção a cargo do arguido.....	72
5. Natureza jurídica.....	77
Capítulo V – O direito comparado.....	82
1. O ordenamento jurídico alemão.....	83

2. O ordenamento jurídico espanhol	85
3. O ordenamento jurídico italiano	87
Capítulo VI – A conformidade constitucional da perda alargada.....	91
1. O princípio da presunção de inocência	91
2. O princípio da culpa.....	102
3. O direito de propriedade	103
4. O processo equitativo e os direitos de defesa do arguido	105
5. O modelo acusatório e o princípio da investigação	111
6. Outros possíveis problemas	114
Conclusão.....	118
Bibliografia:	122
Jurisprudência:	133
Legislação e documentos:	138

Introdução

Nos últimos anos, a globalização permitiu a evolução da sociedade a diversos níveis; todavia, esse processo foi acompanhado pelo desenvolvimento de novas formas de atuação da criminalidade, que aproveitaram os potenciais e facilidades que se abriram, na procura pela obtenção de lucro. Nesse sentido, a criminalidade organizada e económico-financeira assume-se como um dos maiores problemas contemporâneos, pois, para além de ter adquirido um carácter quase profissional, não conhece fronteiras, aproveitando-se ainda das diferenças legislativas entre os Estados.

Ora, diversas instâncias supranacionais, reconhecendo a grande capacidade de influência nociva dessa criminalidade sobre a sociedade e sobre os fundamentos do Estado de Direito, em numerosos textos internacionais, aconselharam os Estados a estabelecer mecanismos mais robustos e eficazes, de forma a privar os agentes dos lucros obtidos, em princípio, de forma ilícita. O combate ao lucro ilícito passa, assim, a assumir-se como um elemento de sobrevivência do próprio Estado de Direito. No mesmo sentido e, no âmbito da União Europeia, a progressiva integração e a intensificação do movimento de pessoas, bens e capitais impuseram a necessidade do desenvolvimento de regras nesta área, culminando na Diretiva 2014/42/UE e, muito recentemente, no Regulamento 2018/1805. Desta forma, a luta contra a obtenção de vantagens ilícitas constitui, na atualidade, uma necessidade imposta pela própria sociedade e de garantia do próprio Estado de Direito – o aforisma de que “o crime não compensa” assume-se como um dos pilares mais relevantes nas políticas adotadas em diversos Estados.

Todavia, os mecanismos clássicos, exigindo a concreta ligação entre uma determinada vantagem e um específico facto, depressa se tornaram ineficazes. Por isso, as elevadas dificuldades probatórias conduziram a que as tradicionais reações penais passassem a ser consideradas como um sacrifício para a obtenção de vantagens, com duas consequências: além de tornar a aplicação dessa reação penal ineficaz e, sobretudo, simbólica, possibilitava a manutenção dos benefícios alcançados ilegitimamente. Dessa forma, afinal, o crime pode compensar.

Por isso, de forma a obviar a esta situação, os diversos legisladores foram introduzindo, nos vários ordenamentos jurídicos, novos meios de combate a essa criminalidade - nesse sentido, faremos uma breve comparação aos regimes de perda alargada consagrados noutros sistemas jurídicos, nomeadamente no direito alemão, espanhol e

italiano, em virtude das elevadas similitudes que apresentam com o regime previsto no direito português. Entre nós, o legislador português seguiu a tendência que se verificava a nível internacional e introduziu, através da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro, um instrumento de política criminal para fazer face à criminalidade organizada e económico-financeira – a denominada perda alargada. Este mecanismo, no essencial, traduz a ideia de que o património que mostre desconforme com os rendimentos licitamente obtidos pelo agente se presume resultante de atividade criminosa e, por isso, deve ser declarado perdido a favor do Estado. Desta forma, a necessidade de estabelecer uma concreta ligação entre o benefício e o facto, a cargo do MP, é dispensada. Assim, estamos perante um regime mais flexível a nível probatório, embora tal possa colocar em causa, não apenas os direitos fundamentais do agente, mas também de terceiros. Como veremos, são várias as questões que se suscitam e relativamente às quais o legislador não se pronuncia.

Como teremos ainda a oportunidade de observar, o estabelecimento deste regime no direito português foi acompanhado de críticas e ceticismo por determinado setor da doutrina, por vulnerar diversos princípios e garantias constitucionais, nomeadamente a presunção de inocência e o processo equitativo. Por outro lado, a maioria da doutrina, acompanhada pela jurisprudência, considera que, ainda que possa estar em causa um mecanismo particularmente agressivo, o mesmo é compatível com a Lei Fundamental e com os seus princípios. Todavia, intimamente conexas com estas posições doutrinárias, encontra-se a natureza jurídica atribuída ao instituto, pois a opção pelo carácter penal ou não implicará, necessariamente, consequências distintas. Também o TEDH já se pronunciou diversas vezes a propósito dos regimes de perda alargada, concluindo pela sua legitimidade, desde logo tendo em conta o desiderato pretendido, ainda que refira que os direitos fundamentais das pessoas em causa sejam devidamente acautelados e respeitados.

Por isso, a presente dissertação procura efetuar uma análise relativa à problemática suscitada pela perda alargada, embora não tenha a pretensão de esgotar toda as questões que a mesma possa originar. O mundo mudou e as formas de luta dirigidas pelos Estados têm acompanhado essa mudança. A perda de bens a favor do Estado consagrada na Lei nº 5/2002 é uma das manifestações dessa mudança. Porém, permanece a questão de saber se o regime instituído se encontra suficientemente legitimado num Estado de Direito Democrático. É isso a que nos propomos.

Capítulo I – Considerações iniciais

De acordo com Pedro Caeiro, a perda ou confisco constituem “(...) medidas de *juri imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fáticas que os tivessem por objecto (...). Por isso, está em causa uma reacção que traduz uma privação intencional e uma típica manifestação autoritária do poder público¹.

No entanto, existe uma discussão doutrinal em relação à utilização dos termos “perda” e “confisco”. Assim, Damião da Cunha² considera que a expressão “perda de bens” no art. 7º da Lei nº 5/2002 é “duplamente errada”: por um lado, não está em causa qualquer sanção, mas a respetiva execução e, por outro lado, aquela Lei apenas visa determinar o valor que deve ser perdido a favor do Estado. Nesse sentido, entende que estamos perante uma declaração de perda do valor, ou seja, “uma sanção pecuniária avaliada em função do património do condenado”. Do mesmo modo, Jorge Godinho³ critica a opção terminológica, referindo que a utilização do termo “perda” é uma consequência da proibição constitucional do confisco de bens na Constituição de 1822 e na Carta Constitucional de 1826. Todavia, considera que essa opção é “intuitivamente inadequada”, porque “(...) os bens não se ‘perdem’, em qualquer dos sentidos mais comuns da palavra (...)” - o património nem se extraviou, inutilizou ou desapareceu. Além disso, o termo “confisco” é facilmente perceptível pelos leigos e encontra correspondência linguística noutras línguas – nesse sentido, o vocábulo “perda” não contribui para a clareza concetual, devendo ser substituído pelo termo “confisco”.

Contudo, concordamos com Pedro Caeiro⁴, quando afirma que “perda de bens a favor do Estado” e “confisco” traduzem, de forma adequada, a mesma realidade e, como tal, podem ser utilizadas indistintamente. Por essa razão, utilizaremos ambos os termos.

¹ Pedro Caeiro, “Sentido e função do instituto...”, p. 269.

² Damião da Cunha *Perda de bens a favor...*, p. 25 a 27 e *Medidas de combate à criminalidade...*, p. 13 e 14.

³ Jorge Godinho “Brandos costumes?...”, p. 1356, nota 126. No mesmo sentido, João Conde Correia, *Da proibição do...* p. 65, nota 101.

⁴ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 270, nota 126. No mesmo sentido, *vide* Maria do Carmo Silva Dias, “Perda alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE...” in *O novo regime de recuperação de ativos...*, p. 85, nota 1, onde afirma que o uso de ambos os termos é irrelevante, ainda que um deles possa ser artificial ou estar desatualizado.

Capítulo II – O regime da perda clássica no direito português

1. Breve resenha histórica

A perda dos instrumentos, produtos e vantagens assumiu finalidades preventivas ou retributivas, consoante o momento histórico. Assim, durante a época romana, com a transição de um sistema de justiça privada para uma reação “estadual”, foi criada a *consecratio*, que se traduzia na expulsão da pessoa da comunidade e na consequente apreensão dos seus bens. Posteriormente, e já durante a Idade Média, o confisco tornou-se num instrumento político, com uma dupla finalidade: por um lado, como pena acessória para os crimes mais graves; por outro lado, como forma de gestão económica e de enriquecimento daqueles que administravam a justiça. Neste sentido, em Portugal e durante a época das Ordenações, o confisco assumiu igualmente a função de instrumento de política económica e, simultaneamente, como meio dissuador de crimes políticos⁵.

Todavia, o pensamento iluminista surgido nos séculos XVIII e XIX conduziu à incompatibilidade do confisco de bens com o carácter humanista que foi sendo atribuído às penas, por colocar em causa o princípio da pessoalidade da pena e o direito de propriedade (que nesta altura foi elevado a direito inviolável e ao qual, certamente, não será alheia a burguesia emergente, que procurava assegurar o seu património). Neste contexto, a Constituição de 1822 procedeu à abolição do confisco e, depois, a Carta Constitucional de 1826 estabeleceu expressamente que “nenhuma pena passará da pessoa do delincente” – o sistema penal moderno reconhecia a pessoalidade da pena, com a consequente elevação da proibição do confisco geral a princípio constitucional, que se manteve nas posteriores Constituições. Contudo, a CRP de 1976 deixou de fazer referência expressa a essa proibição do confisco, ainda que tal não signifique, sem mais, a sua admissibilidade. Não obstante esse silêncio, o confisco apresenta legitimidade jurídico-constitucional, embora encontre aí os seus limites – a legitimidade do Estado em não tolerar a existência de patrimónios resultantes de factos ilícitos-típicos é incompatível com mecanismos arbitrários de confisco. Em síntese, o Estado de Direito é o fundamento jurídico-constitucional do confisco, mas também o seu limite inultrapassável⁶.

⁵ João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 30 a 33.

⁶ *Ibidem*, p. 34, 35 e 64. Relativamente à evolução histórica do confisco, *vide* igualmente Érico Fernando Barin, “Alargar a perda alargada...”, p. 57 a 59.

A perda clássica assenta numa trilogia tradicional, consoante a posição que cada objeto ocupa face ao ilícito-típico, englobando os instrumentos, os produtos e as vantagens⁷. Neste sentido, estamos perante uma *non conviction based confiscation*, pois perda assenta em dois pressupostos gerais: a comprovação do facto ilícito-típico e a vinculação entre esse facto e o património. Ou seja, a condenação não constitui uma *conditio sine qua non* da perda⁸. As três modalidades de perda clássica encontram-se, essencialmente, reguladas no CP: a perda dos instrumentos está prevista no art. 109º, enquanto a perda dos produtos e vantagens se encontra disciplinada no art. 110º.

2. A perda dos instrumentos do facto ilícito-típico

Nos termos do art. 109º/1, os instrumentos do facto ilícito-típico correspondem aos objetos utilizados pelo agente ou que estavam destinados para a prática de um facto ilícito-típico. Assim não é necessário que os instrumentos sejam efetivamente utilizados na prática desse facto, sendo suficiente que o agente tivesse em mente utilizá-los nesse sentido⁹. Assim, o pressuposto básico para a perda dos instrumentos é a existência de um facto ilícito-típico¹⁰, sendo ainda necessário que esses instrumentos, “pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso concreto” sejam suscetíveis de colocar em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública ou haja o risco sério de os mesmos serem utilizados em novos factos ilícitos-típicos. Por conseguinte, o legislador parece ter utilizado um critério misto, de acordo com o qual, partindo das características objetivas da coisa, são ainda tidas em consideração as circunstâncias concretas do caso¹¹. Assim, o perigo pode ter uma dupla fonte: ou resulta

⁷ Inicialmente, o CP de 1982 utilizava o vocábulo “crime”, entretanto substituído pela expressão “facto ilícito-típico”. Como salienta Maia Gonçalves, a alteração terminológica visou o “afastamento da ideia de culpa como pressuposto da perda, valendo também a medida para os inimputáveis”, *Código Penal Português Anotado e...*, p. 424, ainda que Figueiredo Dias já se referisse apenas a “facto ilícito-típico”, *Actas da Comissão de Revisão do Código Penal*, Ministério da Justiça, 1993, p. 92.

⁸ Neste sentido, *vide* Joao Conde Correia, “Non conviction based confiscation...”, p. 86 e Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de Activos na...*, p. 281. Na jurisprudência, *vide* Ac. nº 6/95 do STJ, onde se afirmou que o CP de 1982 não pressupõe uma sentença condenatória e Ac. TRL de 03/03/2011, onde se reafirma a necessidade da “(...) verificação do acto objectivamente tipificado na lei como crime”. No direito alemão, o art. 76a já abrangia os casos em que nenhuma pessoa podia ser condenada ou processada, abrangendo-se por exemplo, o desconhecimento do autor do crime ou a prescrição, João Conde Correia, “Non conviction based confiscation...”, p. 83.

⁹ M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, 2015, p. 461.

¹⁰ Desta forma, não é necessário que o crime tenha sido consumado ou seja imputável ao agente. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRL de 28/09/2010 e TRP de 07/10/2015.

¹¹ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 71 e 72. Na jurisprudência, *vide* Ac. do TRC de 16/06/2010, que referiu que a perigosidade do objeto é aferida “de um ponto de vista objetivo, em concreto, ou seja, sob o ponto

objetivamente do objeto ou do concreto circunstancialismo do caso: assim, objetos que, em abstrato, se apresentam inofensivos podem, em concreto, mostrar-se perigosos; e, inversamente, objetos que em abstrato se mostrem perigosos podem, na realidade, ser inócuos¹². Contudo, como salienta a jurisprudência, as maiores dificuldades residem no critério da perigosidade, porque está em causa a elaboração de uma probabilidade que permita concluir pela previsão razoável de que os objetos são perigosos por si ou por uma futura utilização ilícita¹³. *Brevitatis causae*, as circunstâncias concretas complementam a natureza objetiva da coisa, delimitando o âmbito de aplicação da norma, independentemente do titular do instrumento¹⁴.

Além disso, é ainda necessário a existência de um nexo de instrumentalidade entre a utilização do objecto e a prática do facto, ou seja, uma relação de causalidade adequada, de forma a que, sem essa utilização, aquela infracção em concreto não teria sido praticada, ou não o teria sido naquela forma, com significação penal relevante. Ou seja, estão em causa os “(...) objetos que surgem de tal modo estreitados e conexos com a própria ação, de modo a que se possa dizer que sem eles a ação não seria possível, poderia ser até impossível, ou pelo menos seria extremamente difícil”¹⁵. Assim, não é necessário que o instrumento tenha sido absolutamente essencial na prática do facto ilícito-típico.

de vista objetivo da coisa em si mesma considerada, mas atendendo às concretas condições em que pode ser utilizado para o cometimento de novos factos ilícitos-típicos; no mesmo sentido, o Ac. TRP de 30/09/2009 afirmou que é relevante “(...) a perigosidade objetiva do bem avaliado em si mesmo e em função das circunstâncias concretas da sua utilização”.

¹² Neste sentido, *vide* Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 177 e Alexandre Lafayette e Victor de Sá Pereira, *Código Penal Anotado e Comentado*, p. 296. Pinto de Albuquerque chama a atenção para o facto de os especiais conhecimentos do agente em relação à utilização do instrumento deverem ser igualmente ponderados e que o critério das “circunstâncias concretas” reveste especial importância nos crimes ocasionais, *Comentário do Código Penal...*, p. 455. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 18/11/2009, referindo que em virtude da “(..) grande perigosidade objectiva do instrumento (...) ainda que a arguida não tenha chegado a ofender fisicamente alguém (...)” com base na “(...) concreta possibilidade da sua utilização como instrumento de agressão de terceiros (...)”, referindo ainda as circunstâncias que rodeavam a situação; *vide* ainda Ac. TRL de 01/02/2011 e Ac. TRP de 02/03/2011 e 03/12/2014.

¹³ Neste sentido, *vide* Ac. TRE de 07/04/2015, Ac. TRG de 17/05/2010 e Ac. TRP de 02/03/2011 e 13/02/2002. Na doutrina, *vide* Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 178 e 179 e Pedro Pato, “Decreto-Lei n.º 15/93...”, p. 532.

¹⁴ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 72. Como salienta o autor, a medida centra-se, sobretudo, no objeto, cuja perigosidade deve ser neutralizada. *Vide* igualmente Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. Parte Geral II...*, p. 622 e 623.

¹⁵ Neste sentido, *vide* Ac. TRC de 16/06/2010, Ac. TRP de 13/03/2013 e 14/05/2014 e Ac. STJ de 13/12/2006 e 28/05/2008. Ainda que a propósito do D.L. 15/93, o STJ no Ac. de 27/09/2006 afirmou que a perda dos instrumentos “(...) deve ter como pressuposto a individualidade executiva e a relevância instrumental, determinante ou essencialmente conformadora do objecto no processo de execução e cometimento do crime”. No D.L. 15/93 dispensa-se o requisito da perigosidade, ainda que tal não signifique que a perda dos instrumentos não tenha em consideração o concreto circunstancialismo do caso, embora se permita uma ampliação dos casos em que a perda pode ocorrer. Como afirma Hélio Rodrigues, a perda dos instrumentos no

Por último, a perda deve ainda obedecer ao princípio da proporcionalidade, apenas sendo declarada em virtude da gravidade do facto ilícito-típico¹⁶. O TC, no Ac. 202/2000, declarou a inconstitucionalidade do art. 31º/10 da Lei nº 30/86 que estabelecia que os instrumentos da infração deveriam, em qualquer caso, ser objeto de perda, estabelecendo que estava em causa um efeito necessário da pena e, como tal, implicaria “(...) necessariamente um obstáculo à ponderação concreta de proporcionalidade da imposição de tal providência sancionatória”.

Contrariamente à perda dos produtos e das vantagens do facto ilícito-típico (que como veremos, visam repor o agente na situação em que se encontrava anteriormente à prática do facto), o interesse estadual na perda dos instrumentos, nos termos do art. 109º/1 do CP, pode conflitar com o direito de propriedade do agente, pois no momento da prática do facto, o agente já detinha os esses bens¹⁷. Todavia, mediante uma ponderação entre a propriedade dos bens e a perigosidade, associada à probabilidade da prática de novos factos ilícitos-típicos, o legislador deu prevalência ao interesse do Estado, tutelando o interesse da comunidade¹⁸.

A natureza jurídica da perda dos instrumentos ainda hoje não é pacífica. Porém, a formulação utilizada pelo legislador permite concluir que não se trata de uma pena ou de um efeito desta ou da condenação – a perda dos instrumentos pode ser proferida, ainda que ninguém seja punido pelo facto, uma vez que não se atende a considerações de culpa, mas à perigosidade que a coisa apresenta; por conseguinte, não sendo necessária qualquer punição, não tem igualmente sentido afirmar que o mecanismo constitui um efeito da mesma. *Brevitatis causae*, a perda dos instrumentos é independente da punição¹⁹.

D.L. 15/93 visa um “ataque” à própria coisa, assentando numa base objetiva, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes...”, p. 196.

¹⁶ Neste sentido, *vide* Ac. TRC de 22/10/2014, Ac. TRP de 03/12/2014, Ac. STJ de 28/05/2008 e 29/02/2012. O Ac. do TRP de 25/05/2011, reportando-se ao D.L. 15/93, refere que a perda dos instrumentos deve ainda equacionar o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da actividade levada a cabo e a utilização que ao objeto foi dada na sua execução, de forma a não ser ultrapassada a “justa medida”. Na doutrina italiana, Anna Maria Maugeri salienta que a Diretiva 2014/42/UE prevê igualmente que a perda dos instrumentos deve ter em consideração a especificidade do processo e que essas medidas sejam proporcionais, nomeadamente face ao valor dos instrumentos “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli...”, p. 306 e ss.

¹⁷ Pedro Caeiro, “O confisco numa perspetiva criminal...” in *O novo regime de recuperação de...*, p. 36 e João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 71. Relativamente à relação entre o direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade, *vide* Ac. STJ de 29/02/2012.

¹⁸ Neste sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 178.

¹⁹ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. Parte Geral...*, p. 627 e 628. A própria Reforma de CP efetuada pelo D.L. 48/95 de 15 de março constitui sinal neste sentido. Por isso, a perda dos instrumentos pode ocorrer com uma sentença de absolvição, despacho de não pronúncia ou despacho de arquivamento. Ainda assim, é necessária alguma cautela, uma vez que é preciso ter em conta o fundamento de

Do mesmo modo, não está em causa uma medida de segurança, porque a perda dos instrumentos assenta na perigosidade do objeto e não do agente do facto ilícito-típico²⁰. Porém, é partindo da figura da medida de segurança que a doutrina destrinça a natureza da perda de instrumentos, considerando-a como uma “providência sancionatória análoga a uma medida de segurança” – o pressuposto essencial traduz-se na existência de um facto ilícito-típico, o que implicaria a natureza penal do instituto; depois, exige-se a perigosidade do objeto, seja pela sua natureza ou pelas circunstâncias concretas; por último, pretende-se prevenir o perigo que o instrumento representa²¹.

No entanto, a aprovação da Lei nº 30/2017 procedeu a diversas alterações que implicam uma nova leitura da norma. Por um lado, e como veremos, a exigência de perigosidade constante do art. 109º/1 manteve-se apenas em relação aos instrumentos do facto ilícito-típico (e já não aos produtos)²². Por outro lado, o legislador introduziu o art. 12º-B na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro, estabelecendo que os instrumentos utilizados ou que se destinassem a ser utilizados na prática de um dos factos ilícitos-típicos referidos no art. 1º/1 dessa Lei devem ser declarados perdidos, ainda que a segurança, a moral ou a ordem pública não sejam colocadas em causa ou não haja o risco de os mesmos serem utilizados em futuros ilícitos-típicos. Assim, não só deixa de ser exigível qualquer perigosidade, como se ordena, de forma expressa, o confisco desses instrumentos²³. Em síntese, a derrogação dos requisitos do art. 109º do CP em relação aos crimes previstos naquele catálogo legal parece implicar que a finalidade preventiva associada à perda dos instrumentos deu lugar a um efeito sancionatório da sua utilização, quando esteja em causa a prática de algum daqueles factos²⁴.

tais decisões (por exemplo, se se concluir pela inexistência de um facto ilícito-típico, é óbvio que não pode haver perda, desde logo por falta de pressuposto essencial). Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 14/09/2011.

²⁰ Neste sentido, *vide*, entre outros, Jorge Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 628 e João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 77 e ss. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRL de 28/09/2010.

²¹ Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 628 e 629 e João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 77 e 78.

²² No parecer relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª, o MP mostrou-se crítico quanto à redação proposta (e que veio a ser aprovada), considerando que a manutenção desses requisitos contrariava diversos diplomas internacionais e europeus, nomeadamente a letra e espírito da Diretiva 2014/42/UE, que dispensa qualquer requisito adicional, ainda que ressalve que o diploma europeu possui um âmbito de aplicação limitado. Assim, a perda deveria ser direta, sem necessidade de qualquer requisito adicional, p. 6 e 7.

²³ Pedro Caeiro critica esta opção legislativa por conduzir a dualidades incompreensíveis, embora afirme que tal se deveu à intenção em cumprir, de forma rigorosa, a definição de instrumentos constante do art. 2º/3 da Diretiva, porque a manutenção do requisito da perigosidade restringia o âmbito de aplicação da norma do diploma europeu, que se refere aos instrumentos como “quaisquer bens utilizados”, *ob. cit.*, p. 31 e 32. No seu parecer relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª, o MP ainda que reconheça a compatibilidade de tal alteração com a Diretiva 2014/42/UE, afirma que a mesma é incompreensível em termos nacionais, concluindo pela impossibilidade de identificar qual o critério utilizado pelo legislador para criar dois regimes distintos. No mesmo sentido, *vide* Parecer da OA relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª.

²⁴ Cura Mariano “A perda de bens de terceiros relacionados...” in *O novo regime de recuperação de...*, p. 162.

Por último, a Lei nº 30/2017 introduziu, no art. 109º/3, a possibilidade da substituição da perda dos bens em espécie pelo respetivo valor. Todavia, tal opção legislativa afigura-se-nos de difícil compreensão, uma vez que, se a perda dos instrumentos se funda em razões preventivas, a eventual perda do seu valor parece assumir também uma natureza sancionatória, decorrente da utilização criminosa desses bens – sem perigosidade, não há razão para declarar a perda dos instrumentos²⁵²⁶.

3. A perda dos produtos e vantagens do facto ilícito-típico

Por sua vez, o regime legal dos produtos e vantagens do facto ilícito-típico encontra-se regulado no art. 110º do CP. De forma sintética, os produtos correspondem aos objetos que foram criados ou gerados através da prática do facto ilícito-típico, enquanto as vantagens traduzem os benefícios ou proventos que resultaram da prática desse facto e que passaram para a disponibilidade do agente, originando um acréscimo da sua situação patrimonial²⁷.

Porém, nos termos do art. 110º/1/a, o legislador define produto como “todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática” – desta forma, o legislador, de forma tautológica, considera que os produtos são “os objetos produzidos”, implicando para o intérprete um esforço acrescido na densificação do conceito²⁸.

²⁵ A opção legislativa parece ser outra consequência da transposição da Diretiva 2014/42/UE – no considerando 14, estabelece-se que a perda pelo valor equivalente podia ser construída como medida subsidiária (quando não fosse possível a perda *in specie*) ou como medida alternativa. Porém, se a primeira hipótese já é discutível, por desvirtuar a natureza dogmática da figura, a segunda colidiria de forma direta, com o seu fundamento.

²⁶ Pedro Caeiro recorda que a perda dos instrumentos não pode assentar na ideia de que o crime não compensa, nem pretender colocar o agente no *status* patrimonial anterior, porque o agente já possuía os bens no momento da prática do facto, *ob. cit.*, p. 36. Alertando para a incoerência desse regime, considerando que somente o efetivo confisco do objeto ou a sua destruição pode cessar a perigosidade que o mesmo encerra, desencadeia ou potencia, *vide* João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 69. Por outro lado, a Proposta nº 51/XIII/2ª previa apenas a perda do valor do instrumento quando o agente, dolosamente, o fazia desaparecer. Contra esta restrição, *vide* Parecer do MP, p. 7. Também no direito espanhol, Margarita Torres manifesta reservas quando ao art. 127º/3 que prevê igualmente a perda pelo valor do instrumento, considerando que essa opção visa finalidades sancionatórias, “La regulación del comiso...”, p. 204 e 231.

²⁷ Neste sentido, *vide* entre outros, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 180 a 183; Pedro Caeiro “Sentido e função do instituto...”, p. 271 e João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 67. Efetuando confusão entre as duas figuras, M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, quando afirmam que os produtos são os objetos alcançados ou produzidos pela atividade criminosa, como a moeda contrafeita, as jóias e o dinheiro resultante de um saque. Na verdade, os produtos correspondem às coisas que, não existindo antes do facto, são por este criadas. Já as coisas adquiridas através do facto são as coisas que já existiam naquele momento e que passaram para a esfera do agente. Assim, naqueles exemplos, apenas a moeda contrafeita é um produto do facto ilícito-típico; os restantes seriam vantagens do mesmo, *Código Penal. Parte...*, p. 461.

²⁸ Neste sentido, por exemplo o Parecer da OA relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª.

Anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 30/2017, o regime da perda dos produtos encontrava-se submetido ao regime da perda dos instrumentos e, por isso, entendia-se que a perda dos produtos assumia igualmente a natureza de medida análoga a uma medida de segurança, em virtude de uma perigosidade, intrínseca ou extrínseca, que apenas cessava com a sua perda (justificando, da mesma forma, a impossibilidade da perda pelo valor)²⁹.

Contudo, com a entrada em vigor daquela Lei, a submissão dos instrumentos e produtos ao mesmo regime, nos termos do art. 109º, deu lugar a uma equiparação entre o regime dos produtos e das vantagens do facto ilícito-típico, de acordo com o art. 110º. Neste sentido, da conjugação da leitura do considerando 11 e do art. 2º/1 da Diretiva 2014/42/UE, resulta que o produto do crime abrange todas as vantagens, direta ou indiretamente resultantes de uma infração penal, podendo consistir em qualquer tipo de bem e abarcando a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto, assim como quaisquer ganhos quantificáveis. Assim, está em causa um conceito amplo de produto, incluindo tudo o que resulta do crime (*producta scleris*, recompensas e vantagens), com um consequente alargamento das situações em que é possível declarar a perda, uma vez que deixou de ser exigível a demonstração da perigosidade ou de qualquer risco³⁰ - por isso, o regime parece estar de acordo com o conceito internacional de *proceeds of crime*.

Todavia, aquele conceito de produto constante da Diretiva não encontra correspondência na terminologia nacional, uma vez que o legislador manteve a tradicional distinção entre instrumentos, produtos e vantagens. Não obstante, na Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª afirma-se que essa mudança de regime permite o cumprimento com as obrigações europeias, uma vez que as definições nacionais e europeias possuem uma “identidade de âmbito”. Dessa forma, a possível sobreposição entre as duas realidades justifica a submissão ao mesmo regime, evitando que “(...) mera diferença de qualificação implique uma alteração substantiva (...) na declaração de perda³¹. Por isso, hoje, a submissão dos produtos e das vantagens ao mesmo regime parece significar, sobretudo, uma mera divisão doutrinal no direito nacional, quanto à distinção entre as figuras.

²⁹ João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 69.

³⁰ João Conde Correia, “Non conviction based confiscation...”, p. 89.

³¹ Para maiores desenvolvimentos sobre as implicações da transposição da Diretiva, *vide* João Conde Correia, “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu...”, p. 90 e ss. No direito espanhol, a utilização de uma terminologia igualmente distinta da Diretiva obriga a uma leitura hábil de forma a saber o que pretendeu o legislador, Margarita Torres, *ob. cit.*, p. 246 e José Díaz Cabiale, “El decomiso tras las...”, p. 8 e ss.

Por conseguinte, a nova localização sistemática parece implicar uma releitura da natureza da perda dos produtos, pois a supressão do requisito da perigosidade e o consequente alargamento do seu âmbito de aplicação significam que o fundamento atual da perda dos produtos do facto ilícito-típico parece residir na recolocação do visado ao *status* patrimonial anterior à prática desse facto³².

Por outro lado, o art. 110º/1/b define como vantagens do facto ilícito-típico “todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem”, abrangendo-se no nº2 “a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito-típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem”. Assim, o legislador definiu igualmente o conceito de vantagem de forma tautológica³³ embora, como referido, estejam em causa quaisquer benefícios patrimoniais resultantes do facto ilícito-típico ou que através dele tenha sido alcançados, desconsiderando-se qualquer perigosidade³⁴.

Como referido, as recompensas dadas ou prometidas encontram-se submetidas ao regime, com o objetivo de impedir o estímulo económico à prática de crimes³⁵. Diferentemente do que sucede com as vantagens, em que o agente pode atuar dolosa ou negligentemente, no caso das recompensas é necessário que o agente aja dolosamente³⁶. Porém, a separação entre as figuras pode ser problemática: Pedro Caeiro³⁷ pronunciou-se criticamente quanto ao art. 111º, na redação dada pela Lei nº 32/2010, referindo que as recompensas deveriam ser consideradas como uma subespécie das vantagens em sentido amplo, distinguindo-se destas pela “(...) existência de uma relação intersubjectiva entre um agente e um disponente, que serve de contexto à atribuição dos bens com o propósito de

³² João Conde Correia “Non conviction based...”, p. 89 e 90. Por esta razão, desenvolveremos a sua natureza jurídica a propósito da perda de vantagens.

³³ Neste sentido, por exemplo, o Parecer da CMVM relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª, p. 12.

³⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – Parte...*, p. 632. No mesmo sentido, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...*, p. 460 e João Conde Correia/Hélio Rodrigues “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01/12/2014”, p. 12. Pedro Caeiro, de forma clara, afirma que as vantagens traduzem, de forma ampla, os bens existentes à data da prática do facto ilícito-típico (excluindo, por isso, os produtos) passando ou destinando-se a passar para a esfera do agente através desse mesmo facto, incluindo-se as recompensas dadas ou prometidas, “Sentido e função do...”, 271.

³⁵ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 83. Na jurisprudência, vide Ac. TRP de 02/03/2011 que, de forma errónea, aplicou o regime da perda dos instrumentos e produtos quando, na verdade, estavam em causa vantagens, na vertente de recompensas prometidas.

³⁶ Neste sentido, M. Miguez e Castela Rio, *Código Penal: Parte...*, p. 466 e Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 460.

³⁷ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 271 a 273, acrescentando que, aparentemente, as recompensas não pressupõem a efetiva prática de um crime pelo beneficiário, sendo legítimo confiscá-las antes da prática de qualquer facto. Defende ainda uma reformulação do artigo, através da criação de uma norma comum às duas realidades.

recompensar”, podendo os bens oferecidos como contrapartida da prática de um crime ser confiscados, ainda que não tenha havido transmissão. *Brevitatis causae*, as recompensas correspondem aos benefícios económicos dados ou prometidos para a prática do facto ilícito-típico (como o prémio pago pelo homicídio), enquanto as vantagens patrimoniais traduzem os benefícios decorrentes da prática desse facto (como o enriquecimento através da burla)³⁸.

Diversamente do que sucedia com a perda dos instrumentos, já se previa que, na impossibilidade da perda em espécie, poderia ter lugar o pagamento ao Estado do respetivo valor, nos termos do atual art. 110º/4, com fundamento na natureza da própria coisa ou nas concretas circunstâncias do caso. Esta solução assume particular relevância nos casos em que as próprias qualidades da vantagem obstam ao seu confisco (*maxime*, o seu caráter imaterial) – por exemplo, a poupança de gastos através da omissão de obras necessárias ao cumprimento de legislação ambiental³⁹. Porém, como resulta da própria lei, está em causa um mecanismo subsidiário, que não pode ser utilizado como forma de obviar às dificuldades da perda *in specie* e que tem por objetivo “(...) conferir efetividade ao confisco, colmatando uma lacuna legal que permitia ao visado subtrair-se ao exercício do *ius puniendi* estadual”, pois na maior parte dos casos, o agente já atuou de forma a (tentar) impedir a perda da vantagem⁴⁰. Assim, pelo fundamento em que assenta – demonstrar que o crime não compensa – é indiferente, desde que respeitada a exigência da lei, a perda dos bens ou do respetivo valor.

As vantagens podem reportar-se, por um lado, a objetos corpóreos ou incorpóreos e, por outro lado, podem traduzir-se num aumento do ativo, na diminuição do passivo, na evitação de prejuízos ou na poupanças de gastos – isto é, tudo aquilo que permita um enriquecimento patrimonial do agente. Além disso, podem ser instantâneas (ocorrendo no momento da prática do facto), continuadas (aumentando com o decorrer do tempo) ou até diferidas para um evento posterior e podem repercutir-se, quer na esfera patrimonial do agente, quer de um terceiro – importante é determinar o montante global⁴¹.

³⁸ João Conde Correia/Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 12. No mesmo sentido, João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 80 e ss. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRC de 08/11/2017.

³⁹ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 87.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 87 e 88, afirmando ainda que a perda em espécie possui um valor simbólico, em virtude das dificuldades práticas, considerando a solução alemã mais adequada, porque permitia uma certa margem de escolha, p. 88, nota 161. A perda pelo sucedâneo foi uma das inovações do D.L. 28/84 de 20 de janeiro, adotada pelo CP aquando da Reforma operada pelo D.L. 48/95, João Conde Correia “A recuperação dos ativos dos crimes contra...”, p. 55, 65 e 66.

⁴¹ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 80 e ss. Para um exemplo de caso real de uma vantagem diferida, *vide* p. 82, nota 144. Do mesmo autor, *vide* “A recuperação dos ativos dos...”, p. 52 e 53.

O cálculo do valor da vantagem deve reportar-se à data da sua aquisição, de acordo com uma perspetiva objetivo-individual (através da utilização de critérios objetivos, de natureza económica, face à realidade económica do agente) e obedecer ao “princípio do ganho líquido” (devendo deduzir-se às vantagens alcançadas os montantes despendidos para a sua obtenção), sob pena de o valor bruto implicar uma ficção de enriquecimento – essencial é efetuar a diferença entre aquilo que o condenado tem e aquilo que teria sem a prática do facto⁴².

Antes da entrada em vigor da Lei nº 32/2010, a declaração da perda de vantagens implicava que esta tivesse sido adquirida, para o agente ou para outrem, diretamente através da prática do facto ou mediante transação ou troca com o objeto diretamente adquirido através do facto ilícito-típico. Assim, os benefícios resultantes indiretamente do facto (na segunda ou posterior transação) não podiam ser considerados como vantagem do crime – por isso, esta restrição ao primeiro elo da cadeia de transações frustrava o restabelecimento do *status* patrimonial do agente. Contudo, a Lei nº 32/2010 suprimiu o vocábulo “diretamente”, permitindo a perda de vantagens indiretas como os juros e lucros, embora existissem autores que defendiam uma interpretação restritiva, em virtude do art. 111º/3 (na versão desta Lei) manter a referência aos “benefícios obtidos na primeira operação”⁴³. Porém, após a entrada em vigor da Lei nº 30/2017, integram-se no art. 110º/1/b “(...) todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente (...)”, pelo que, hoje, tal questão se encontra ultrapassada⁴⁴.

De forma coerente com o arquétipo do regime, o art. 110º/5 estabelece que a perda deve ser declarada, ainda que ninguém seja punido, bastando a existência de um facto ilícito-

⁴² Neste sentido, *vide* Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...*, p. 461 e João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 89 e ss. Quanto à possibilidade de utilização de estimativas para calcular a vantagem, contrariamente ao direito alemão (fundada em razões de simplificação e celeridade processual (*ex art. 73b StGB*)), o direito português não faz qualquer menção.

⁴³ Neste sentido, *vide* Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *Recuperação de ativos na...*, p. 184 e 185 e Hélio Rodrigues “Perda de bens no crime de...”, p. 212. Por outro lado, João Conde Correia afirmava que a comparação entre o regime anterior e posterior à Lei nº 32/2010 e a eliminação do advérbio “diretamente” já permitia concluir que se encontrava abrangido tudo o que, direta ou indiretamente, resultava do facto ilícito-típico, “A recuperação dos ativos dos...”, p. 61. No mesmo sentido, *vide* Érico Fernando Barin “Alargar a perda alargada...”, p. 60.

⁴⁴ Pinto de Albuquerque, antes da aprovação da Lei nº 30/2017, alertava para a incompatibilidade da opção legislativa com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Português em vários diplomas, que não estabeleciam distinção entre vantagens diretas e indiretas, *Comentário do Código Penal...*, p. 461.

típico, sem qualquer apreciação da culpa, consagrando-se, desta forma, uma cláusula geral idêntica ao art. 109º/2⁴⁵.

Uma breve nota relativamente à compatibilidade entre o art. 110º/6 e o art. 130º/2 – uma leitura conjugada das normas permite concluir que a perda de vantagens deve ocorrer, independentemente da existência de um pedido de indemnização civil, embora os direitos do ofendido estejam sempre ressalvados. Assim, o legislador optou por um sistema misto, uma vez que a obrigação de confisco é geral, sobrepondo-se à vontade dos sujeitos, mas salvaguardam-se os seus direitos, através da adjudicação dos bens objeto de perda ou do produto da sua venda – neste sentido, a perda é autónoma do pedido de indemnização civil⁴⁶.

Na linha de Figueiredo Dias, a generalidade da doutrina afirma que, enquanto nos instrumentos está em causa uma perigosidade imediata, a perda das vantagens (e dos produtos) fundamenta-se na ideia de que “o crime não compensa”, de forma a prevenir e remediar o enriquecimento derivado do facto ilícito-típico⁴⁷. Assim, pretende-se colocar o agente no *status* patrimonial em que o mesmo se encontrava antes da prática do facto, restabelecendo uma ordem patrimonial conforme ao direito. Por isso, é suficiente o mero enriquecimento para desencadear o funcionamento do instituto, pois seria incoerente sancionar dada conduta, mas permitir que o agente dela beneficie patrimonialmente.

Contudo, se as finalidades da perda de vantagens (e dos produtos) não suscitam discussão, já a sua natureza jurídica não é consensual: tal como referimos a propósito dos instrumentos, não está em causa uma pena ou um efeito desta ou da condenação, precisamente porque basta um facto ilícito-típico. Assim, Jorge de Figueiredo Dias⁴⁸ defende

⁴⁵ Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 30/09/2015 e Ac. TRL de 18/06/2018. A Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª, diferentemente, estabelecia que a “perda tem lugar, ainda que o agente não possa ser punido pelo facto de ter sido declarado inimputável ou por ter ocorrido a sua morte”. O MP, no seu parecer, considerou que a referência à inimputabilidade era incompreensível e inadequada, desde logo por conflitar com a expressão mais ampla “facto ilícito-típico”, que permite abranger a falta de consciência da ilicitude ou a existência de uma causa de exclusão da culpa, p. 10 a 12. Considerando igualmente estar em causa uma fórmula mais restritiva, *vide* Parecer da AO relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª.

⁴⁶ Para maiores desenvolvimentos, *vide* João Conde Correia/Hélio Rodrigues “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães...”, p. 9 e ss; João Conde Correia/Hélio Rodrigues “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial...”, p. 14 e ss; Maria do Carmo Silva Dias, “Perda alargada prevista...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 96 e 97. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRL de 04/04/2019 e Ac. TRP de 11/04/2019 (relatado por Maria Dolores Silva e Sousa).

⁴⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – Parte...*, p. 628 e 638; João Conde Correia “Non conviction based...”, p. 91. Deste autor, *vide* ainda *Da proibição do...*, p. 80 e 81 e “Reflexos da Diretiva...”, p. 91; Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues *Recuperação de activos na...*, p. 183 e ss. Como afirma Maia Gonçalves, já na perda das vantagens está em causa uma perigosidade mediata ou abstrata, *Código Penal Português Anotado...*, p. 436.

⁴⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 638. Seguindo esta orientação tradicional, *vide* Ac. TC nº 336/2006. Por sua vez, Pedro Caeiro defende que, tendo em conta as suas finalidades, a perda de vantagens encontra-se

que estamos perante uma “providência sancionatória análoga a uma medida de segurança”, com o propósito de prevenção da criminalidade em globo, quer sobre o próprio agente do facto (prevenção especial), quer reflexamente sobre a sociedade (prevenção geral), reforçando ainda a vigência da norma (prevenção geral positiva) – a natureza análoga resultaria da finalidade de prevenção da prática de futuros crimes, através da demonstração ao agente e à comunidade que, no caso da prática de factos ilícitos-típicos, proceder-se-á a uma ordenação do património de acordo com o direito.

Porém, concordamos com João Conde Correia⁴⁹, quando afirma que tal conceção é incoerente com a desnecessidade de demonstração de qualquer perigosidade, seja dos produtos ou das vantagens, considerando que “(...) uma providência sancionatória aplicada sem perigosidade dificilmente poderá ser análoga a uma medida de segurança”.

4. Breves considerações

Após esta visão do regime da perda clássica, chegou o momento de tecer algumas considerações. Assim, bastando um facto ilícito-típico, não está em causa uma pena ou um seu efeito, porque a punição não é necessária; do mesmo modo, a desnecessidade de qualquer perigosidade, pelo menos no tocante à perda dos produtos e vantagens, exclui a sua natureza como medida de segurança⁵⁰. Dessa forma, se a perda dos instrumentos como medida análoga a uma medida de segurança parece assentar num raciocínio, diríamos, algo forçado e artificial, afastamo-nos liminarmente dessa conceção relativamente à perda dos produtos e vantagens, justamente pela ausência de qualquer perigosidade – as próprias alterações efetuadas pela Lei nº 30/2017 parecem conduzir ao afastamento de tal orientação. De forma

mais próxima das penas do que das medidas de segurança, na medida em que a ideia de que o crime não compensa se dirige, em primeira linha, à comunidade (prevenção geral) e só depois ao agente (prevenção especial), “Sentido e função do...”, p. 307 e 308. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRL de 18/06/2018.

⁴⁹ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 96 e 97. No mesmo sentido, Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens do crime...” in *O novo regime de recuperação de ativos...*, p. 47 e do mesmo autor “Perda de bens no crime de tráfico...”, p. 201. Pedro Caeiro afirma que, ainda que se encontre preenchido um dos pressupostos da medida de segurança (facto ilícito-típico), falta ainda o outro elemento – a concreta perigosidade do agente e, mesmo que se torcesse o instituto de forma a incidir a perigosidade sobre a situação patrimonial, não podemos esquecer que o instituto não exige qualquer perigosidade, “Sentido e função do...”, p. 307.

⁵⁰ Jorge dos Reis Bravo entende que o regime da perda clássica assume natureza mista de reação penal e de medida de segurança, destinando-se a sancionar o comportamento ilícito do agente e, ao mesmo tempo, prevenir a prática de futuros crimes, que podem vir a ser praticados com esses meios, “Criminalidade contemporânea e...”, p. 126.

sintética, entendemos que os três institutos têm finalidades preventivas, ainda que com grau diferenciado⁵¹.

Assim, Pedro Caeiro⁵² considera a perda clássica como um *tertium genus*, a par da pena e da medida de segurança – todas assentam na necessidade de um facto ilícito-típico, acrescentado depois elementos particulares para o respetivo funcionamento. Não obstante, acompanhamos Maria João Antunes e Manuel Costa Andrade⁵³ que, considerando o teor dos arts. 109º/2 e 110º/5 e o próprio elemento sistemático, referem que as três modalidades de perda se enquadram no âmbito das consequências jurídicas de um comportamento que a lei define como [facto ilícito-típico], enquanto forma de realização da justiça. Dessa forma, o confisco ainda integra “(...) o *multiversum* que constitui o exercício do *ius puniendi* estadual, não havendo aqui nenhum espaço de oportunidade ou (discricionariedade) na sua declaração”⁵⁴ – a omissão de tal atuação, no caso dos produtos e vantagens, produz um efeito contraditório, demonstrando que, na verdade, o crime pode compensar⁵⁵.

Capítulo III – A insuficiência da “perda clássica” e a introdução da perda alargada

Hoje, a perda dos produtos e vantagens do crime assume uma relevante finalidade preventiva, porque uma das principais razões para a prática de crimes é o lucro. Por isso, através de uma análise de custo/benefício, a condenação é equacionada no momento da

⁵¹ Maria do Carmo Silva Dias recorda a posição de Inês Ferreira Leite, que defende que a perda dos produtos e vantagens possui uma finalidade marcadamente punitiva (ainda que possuam finalidades complementares reparatórias e de prevenção geral), em virtude da possibilidade de cumulação desses mecanismos com a indemnização ao lesado, que não fica excluída pelo disposto no (ex) art. 111º, nos arts. 35º e 36º do D.L. 15/93 e nos art. 7º e ss. da Lei nº 5/2002 e ainda da possibilidade de redução do valor perdido pelo agente e função da sua situação socioeconómica, “Perda alargada prevista na...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 92, nota 11. Na doutrina espanhola, José Díaz Cabiale defende não estar em causa um instituto civil, pois a perda dos instrumentos, produtos e vantagens constitui uma manifestação do poder punitivo do Estado, com finalidades retributivas e de prevenção geral e especial e que o Estado não possui qualquer direito ou um legítimo interesse privado sobre os bens que resultam, em princípio, de uma atividade criminosa e relativamente aos quais nunca integraram o seu património, “El demisso tras las...”, p. 43.

⁵² Pedro Caeiro “Sentido e função do...”, p. 308.

⁵³ Maria João Antunes e Manuel Costa Andrade, “Da apreensão enquanto garantia processual”, p. 366. Neste sentido, *vide* igualmente Maria do Carmo Silva Dias, *ob.cit.*, p. 92 a 95 e 97. Defendendo que o regime português é restaurativo (e não repressivo ou preventivo), estando em causa uma consequência jurídica do [crime], Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens do crime...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 53 a 55.

⁵⁴ João Conde Correia/Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens e a pretensão...”, p. 25 a 27.

⁵⁵ Na jurisprudência, *vide* Ac. TRG de 25/03/2019, onde se afirmou que o Estado não se pode limitar a aplicar uma pena, ignorando as consequências patrimoniais que resultaram desse facto, estando ultrapassada a ideia de que “(...) mais do que na aplicação da pena é na provação dos benefícios patrimoniais obtidos com a prática de crimes que o legislador vem respondendo às renovadas exigências de prevenção criminal”.

prática do crime como um (possível) sacrifício para a aquisição de um benefício económico⁵⁶. Consequentemente, a aplicação de uma pena “(...) não anula o sentimento de compensação material trazida pelo crime”. Nestes casos, apenas o risco de perda do património pode constituir um elemento dissuasor da prática do crime⁵⁷.

Todavia, os mecanismos clássicos de confisco têm-se mostrado obsoletos na luta contra a criminalidade organizada e económico-financeira, porque se encontram condicionados à demonstração da ligação entre o facto ilícito-típico e o bem alcançado – tal prova é bastante difícil (e muitas vezes até impossível), em virtude das manobras de dissimulação da verdadeira origem dos bens. Ora, não se provando tal conexão, essas vantagens não podem ser objeto de perda, continuando na disponibilidade do agente, criando na comunidade a ideia de que o crime pode realmente compensar⁵⁸.

Desta forma, as dificuldades em estabelecer aquela ligação, associada à ineficácia das tradicionais reações penais conduziu à introdução de certos mecanismos, com vista ao combate à criminalidade económico-financeira, com destaque, no direito português, para a perda alargada.

1. O direito internacional e o direito europeu

No direito internacional, o art. 5º/7 da Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, o art. 12º/1 e 7 da Convenção da ONU contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000 e o art. 31º/8 da Convenção da ONU contra a Corrupção de 2003 possuem um aspeto comum: nestes textos, os Estados são aconselhados a estabelecer uma inversão do ónus da prova relativamente à origem lícita de certos bens, desde que tal medida seja compatível com os respetivos ordenamentos jurídicos. No entanto, tais textos internacionais limitam-se a exercer pressão política sobre

⁵⁶ Anabela Miranda Rodrigues, “Direito Penal Económico- fundamento e...”, p. 21. No mesmo sentido, João Conde Correia/Hélio Rodrigues “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães...”, p. 8 e Érico Fernando Barin “Alargar a perda alargada...”, p. 55 a 57.

⁵⁷ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 275. Como afirma João Conde Correia, a questão penal e a patrimonial integram o mesmo problema, *Da proibição do...*, p. 62. Vide ainda Alceu Corrêa Junior, *Confisco penal – alternativas à ...*, p. 24.

⁵⁸ Neste sentido, Jorge dos Reis Bravo “Criminalidade contemporânea e...”, p. 126 e João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 100 e 101. Na doutrina estrangeira, Vervaele, embora não se reportando à perda alargada, já considerava que as sanções de confisco, em muitos casos, não se encontram restritas aos factos descritos na acusação, mas também a factos similares; podem ainda implicar um ónus da prova mais ligeiro face à origem dos bens, mediante indícios suficientes ou que sejam plausíveis, “Les sanctions da confiscation en droit penal...” p. 40.

os Estados, uma vez que não possuem força vinculativa, pois apenas se refere a possibilidade e não o dever de colocar o ónus da prova da licitude do património ao agente⁵⁹.

No espaço jurídico europeu⁶⁰, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime de 1990 reconheceu que o combate à criminalidade grave implica a utilização de métodos modernos e eficazes, devendo os Estados adotar as soluções que se mostrem necessárias para permitir decretar a perda de instrumentos e produtos ou bens, cujo valor corresponda a esses produtos. Na mesma linha, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo de 2005 reafirmou que os Estados devem adotar medidas que possibilitem declarar a perda de instrumentos, de bens branqueados e de produtos ou bens cujo valor corresponda a estes e que, no caso da prática de uma ou mais infrações graves, deve exigir-se ao seu autor a demonstração da origem lícita dos bens suspeitos de constituírem produtos ou de outros bens suscetíveis de perda, desde que tal exigência seja compatível com os princípios de direito interno.

No âmbito da União Europeia⁶¹, depois do Tratado de Amesterdão e do Conselho Europeu de 1997, foi adotado o Plano de Ação contra a criminalidade organizada, que atribuía destaque inicial à luta contra o branqueamento. Assim, na Estratégia da União Europeia para o início do novo milénio de 2000 é sugerida a possibilidade de mitigar e de tornar menos rigorosas as regras em matéria do ónus da prova relativamente à origem lícita dos bens, seja no âmbito penal, civil ou fiscal, quando o agente seja condenado por um crime grave - o incumprimento de tal ónus permitiria ao tribunal considerar tais bens como produtos do crime e, por isso, objeto de confisco. Na linha desta estratégia, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime estabeleceu que os Estados deviam adotar as medidas e procedimentos que se mostrassem necessários para que, nos casos em que os produtos do crime não possam ser apreendidos, seja possível o confisco de bens cujo valor corresponda a esses produtos,

⁵⁹ Jorge Godinho “Brandos Costumes...”, p. 1328 e 1329. Na linha daqueles textos internacionais encontra-se igualmente a Recomendação nº 4 do GAFI de 2012.

⁶⁰ Para alguns desenvolvimentos, Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 75 e ss.

⁶¹ Pedro Caeiro divide a evolução europeia em matéria de perda de instrumentos, produtos e vantagens em três fases, “O confisco numa perspetiva...”, in *O novo regime de recuperação...*, p. 26 e ss.

quer em procedimentos internos, quer em procedimentos instaurados a pedido de outro Estado-Membro.

Posteriormente, foi aprovada a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, onde se reafirma que o principal objetivo da criminalidade organizada é o lucro e que um combate eficaz à mesma implica a perda dos produtos do crime. Porém, reconhece-se que as divergências existentes entre as legislações dos Estados-Membros constitui um obstáculo a esse combate. Como tal, o diploma pretendia que os Estados-Membros estabelecessem regras para regular a perda dos produtos do crime, nomeadamente quanto ao ónus da prova relativo à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infracção relacionada com a criminalidade organizada⁶². Dessa forma, estabeleceram-se três modalidades distintas de perda alargada, que partilhavam a necessidade de prova do conhecimento da origem ilícita do património, exigindo-se ainda que o tribunal estivesse plenamente persuadido em relação a essa mesma origem, através de factos específicos, permitindo-se a declarar a perda de bens “(...) sem que seja necessário demonstrar que os mesmos estejam directamente vinculados com os concretos factos que são objeto do processo penal em questão”⁶³. Não obstante, o real objetivo deste diploma parece ter sido a introdução, nos diversos ordenamentos jurídicos, do conceito de “perda alargada”⁶⁴.

A Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda reafirma que a principal motivação da criminalidade organizada é o lucro e, por isso, a prevenção e o combate à mesma deve centrar-se na deteção, congelamento, apreensão e perda dos produtos do crime. Nesse sentido, para além do reconhecimento mútuo de medidas temporárias (como o congelamento e apreensão), é essencial o reconhecimento mútuo das decisões de perda dos produtos do crime, pretendendo-se reforçar o objetivo da Decisão-Quadro 2005/212/JAI em

⁶² Considerandos 1 e 10 da Decisão-Quadro 2005/212/JAI.

⁶³ Para maiores desenvolvimentos, *vide* Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 197 a 213 211 e Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1332 a 1334. Determinados autores entendem que a perda alargada se insere dogmaticamente e corresponde à modalidade do art. 3º/2/c - neste sentido *vide* Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens do...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 63 e Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...* p. 226. Contra, João Conde Correia, “O confisco e a “fixação” do enriquecimento ilícito...”, p. 261 e 262.

⁶⁴ Michele Simonato, “Extended Confiscation of Criminal...”, p. 729. No mesmo sentido, Pedro Caeiro entende que o estabelecimento de novos mecanismos de perda alargada não é coerente com o objetivo de suprir a insuficiência do regime vigente, resultante do incumprimento em declarar a perda de produtos resultantes de infrações puníveis com pena privativa da liberdade com duração superior a um ano. Por isso, entende tratar-se de um pretexto com o propósito político criminal camuflado para introduzir novos sistemas de confisco alargado nos diversos Estados-Membros, *ob.cit.*, p. 28

assegurar que todos os Estados-Membros disponham de regras eficazes aplicáveis à perda dos produtos do crime, incluindo a inversão do ónus da prova relativamente à origem dos bens na posse de uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada⁶⁵.

No entanto, o quadro geral neste âmbito mostrou-se inadequado a atingir os objetivos da UE – a possibilidade de adoção de entre três modalidades distintas conduziu a uma divergência de conceitos e disparidades entre os Estados-Membros, dificultando a cooperação judiciária. Por isso, a 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, resultou de um quadro normativo incoerente, associado à importância crescente da perda de bens, enquanto mecanismo de combate a atividades ilícitas que têm por escopo a obtenção de lucro. Assim, reitera-se que o combate eficiente à criminalidade organizada pode implicar que, em certos casos, a declaração de perda se reporte, não apenas aos bens que se encontrem conexados com o crime em questão, mas também a bens que o tribunal conclua constituírem produto de outros crimes. Reforça-se ainda a necessidade de aprofundar a harmonização no âmbito da perda alargada, mediante o estabelecimento de uma única norma, com exigências mínimas comuns, de forma a facilitar e promover a confiança mútua, tornando mais eficaz a referida cooperação entre os Estados.

Por último, deve ainda salientar-se a jurisprudência do TEDH em relação a diversos modelos de confisco adotados pelo Estado. Como afirmou recentemente, o *standard* europeu e internacional encoraja a perda de bens que estejam em conexão com certas infrações (como a corrupção, branqueamento de capitais ou tráfico de estupefacientes), mesmo sem uma prévia condenação e que o ónus de provar a licitude dos bens em causa pode ser legitimamente imposto ao agente. Reiterou ainda que o confisco pode abranger, não apenas o produto direto do crime, mas outros acréscimos e benefícios indiretos, podendo ainda referir-se não apenas aos suspeitos da prática de crimes, mas também a terceiros que não se encontrem de boa-fé⁶⁶. Assim, e como veremos, a jurisprudência do TEDH parece aceitar a

⁶⁵ A este propósito, *vide* considerandos 7 e 8. Contudo, de forma incoerente, esta Decisão-Quadro permitia que um Estado-Membro recusasse executar uma decisão de confisco, se o Estado de emissão tivesse adotado um sistema de perda alargado distinto do por si adotado - assim, verdadeiramente, o reconhecimento mútuo dessas decisões apenas ocorreria de acordo com o modelo adotado pelo Estado de execução. A contradição entre as decisões-quadro é flagrante. Neste sentido, *vide* Michele Simonato, *ob. cit.*, p. 730 e 731.

⁶⁶ Ac. *Gogitdze* c. Geórgia, parágrafos 102 a 105. Para uma análise breve deste Ac., *vide* Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, “Recuperação de activos – confisco sem acção...”, p. 1 a 8.

compatibilidade dos regimes de perda alargada com a CEDH, quando se verificarem, de forma cumulativa, a condenação do agente, a suspeita da prática de outros ilícitos, a existência de património com origem desconhecida e não exista justificação para a mesma, desde que o arguido tenha a possibilidade de rebater a existência da presunção em que assenta o regime.

2. A introdução da perda alargada no regime português

Como referido, no intuito de combater as novas formas de criminalidade, os Estados procuraram formas de declarar a perda de vantagens, prescindindo da exigência de uma conexão entre o facto e a respetiva vantagem. Essas medidas podem basear-se, por um lado, na própria ilicitude material, como sucede com a incriminação do branqueamento de capitais, com a(s) tentativa(s) de criminalização do enriquecimento ilícito e com as medidas fiscais de tributação do património ilícito ou, por outro lado, traduzir-se em consequências jurídicas do facto ilícito-típico ou crime⁶⁷. Ora, é precisamente nesta última “categorização” que a perda de bens a favor do Estado, prevista no art. 7º da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro, se integra.

Assim, o legislador português estabeleceu na Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro um regime especial de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, introduzindo um conjunto de regras relativamente à “quebra do segredo profissional”, um regime especial de recolha de prova e um regime de perda de bens a favor do Estado⁶⁸.

⁶⁷ Para um estudo mais aprofundado de cada uma das medidas, *vide* João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 41 e ss, e...”, p. 32 e ss; Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado no...”, p. 295 e 296; Érico Fernando Barin, “Alargar a perda alargada...”, p. 61 a 65 e Augusto Silva Dias “Criminalidade Organizada e...”, p. 32 e ss. Este autor refere ainda que as diversas soluções propostas assentam no alargamento do próprio conceito de lucro, que abrange toda a vantagem económica que se presume obtida através de uma atividade criminosa. Mais. Esse conceito cada vez mais lato manifesta-se ainda em termos subjetivos, produzindo efeitos em relação a terceiros, *ob. cit.*, p. 31 e 32.

⁶⁸ Jorge Dias Duarte salienta que a Lei nº 5/2002 repercutiu-se no âmbito do processo penal, nas regras consagradas no CP e em legislação extravagante, sem preocupações quanto a uma compatibilização de regimes aparentemente contraditórios, não se sabendo quais as concretas preocupações do legislador nacional, em virtude da ausência de um preâmbulo, enquanto instrumento de transparência política, “Lei nº 5/2002...”, p. 141 e 142. Note-se, porém, que o regime da perda alargada assume uma dimensão, sobretudo substantiva, enquanto os outros regimes assumem um carácter processual, pelo que a teleologia de cada um impõe considerações separadas. Em comum aos três regimes está o facto de somente operarem relativamente a um catálogo de crimes que, como veremos, parece não se mostrar uma solução particularmente adequada. Como afirma João Conde Correia, o legislador endureceu o regime tradicional de perda, uma vez que para além do crime pelo qual o agente foi condenado, podem ter sido praticados outros crimes “(...) cujos efeitos patrimoniais importa apagar”, “A recuperação de ativos dos crimes contra...”, p. 66.

A perda alargada consiste num mecanismo que permite declarar a perda de bens, sem a necessidade de provar a sua origem concreta – pretende-se confiscar o valor do património incongruente do agente condenado por um dos crimes elencados no catálogo do art. 1º/1 daquela Lei, pelo que a opção legislativa parece basear-se, como melhor veremos, num critério aritmético de desconformidade patrimonial entre duas realidades: o património do arguido e os respetivos rendimentos lícitos⁶⁹.

Como referimos, a Diretiva 2014/42/UE estabeleceu apenas uma modalidade de perda alargada, mediante a convicção razoável do tribunal quanto à origem criminosa de certo património (*in casu*, bens em espécie) – tal poderia ocorrer através de um sistema da maior probabilidade de os bens possuírem origem ilícita por resultarem de um comportamento criminoso ou de um sistema de presunções, nos termos do considerando 21. Nesse sentido, o art. 5º/1 da Diretiva refere que o tribunal deve decidir se os bens em causa resultaram de um comportamento criminoso, “com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis⁷⁰”.

No entanto, a transposição do diploma europeu através da Lei nº 30/2017 não implicou alterações substanciais na Lei nº 5/2002 – além do alargamento do âmbito de aplicação do regime a outros crimes, efetuaram-se alterações ao art. 12º, relativo ao arresto, e foram introduzidos os art. 12º-A e 12º-B, relativos à investigação financeira ou patrimonial e à perda dos instrumentos. Desta forma, o legislador nacional manteve o mecanismo constante no art. 7º e ss. baseado apenas na presunção de ilicitude do património incongruente, como sucedia desde a entrada em vigor do diploma. Ou seja, enquanto o sistema português assenta numa presunção de desconformidade ilícita, o mecanismo constante da Diretiva afirma que essa incongruência é um elemento que pode ser tido em consideração pelo tribunal, para aferir a existência de um comportamento criminoso. Por isso, a perda alargada prevista no direito português não encontra verdadeira correspondência

⁶⁹ Este regime integra-se, por isso, no modelo abstrato de confisco de bens suspeitos de origem ilícita. Para alguns desenvolvimentos sobre os diversos modelos, *vide* João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 46 e ss. Porém, mais recentemente, afirma que a Lei nº 5/2002 não consagra qualquer regime de perda alargada: na verdade, essa designação apenas se generalizou na doutrina e *praxis* quotidiana, sem ter em conta a real natureza do mecanismo português, “O confisco e a “fixação” do...”, p. 266.

⁷⁰ Maria do Carmo Silva Dias salienta que a referência às provas disponíveis significa que são admitidas todas as provas levadas ao processo por qualquer sujeito processual, sendo admissível a prova direta e indireta/indiciária; além disso, a imposição ao tribunal da análise das circunstâncias do caso parece indicar a preferência do legislador europeu pelo conhecimento da perda alargada no âmbito do processo penal, “Perda alargada’ prevista na Diretiva...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 99 e 100.

na Diretiva. Assim, concordamos com Pedro Caeiro⁷¹, quando afirma que a Diretiva se apresenta mais ampla do que a formulação portuguesa, porque existe a possibilidade de declarar a perda alargada, mesmo na ausência de incongruência patrimonial (pois, esta constitui um indício da origem ilícita do património). Não obstante, quanto à fundamentação em factos concretos, o diploma europeu mostra-se mais exigente, uma vez que não é suficiente a existência de uma presunção.

Assim, a perda alargada constante do art. 7º/1 assenta numa presunção, de acordo com a qual constitui vantagem de atividade criminosa “a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”. Ou seja, o legislador português trata como perda de bens a perda do valor incongruente, ainda que a perda do valor constitua, em regra, um sucedâneo da perda em espécie, nos casos em que esta não é possível. No entanto, o legislador apenas consagrou nesta Lei a perda do valor do património incongruente, que não pode sequer ser considerada como um mecanismo subsidiário, uma vez que a perda de bens em espécie não se encontra prevista no diploma⁷². Sinteticamente, a perda alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE reporta-se à perda de bens em espécie que resultam de uma atividade criminosa do agente, constituindo a perda do valor um sucedâneo, nos casos em que aquela não é possível; já a Lei nº 5/2002 assenta apenas na

⁷¹ Pedro Caeiro, “O confisco numa perspetiva...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 33. No mesmo sentido, Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens do crime...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 63 e 64. João Conde Correia refere ainda que uma interpretação literal do art. 5º/1 da Diretiva 2014/42/UE parece implicar uma reformulação do regime de perda alargada do direito nacional, desde logo tendo em conta o conteúdo do considerando 21, “Reflexos da Diretiva...”, p. 97

⁷² Neste sentido, Damião da Cunha, *Medidas de combate à criminalidade...*, p. 14 a 16 e 25 e João Conde Correia, “O confisco e a “fixação”...”, p. 262 e 263. Para maiores desenvolvimentos e criticando esta opção legislativa, Maria do Carmo Silva Dias, *ob. cit.*, p. 108 a 115. Neste sentido, *vide* igualmente João Conde Correia que considera que o regime português se aproxima sobretudo dos sistemas de enriquecimento ilícito, assentando numa desproporção abstrata, “Non Conviction based...”, p. 92, nota 60 e Jorge Reis Bravo, que defende que o modelo português de confisco alargado parece estender-se a bens cuja relação com o crime não se encontra demonstrada, aproximando-o de um modelo de confisco do património incongruente, semelhante ao enriquecimento ilícito, “Investigação financeira ou patrimonial...” in *O novo regime de recuperação de...*, p. 310, nota 15. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 17/09/2014 que refere que o mecanismo não incide propriamente sobre bens determinados, mas sobre um valor resultante da diferença entre o património e os rendimentos lícitos e Ac. TRP de 11/04/2019 (relatado por Elsa Paixão), que afirma que na perda alargada é declarado perdido o valor do património incongruente e não os bens concretos, bem como Ac. TRG de 19/06/2017 e Ac. TRP de 11/06/2014 e de 15/04/2015. No direito estrangeiro, na legislação alemã, o nº2 do art. 73d do StGB previa a possibilidade de perda do valor dos objetos que não podiam ser perdidos em espécie. Já no direito espanhol, está em causa uma verdadeira perda de bens em espécie que pode, no entanto, ser substituída por um valor equivalente quando não seja possível proceder ao confisco *in specie*. Na doutrina espanhola, e para maiores desenvolvimentos, *vide* Margarita Torres, “La regulacion del comiso...”, p. 251 e ss.

perda do valor desse património e não de quaisquer bens em espécie – nesse sentido, na Lei nº 5/2002, não se encontra consagrada, em rigor, uma verdadeira perda alargada de bens.

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII, refere-se que a eficácia dos mecanismos repressivos é insuficiente se o agente for condenado por um dos crimes aos quais o regime é aplicável e puder conservar, no todo ou em parte, os lucros que alcançou através de uma “carreira criminosa”, que não só constituem o móbil do crime, como podem constituir o meio de continuar o exercício dessa atividade criminosa⁷³. Assim, este regime tem por objeto um património que não resulta do crime *sub judice* e que, por isso, não está em ligação direta com o facto principal. A perda alargada estende o confisco a bens com origem desconhecida que se encontram na titularidade (ou não, como veremos) do agente, através, por exemplo, do estabelecimento de presunções, cuja base factual é a condenação por determinados crimes tipicamente lucrativos⁷⁴.

A perda de bens a favor do Estado, em especial a perda alargada, possui essencialmente, uma dupla finalidade: retrospectivamente, pretende-se combater a existência de lucros que se presumem ilícitos, demonstrando que o crime não constitui uma fonte legítima de rendimentos (acentuando finalidades de prevenção geral e especial); e, prospectivamente, evitar que os ganhos obtidos ilicitamente sejam utilizados na prática de novos factos ilícitos ou que sejam investidos na economia lícita, potenciando os riscos de concorrência desleal no mercado⁷⁵. Por isso, o restabelecimento da verdade patrimonial é

⁷³ Assim, as dificuldades probatórias em estabelecer a concreta origem criminosa de um bem é uma das razões igualmente apontadas pela jurisprudência portuguesa para a introdução do regime - por exemplo, o Ac. do STJ de 24/10/2006 estabeleceu que “o legislador considerou que nem sempre se afigura fácil a prova de que os bens patrimoniais dos arguidos em certos crimes organizados ou económico-financeiros são vantagens provenientes da actividade ilícita e, portanto, constituiu uma série de mecanismos que tornam muito difícil para os agentes de tais crimes prevalecerem-se da dúvida”, impedindo “(...) os agentes criminosos de se refugiarem, quanto a esse aspeto, numa mera aparência de legalidade ou de se prevalecerem da dúvida”. No direito espanhol, na Exposição de Motivos da *Ley Orgánica 1/2015*, o legislador parece ir no mesmo sentido, ao falar em “crimes que normalmente geram benefícios económicos, Margarita Torres, *ob. cit.*, p. 247.

⁷⁴ Pedro Caeiro, “Sentido e função...”, p. 278. Na doutrina espanhola, Gonzalo Quintero Olivares afirma que apenas a equiparação entre o inexplicável e o ilícito é a única forma não ingénua de combater os benefícios alcançados pela criminalidade atual, “Sobre la ampliación del...” p. 4. Porém como adverte Augusto Silva Dias, o facto de o lucro ser injustificado não significa, necessariamente, que seja ilícito - o enriquecimento ilícito corresponde ao lucro que se prova resultar da prática de crimes, enquanto o enriquecimento injustificado traduz as vantagens em relação às quais não existe uma explicação ou a justificação apresentada não é satisfatória para dissipar as dúvidas em relação à origem das mesmas, “Criminalidade organizada e...”, p. 31 e 32.

⁷⁵ Entre outros, *vide* Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 20; Euclides Dâmaso e José Luís F. Trindade, “Recuperação de activos: da perda ampliada...”, p. 2, João Conde Correia, *Da proibição do confisco...*, p. 63 e 64; Jorge Godinho, “Brandos costumes...” 1351. Damião da Cunha acrescenta que, no âmbito da criminalidade organizada e económico-financeira, está em causa um duplo juízo de probabilidade, assente numa prognose para o futuro e passado: por um lado, a provável continuação da atividade criminosa

uma questão de justiça, porque permitir a manutenção de vantagens ilícitas pode minar os alicerces de um Estado de Direito - “(...) a verdade da reposição da justiça patrimonial não (...) é menos legítima que aquela verdade que visa averiguar se um determinado facto ocorreu e quem o praticou”⁷⁶.

Como afirma Pedro Caeiro⁷⁷, a perda alargada visa inequivocamente finalidades de índole político-criminal, demonstrando a vigência das normas penais mediante a privação das vantagens alcançadas através de uma atividade criminosa anterior, ainda que sem prova concreta da conexão entre essas realidades. Mais. A teleologia jurídico-penal da perda alargada é reforçada “(...) pela ocasião da sua aplicação (o processo penal) e pelos pressupostos em que assenta: a exigência de uma condenação por certos crimes e a presumida proveniência do património incongruente de uma certa atividade criminosa, também ela integrante do catálogo constante do art. 1º do mesmo diploma (...)”.

Assim, o regime assenta no reconhecimento de regras de experiência, de acordo com as quais a condenação ou a suspeita (consoante o regime), associada ao aparecimento de lucros avultados (e, muitas vezes, repentinos) e que não são fáceis de quantificar, encontram-se presumivelmente associados a atividades criminosas⁷⁸. Assim, se anteriormente a reação estadual incidia, sobretudo, na responsabilidade penal do agente, hoje, a vertente patrimonial ganhou um papel de destaque⁷⁹ – nesse sentido, o legislador

apenas terminou pela intervenção das autoridades; por outro lado, considera-se que os factos que são submetidos a julgamento apenas correspondem a parte dos factos ilícitos praticados pelo agente, uma vez que em relação a estes não foi possível a obtenção de prova concludente para os submeter igualmente a julgamento. Porém, adverte o autor que o juízo sobre o fundado receio de continuação de atividade criminosa não pode ser presumido, exigindo-se demonstração por quem está legitimado para a aplicação da medida, *Perda de bens a favor...*, p. 19.

⁷⁶ Hélio Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de Activos...”, p. 77. Como salienta João Conde Correia “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa...”, permitir situações patrimoniais contrárias ao direito potencia a desconfiança nas instâncias formais de controlo, gera sentimentos de impunidade e estimula o incumprimento generalizado. Do mesmo autor, *vide Da proibição do...*, p. 63, 115 e 116, onde afirma que está em causa um mecanismo de defesa do próprio Estado de Direito.

⁷⁷ Pedro Caeiro, *ob cit.*, p. 309 e 310.

⁷⁸ Neste sentido, por exemplo Maria do Carmo Silva Dias “Enriquecimento ilícito...”, p. 287. Na jurisprudência, *vide Ac. STJ de 12/11/2008*.

⁷⁹ Como afirma Euclides Dâmaso Simões, paulatinamente, foi surgindo a ideia de superação da pena de prisão como elemento fulcral da intervenção estadual através do “asfixiamento” financeiro do agente, colocando-a na posição anterior ao alcance das vantagens, “A Proposta de Lei sobre...”, p. 183. No mesmo sentido, Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 64 e 65. Neste sentido, foi igualmente criado o Projeto Fénix com, vista à recuperação de ativos e reforçar os meios de cooperação interna e internacional. Sobre este Projeto, *vide* Érico Fernando Barin “Alargar a perda alargada...”, p. 74 e ss. Na doutrina estrangeira, Vervaele afirma que durante longo período, o confisco assumia pouca importância, uma vez que a punição do arguido ocupava o papel central – nesse sentido, os bens assumiam importância sobretudo para a prova e por razões de ordem pública, não estando em causa uma sanção independente, “Les sanctions de confiscation en droit pénal...”, p. 39 e 40.

nacional elevou a recuperação de ativos ao patamar de prioridade de política criminal, de acordo com o art. 12º da Lei nº 72/2015 de 20 de junho.

Deste modo, podemos concluir que o sistema penal português de confisco assenta em três vértices essenciais: a perda dos instrumentos (art. 109º CP), a perda dos produtos e vantagens (art. 110º CP) e a perda alargada (art. 7º e ss. da Lei nº 5/2002).

Capítulo IV – O regime da perda alargada da Lei nº 5/2002

Como vimos, o regime assenta na existência de um património que não encontra reflexo nos rendimentos lícitos do agente. Ou seja, a sua origem desconhecida permite estabelecer a presunção de que “constitui vantagem de atividade criminosa”; pois, se a sua origem for conhecida, estabelecendo-se onexo causal com a prática do facto ilícito-típico, este regime especial não terá aplicação, entrando em funcionamento as regras gerais constantes do CP ou em legislação avulsa⁸⁰. Por isso, não está em causa um regime subsidiário ou excecional, mas complementar do regime geral⁸².

O funcionamento da perda alargada, em breve trecho, é o seguinte: a condenação por um crime do catálogo do art. 1º/1, a existência de um património e a desconformidade deste com os rendimentos lícitos permite presumir que a diferença entre o valor do património e o valor dos rendimentos lícitos resulta de uma atividade criminosa. Para tal, o MP deve apresentar a liquidação do património do arguido aquando da acusação, em regra.

⁸⁰ Neste sentido, *vide* Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 28. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 12/07/2017 e Ac. do STJ de 05/07/2012. No Ac. 20/11/2008, o STJ afirmou que a presunção constante no art. 7º/1 apenas funciona se não for determinada a origem dos bens – havendo prova da sua origem lícita, os mesmos devem ser restituídos ao agente; se for apurada a sua origem ilícita, devem ser declarados perdidos a favor do Estado. Na doutrina, Duarte Rodrigues Nunes afirma que estamos perante um pressuposto negativo da perda alargada, pois declarando-se o bem perdido nos termos gerais, o seu valor não pode ser considerado no cálculo do património do arguido, “Admissibilidade da...”, p. 37 e 38.

⁸¹ Por isso, Damião da Cunha entende ser mais correto falar em vantagens presumidas de uma atividade criminosa ou de uma provável atividade criminosa, *ob. cit.*, p. 9. Pedro Caeiro defende que a expressão “vantagens relacionadas com o crime” abrange, quer as vantagens resultantes dos factos ilícitos-típicos objeto do processo, quer as vantagens que se suspeita advirem de uma atividade criminosa não incluída no objeto do processo, *ob. cit.*, p. 273. Duarte Rodrigues Nunes defende igualmente que não estando em causa o confisco de vantagens de um crime concreto, mas de uma parte do património do arguido que se presume ilícita - está em causa um alargamento do “âmbito normal” da perda de vantagens do CP, na linha do antigo art. 73d do StGB alemão, *ob. cit.*, p. 9. Neste sentido, *vide* ainda Jorge dos Reis Bravo, “A investigação financeira ou...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 311. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRL de 08/10/2014 que efetuou uma confusão entre o regime geral do CP e o regime da perda alargada. Pronunciando-se criticamente sobre este acórdão, *vide* João Conde Correia, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa...”, p. 14 e ss.

⁸² Duarte Rodrigues Nunes parece entender, porém, tratar-se de um mecanismo subsidiário da perda de vantagens clássica, “Reflexões acerca da transposição da Diretiva...” in *O novo regime de recuperação*, p. 122.

O arguido, uma vez notificado da liquidação, tem a oportunidade de contestar a mesma, incumbindo-lhe o ónus de provar a licitude do património incongruente. Na audiência de julgamento, são discutidas a questão principal e a questão acessória. Na sentença condenatória, o tribunal declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado. Desta forma, a investigação penal propriamente dita corre de forma paralela à investigação patrimonial⁸³.

1. Pressupostos

1.1. A condenação por um dos crimes previstos no art. 1º/1 da Lei nº 5/2002

O pressuposto desencadeador da perda alargada é a condenação do agente por um dos crimes elencados no catálogo do art. 1º/1 da referida Lei⁸⁴ que, na visão do legislador, são suscetíveis de gerarem avultados proventos. Trata-se de elenco taxativo, o que significa que esta lei não é de aplicação geral, nem comporta um alargamento analógico, sob pena de violação do princípio da legalidade consagrado no art. 29º da CRP, ainda que o ilícito penal em causa assumia uma gravidade ou rentabilidade elevada ou o património do arguido seja bastante avultado⁸⁵.

No entanto, nos termos do art. 1º/2, a condenação pela prática dos crimes de lenocínio, contrabando e “tráfico e viciação de veículos furtados” não é suficiente para desencadear a aplicação do mecanismo, pois é necessário demonstrar que esse crime foi praticado de “forma organizada”⁸⁶. Assim, estamos perante uma delimitação negativa do catálogo, pois existem crimes que desencadeiam sempre o funcionamento do mecanismo,

⁸³ Não existe uma definição legal de investigação patrimonial, embora Hélio Rodrigues afirme que corresponde ao conjunto de diligências de forma a identificar os ativos suscetíveis de perda, proceder à sua localização e adoção de medidas cautelares, com vista à eficácia da medida, “Gabinete de Recuperação de Ativos...”, p. 65.

⁸⁴ Diversamente, a Diretiva 2014/42/UE não prevê qualquer catálogo legal, exigindo apenas que esteja em causa um crime suscetível de gerar lucros, podendo ainda ser tido em conta, nos termos do considerado 20, o modo de atuação do arguido, embora se imponha a aplicação do regime quando esteja em causa um dos crimes mencionados no art. 5º/2 da Diretiva - assim, por exemplo, um homicídio a soldo poderia desencadear o mecanismo. Contrariamente à Decisão-Quadro 2005/212/JAI, a Diretiva não se mostra limitada à criminalidade organizada ou ao terrorismo, podendo ser aplicada a qualquer crime previsto no art. 3º da Diretiva ou qualquer crime sujeito a harmonização, nos termos do art. 83º, § 2 (art. 3º último parágrafo). Quanto a estas questões, *vide* Anna Maria Maugeri, “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca...”, p. 315.

⁸⁵ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 215; João Gouveia de Caires, “O regime processual aplicável ao crime...”, p. 459 e João Conde Correia, “*Da proibição do...*”, p. 103.

⁸⁶ Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 13/05/2009, que a propósito de um crime de lenocínio, considerou inaplicável o regime previsto na Lei nº 5/2002, em virtude da ausência de prova quanto à sua prática de “forma organizada”, alertando para o facto de não se poder confundir tal requisito adicional com a atuação profissional, que constitui um elemento típico deste crime.

enquanto outros apenas relevam se forem praticados de forma organizada - esta exigência parece constituir, nestes casos, um elemento autónomo da declaração da perda, implicando a demonstração de prova específica⁸⁷⁸⁸. Porém, a exigência da prática de um crime “de forma organizada” suscita problemas de indeterminabilidade, sobretudo tendo em consideração a previsão do crime de associação criminosa no catálogo, levando certos autores a defenderem a necessidade um mínimo de estrutura organizatória de duas ou mais pessoas com vista à prática de atividades ilícitas, com as características de estabilidade ou continuidade no tempo, mas sem que se exijam os pressupostos de rigidez e de permanência que caracterizam o tipo legal de associação criminosa⁸⁹.

Assim, e contrariamente à perda clássica, não basta a prática de um facto ilícito-típico – é necessária uma condenação e, embora o art. 1º/1 não mencione de forma expressa, deve estar em causa uma sentença transitada em julgado, desde logo porque a gravidade inerente à medida para o património do arguido implica que os seus efeitos apenas se produzam após uma decisão definitiva, sob pena de violação flagrante do princípio jurídico-constitucional da presunção de inocência⁹⁰.

⁸⁷ A este propósito, *vide* Jorge Godinho, “Brandos costumes...” e João Gouveia de Caires, que afirma que o legislador procedeu a uma restrição da aplicação do catálogo com a introdução desse requisito adicional (“forma organizada”), *ob. cit.* p. 459 e 461. Diferentemente, Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada...” p. 29.

⁸⁸ Damiano da Cunha, *Medidas de combate à...*, p. 38, nota 52. Determinados autores entendem que a necessidade de que certos crimes sejam praticados “de forma organizada” implica concluir que existe uma presunção *iuris et iure* de que os restantes são praticados de forma organizada – neste sentido, Jorge Reis Bravo “Criminalidade contemporânea...”, p. 90 e “Criminalidade económico-financeira...”, p. 173 e 174, que considera que o art. 1º/1 estabelece uma presunção de carácter organizado, em resultado do requisito suplementar imposto no nº2. Contra, Duarte Rodrigues Nunes defende que o critério de distinção reside na ofensividade, conjugado com a suscetibilidade de obtenção de vantagens, respeitando o princípio da proporcionalidade, “Admissibilidade do...”, p. 32 e 33. João Gouveia Caires considera que, tendo em conta a *ratio* da Proposta “(...) que não visa a pequena criminalidade (...)”, não tem sentido que a prática de forma organizada apenas seja exigida em relação a determinadas condutas do catálogo”. Essa exigência funda-se, na verdade, no facto de estarem em causa “(...) condutas que indiciam com menor intensidade as características da criminalidade organizada” quando comparadas com as restantes condutas constantes do catálogo, *ob. cit.*, p. 476 e 477.

⁸⁹ Neste sentido, *vide* Jorge de Figueiredo Dias, “O Processo penal português...”, p. 810 e Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1340 e 1341. Damiano da Cunha acrescenta que a prática de um desses crimes de forma organizada situa-se, em termos estruturais, entre a mera participação e o tipo legal de crime de associação criminosa, previsto no art. 299º do CP, *ob. cit.*, p. 37. Neste sentido, Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 31 e 32

⁹⁰ Entre outros, Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1342; João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 104; Jorge Dias Duarte, “Lei nº 5/2002 de ...” p. 152 e Augusto Silva Dias, *ob. cit.*, p. 43. Por outro lado, Lourenço Martins defende que nos casos em que existe uma absolvição e o arguido não provar ou deixar dúvidas quanto à licitude dos bens, o tribunal deverá, ainda assim, decretar a perda dos bens, “Luta contra o tráfico...”, p. 51. Contra esta opinião, Augusto Silva Dias, ao afirmar que a lei é perentória, no art. 7º, ao exigir uma condenação, *ob. cit.*, p. 38.

Todavia, a natureza dessa condenação suscita maior discussão: determinados autores entendem que a mesma não assume qualquer relevância, não só porque o legislador não restringiu, de forma expressa, a presunção apenas aos casos em que tenha sido aplicada pena de prisão efetiva, mas sobretudo pelo facto de os bens suscetíveis de perda poderem não ter relação com o crime do catálogo; além disso, restringir o âmbito da norma por razões de proporcionalidade poderia implicar a subversão da política criminal do legislador⁹¹. Porém, outros autores, invocando o princípio da proporcionalidade, defendem ser essencial a existência de uma condenação em prisão efetiva e que o legislador, ao referir-se apenas a uma “condenação”, parece pretender abarcar a tentativa, bem como qualquer forma de participação⁹².

Todavia, a seleção dos crimes integrantes do catálogo, de acordo com critérios de potencialidade de obtenção de vantagens parece-nos incompleta e até incompreensível: por um lado, encontram-se previstos crimes que não se mostram idóneos à obtenção de lucros (por exemplo, associação criminosa, terrorismo e organização terrorista); por outro lado, o objetivo de um eficaz combate à criminalidade organizada e económico-financeira pode ser frustrado, devido à ausência de vários tipos legais de crime que possuem um potencial lucrativo, por vezes, de maior dimensão do que alguns que se encontram previstos (como o tráfico de espécies protegidas, tráfico de órgãos, certos crimes contra o património, nomeadamente burla qualificada, furto e roubo de obras de arte, extorsão, entre outros)⁹³. Neste sentido, as escolhas do legislador mostram-se “(...) insuficientes, polémicas e inteligíveis (...)” e “(...) dificilmente serão reconduzidas a um denominador comum que explicita a política e a *mens legislatoris*”⁹⁴. Ora, estando em causa um regime especial que prevê medidas restritivas de direitos, o mesmo deveria reportar-se a crimes que assumissem

⁹¹ Neste sentido, *vide* João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 104; Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 18 e 19 e Pedro Caeiro “Sentido e função do...”, p. 311, nota 85.

⁹² Neste sentido, Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 10 e 11, nota 2; Augusto Silva Dias, *ob. cit.*, p. 45 e Paulo Silva Marques, que considera que, dado o carácter incisivo e gravoso sobre os direitos patrimoniais do agente, não é aceitável a aplicação do regime em caso de pena de multa, dispensa de pena ou condenação em pena suspensa, “O confisco ampliado no...”, p. 299.

⁹³ Neste sentido, João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 103; Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 810; Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 20; Maria do Carmo Silva Dias, “Enriquecimento ilícito...”, p. 294, 295 e 312; e Érico Fernando Barin, “Alargar a perda alargada...”, p. 80. Por isso, não concordamos com Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, quando afirmam que os crimes elencados no catálogo, na sua generalidade, são praticados com a finalidade primordial de obtenção de vantagens económicas, *Recuperação de activos...*, p. 215.

⁹⁴ Neste sentido, João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 103. *Vide* igualmente Augusto Silva Dias, *ob. cit.*, p. 24, 25 e 28 e Érico Fernando Barin, *ob. cit.*, que defende que a restrição aos crimes do catálogo está de acordo com a ideia de “remédio forte à patologia grave”, p. 69, nota 74.

especial gravidade, respeitando os ditames de proporcionalidade⁹⁵. Por isso, procederemos, de seguida, a uma análise das diversas alíneas do art. 1º/1 da Lei nº 5/2002.

No art. 1º/1/a da Lei nº 5/2002 encontra-se previsto o crime de tráfico de estupefacientes, destacando os arts. 21º a 23º e 28º do D. L. nº 15/93 de 22 de janeiro – na verdade, trata-se do único caso em que existe uma efetiva correspondência com concretos tipos legais de crime. Todavia, salientam-se dois pontos: por um lado, o art. 23º encontra-se revogado e, portanto, a sua menção é inútil; por outro lado, a não aplicação do regime ao art. 24º do referido D.L. (que pune o tráfico de estupefacientes de forma agravada) não parece compreensível - a agravação exigida pelo art. 24º tem como referência os arts. 21º e 22º, ou seja, verdadeiramente, apenas se acrescenta “(...) uma lista de circunstâncias que representa uma maior ilicitude em relação ao crime fundamental”, sendo igualmente necessário a demonstração dos ilícitos-típicos do art. 21º ou 22º⁹⁶. Por isso, tendo em conta a oportunidade de corrigir tais problemas com a Lei nº 30/2017, estamos perante um desleixo por parte do legislador, facilmente superável. Relativamente à inserção no catálogo destes ilícitos-típicos, o seu enorme potencial lucrativo justifica a submissão ao regime.

Mais problemático é, a nosso ver, o art. 1º/1/b que se reporta aos crimes de terrorismo, organização terrorista, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo. Todavia, enquanto o terrorismo é um crime de dano, não tendo por objetivo a obtenção de quaisquer proventos, o crime de organização terrorista é um crime de perigo abstrato, não se mostrando, igualmente, idóneo a obter quaisquer lucros⁹⁷. Por isso, na verdade, a questão coloca-se num momento anterior, ou seja, relativamente aos atos tendentes ao financiamento do terrorismo.

Na doutrina, determinados autores⁹⁸ entendem que a inserção destes crimes no catálogo legal não é controversa, embora reconheçam que, ainda que os mesmos não sejam,

⁹⁵ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, “A criminalidade organizada...”, p. 28 e 29 e Augusto Silva Dias, *ob. cit.*, p. 28 e 29.

⁹⁶ Neste sentido, *vide* João Gouveia de Caires, “O regime processual especial...” p. 485 e Duarte Rodrigues Nunes, que defende que uma interpretação sistemática e teológica permite integrar o art. 24º no catálogo legal, *ob. cit.*, p. 21. *Vide* ainda Hélio Rodrigues “Perda de bens no crime de tráfico...”, p. 225 a 230. Na jurisprudência, o STJ já se pronunciou a este propósito, no Ac. 24/10/2006 estabelecendo que “a não referência ao art. 24.º do DL 15/93 não nos deve iludir, pois tal preceito legal não define um outro tipo de crime, não é um crime «qualificado» com outros elementos típicos, antes representa o crime tipo do art. 21.º, agravado”.

⁹⁷ Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1339 e 1340.

⁹⁸ Neste sentido, Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 22 a 24 e Paulo Silva Marques, *ob. cit.*, p. 306. Sucintamente, o primeiro autor parece afirmar que a previsão de tais crimes pretende colmatar lacunas a propósito de vantagens resultantes de atividades criminosas que podem não estar previstas no catálogo – a sua finalidade é, tão só, a privação dos recursos económicos, ainda que tal possa desvirtuar o fundamento da

em si mesmo, lucrativos, é frequente a prática de outros crimes com esse fim. Por esta razão, entendem que o fundamento do art. 1º/1/b reside na necessidade em privar tais organizações dos recursos económicos, de forma a evitar ou, pelo menos dificultar, o desenvolvimento de atividades terroristas. Neste sentido, o art. 5º/A da Lei nº 52/2003 prevê o “crime de financiamento do terrorismo”, que estabelece que a recolha ou detenção de fundos ou de bens de qualquer tipo, produtos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de os utilizar ou sabendo que os mesmos podiam vir a ser utilizados em qualquer tipo de terrorismo constituem crime: por exemplo, é efetuado um rapto com o objetivo de arrecadar fundos para financiar uma organização terrorista. Ora, tal tipo legal não se encontra abrangido pelo catálogo legal, mas a verdade é que o mesmo permite a obtenção de um lucro ilícito, que pode conduzir à condenação pelo crime de financiamento de terrorismo - porém, é ainda necessário efetuar a prova (que pode ser bastante difícil) de que essa atividade visava financiar o terrorismo para tornar este regime aplicável. Por outro lado, Damião da Cunha⁹⁹ adverte que a criminalização do financiamento do terrorismo implica que “(...) não estamos verdadeiramente perante uma declaração de perda de vantagens, mas de perda de produtos ou instrumentos/meios do crime”, o que implicará, na verdade, a aplicação do regime do art. 12º/B da Lei nº 5/2002 ou do 110º/1/a do CP.

Por isso, apenas uma interpretação ampla parece justificar a inclusão de tais crimes no catálogo e a consequente aplicação do regime da perda alargada, uma vez que ainda que parte desses ilícitos não possua escopo lucrativo, pode conduzir à prática de atividades criminosas que visem alcançar de vantagens económicas e, dessa forma, poderá originar uma situação de incongruência patrimonial. Neste sentido, a inserção desta alínea parece constituir uma manobra legislativa de forma a abranger quaisquer crimes, numa lógica semelhante à adotada a propósito do crime de associação criminosa, como veremos.

O art. 1º/1/c prevê a aplicação do regime ao crime de tráfico de armas, previsto no art. 87º da Lei nº 5/2006. Todavia, neste artigo pune-se, para além do tráfico de armas, a mediação das mesmas, não sendo claro se a Lei nº 5/2002 se refere a ambas as condutas típicas. Desta forma, existe doutrina que defende que, precisamente porque a Lei nº 5/2002

medida. Neste sentido, *vide* ainda João Conde Correia, que defende que a investigação patrimonial passou a ser utilizada como instrumento de combate ao terrorismo, afirmando que não estão em causa vantagens, mas os fundos necessários à sua prática (instrumentos) e, como tal, um combate eficaz implica inexistirem recursos económicos, “O confisco e a “fixação” do...”, p. 256.

⁹⁹ Damião da Cunha, *Medidas de combate à criminalidade...*, p. 34.

se refere apenas ao tráfico de armas, somente a condenação por esta conduta pode dar desencadear o regime da perda alargada; outros autores, todavia, afirmam que uma interpretação atualista dos dois diplomas permite aplicar o regime a ambas as condutas. Tal deve-se ao facto de, no momento em que a Lei nº 5/2002 foi aprovada, o outrora art. 275º do CP apenas se referir às condutas que consubstanciavam o crime de tráfico de armas, sem qualquer referência à “mediação” das mesmas. Porém, em 2006, o legislador nacional introduziu alterações ao CP e criou um novo regime jurídico das armas e das munições, na Lei nº 5/2006 de 23 de fevereiro, onde integrou o crime de tráfico de armas e aditou uma nova conduta típica – a mediação de armas. Ora, a inserção de uma nova conduta típica na norma, ocorrida posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 5/2002 não foi acompanhada de qualquer modificação no catálogo legal, pelo que a aplicação do regime ao crime de “mediação de armas” implicará violação do princípio da legalidade penal¹⁰⁰.

O art. 1º/1/d refere-se ao crime de tráfico de influência, que suscita alguma discussão relativamente à questão de saber se é aplicável a todas as condutas típicas previstas no art. 335º do CP e art. 10º da Lei nº 50/2007 de 31 de agosto, embora a sua integração não pareça suscitar controvérsia¹⁰¹.

No art. 1º/1/e encontra-se previsto o crime de recebimento indevido de vantagem, embora até à Lei nº 30/2017 apenas se encontrasse previsto no catálogo o crime de corrupção (ativa e passiva), surgindo questões relativamente à admissibilidade ou não de aplicação do regime a este crime, através da sua integração na alínea referente ao fenómeno da corrupção¹⁰². Porém, a Lei nº 30/2017 passou a prever, de forma expressa, aplicação da perda

¹⁰⁰ Defendendo a não abrangência da mediação de armas pela Lei nº 5/2002, João Gouveia de Caires, “O regime processual...” p. 484, desde logo devido à inércia do legislador em modificar a redação da alínea em 2008 (quando efetuou alterações ao catálogo), e acrescentamos nós, com as mudanças operadas pela Lei nº 30/2017. Ora, tal implica a inevitável conclusão de que essa conduta se encontra excluída.

¹⁰¹ Por exemplo, João Gouveia de Caires entende que apenas está em causa o art. 335º/1/a do CP, *ob. cit.*, p. 483. Noutro sentido, Duarte Nunes Rodrigues entende que a lei não estabelece qualquer distinção entre as condutas e que a elevada danosidade social e a necessidade de uma resposta eficaz não justifica interpretar restritivamente a alínea, “Admissibilidade da...”, p. 25.

¹⁰² De acordo com a doutrina, no crime de recebimento indevido de vantagem está em causa a antecipação da tutela penal para um momento em que a lesão do bem jurídico ainda não ocorreu, mas em que “(...) já se verificou a transferência de um fluxo patrimonial susceptível de fazer acreditar que essa lesão ocorrerá”. Assim, tanto no crime de corrupção, como no crime de recebimento indevido de vantagem, o bem jurídico protegido é o mesmo – a confiança na dignidade e prestígio dos órgãos do Estado no desenvolvimento das atividades que lhes são confiadas. Pronunciando-se no sentido de que esse crime se encontrava submetido ao regime da Lei nº 5/2002, por via da sua integração no crime de corrupção e para alguns desenvolvimentos, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...* p. 216 e 217.

alargada ao crime de recebimento indevido de vantagem, pelo que tais dúvidas se encontram ultrapassadas¹⁰³.

No art. 1º/1/f encontra-se previsto o crime de corrupção ativa e passiva, que abrange os diplomas avulsos em que esse crime se encontre consagrado expressamente, de acordo com diversos autores. Assim, o legislador parece referir-se à corrupção em sentido amplo, ou seja, englobando o fenómeno da corrupção nos termos da Secção II do Capítulo IV do Título V do Livro II do CP¹⁰⁴. Além disso, através da Lei nº 30/2017, o legislador submeteu expressamente a este regime a corrupção praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva.

O art. 1º/1/g e o art. 1º/1/h referem-se ao crime de peculato e ao crime de participação económica em negócio, respetivamente. Como salientam vários autores¹⁰⁵, deve proceder-se a uma restrição da aplicação do regime, em virtude da danosidade de certas condutas não justificar a aplicação do mesmo. Assim, o art. 1º/1/g deve abranger as condutas puníveis no art. 375º do CP, bem como o art. 23º/1 da Lei nº 34/87 de 16 de julho, mas excluir a aplicação do art. 376º do CP, que pune o crime de peculato de uso. Já o art. 1º/1/h deve apenas abarcar o art. 377º/1 (e já não o nº 2) e o art. 23º/1 da Lei nº 34/87 de 16 de julho.

O art. 1º/1/i estabelece a aplicação do regime em caso de condenação pelo crime de branqueamento de capitais, previsto e punido no art. 368º-A do CP, que traduz, essencialmente, o processo tendente a dissimular a origem ilícita de certos bens, através da sua introdução na economia legal, com o objetivo de lhes dar uma aparência de legalidade¹⁰⁶.

¹⁰³ Determinados autores defendiam que, mediante uma interpretação atualista, o crime de recebimento indevido de vantagem já se encontrava abrangido pelo regime, porque apenas dessa forma seria possível cumprir o pensamento e intenção do legislador subjacente à criação da Lei nº 5/2002. Neste sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.* p. 219 acompanham Ricardos Lamas, “O recebimento indevido de vantagem...”, p. 68. No mesmo sentido, Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.* p. 26, defendendo estar em causa o fenómeno da corrupção em sentido amplo.

¹⁰⁴ Duarte Rodrigues Nunes entende que é indiferente que a corrupção se dirija para ato lícito ou ilícito, porque a lei não efetuou qualquer distinção e *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*, recusando igualmente uma interpretação restritiva do art. 1º/1/f, *ob. cit.*, p. 25. Contra a aplicação do regime a propósito, por exemplo, da corrupção para ato lícito, Figueiredo Dias entende que um caso de pequena criminalidade não pode justificar a aplicação de medidas excecionais limitadoras de direitos fundamentais, “A criminalidade organizada...”, p. 28 e 29. Para alguns desenvolvimentos, João Gouveia de Caires, *ob. cit.*, p. 482 e 483.

¹⁰⁵ João Gouveia de Caires, *ob. cit.* p. 481 e 482. Também Duarte Nunes Rodrigues defende que na al. g) apenas está em causa o crime de peculato *stricto sensu*, afirmando que não estão em causa crimes que, à partida, sejam suscetíveis de gerar lucros (pelo menos, com dimensão que permita presumir que parte do património tenha origem criminosa), *ob. cit.*, p. 26.

¹⁰⁶ Relativamente à questão do concurso de normas e a sua relação com a perda alargada, *vide* Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 26 e 27

Porém, Damião da Cunha adverte novamente para o facto de a prática do crime de branqueamento não implicar qualquer vantagem ou lucro obtido com esse facto, uma vez que essas vantagens resultam do crime subjacente¹⁰⁷ - no entanto, o autor parece esquecer que o regime não tem em vista declarar a perda dos bens objeto do branqueamento de capitais, mas de uma atividade criminosa distinta, ainda que possa ser conexas, como parece ser o pensamento do legislador a propósito da al. b) do art. 1º/1 do catálogo. Além disso, o legislador optou por seguir a mesma lógica que presidiu à criação do tipo legal do branqueamento de capitais: as dificuldades de prova com vista à punição do agente pelo crime subjacente (*rectius*, facto ilícito-típico), gerador de vantagens, conduziram à punição de dissimulação das mesmas. Assim, parece-nos que a *ratio* subjacente à sua inserção assentou no facto de, por não se conseguir declarar a perda das vantagens nos termos gerais, o legislador procurou outra forma de o agente não beneficiar das dificuldades probatórias inerentes ao crime subjacente e da sua conexão com as vantagens, sobretudo se tivermos em conta que o branqueamento de capitais se encontra normalmente associado a crimes com potencial lucrativo. No entanto, quando esteja em causa um crime de branqueamento de capitais, o tribunal deve, pelo menos, criar a convicção de que o crime subjacente é um dos integrantes do catálogo ou que, no limite, possa estar com ele conexo, pois não faria sentido aplicar um regime especial de perda de vantagens resultantes de uma atividade criminosa que o legislador, à partida, não pretendeu abranger¹⁰⁸. A este propósito, cumpre fazer referência ao bem-jurídico protegido pela incriminação do branqueamento de capitais, embora a doutrina se mostre dividida quanto à identificação do mesmo: se determinados autores entendem que a punição do branqueamento tutela a “pretensão estadual do confisco das vantagens do crime”¹⁰⁹, de forma a obstar que a perda dos bens com origem ilícita se torne impossível, outro setor da doutrina entende que se pretende tutelar a administração e realização da justiça, desde logo, pela localização sistemática do art. 369º-A no CP; além disso, existem ainda autores que entendem que tal incriminação visa proteger de forma simultânea, os interesses económicos e financeiros do Estado e a administração da justiça.

¹⁰⁷ Damião da Cunha recorda que “(...) perante um crime de branqueamento, o que está em causa é a circunstância de a vantagem que se quer “branquear” ser simultaneamente “produto/instrumento” do crime de branqueamento (...) e vantagem do crime prévio”, *Medidas de combate à...*, p. 35.

¹⁰⁸ Neste sentido, Damião da Cunha afirma que “(...) por um lado, sem conhecimento do crime subjacente e, por outro, a prova de branqueamento continuado (como: modo de vida, profissionalmente, etc) dificilmente se logrará justificar o recurso, e conseqüente aplicação, à perda de bens da Lei n.º 5/2002”, *ibidem*, p. 35 e 36.

¹⁰⁹ Pedro Caeiro, “A Decisão-Quadro do Conselho...”, p. 1086.

Todavia, parece-nos que a primeira posição legítima e, sobretudo, está de acordo com o fundamento da inserção do branqueamento de capitais no catálogo do art. 1º/1, pois embora não esteja em causa um crime produtor de vantagens, o seu âmago reside na dissimulação das mesmas; além disso, raramente estará em causa um ato isolado - a prática do branqueamento pode indiciar a existência de uma atividade criminosa de maior amplitude.

A al. j) refere-se ao crime de associação criminosa que, tal como o crime de organização terrorista, é um crime de perigo abstrato e, por isso, não possui aptidão ou suscetibilidade de, por si, gerar lucros¹¹⁰. Tal incriminação visa tutelar o bem jurídico da paz pública, ocorrendo a intervenção penal num momento em que ainda não há, necessariamente, uma perturbação da segurança e tranquilidade públicas, embora já exista um “(...) especial perigo de perturbação que só por si viola a paz pública (...)”, pelo que a elevada perigosidade da associação resulta do “(...) seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contra-estímulos que aquela cria nos seus membros”¹¹¹. Nesse sentido, a associação criminosa traduz-se numa associação estruturada, de três ou mais pessoas, que se mantém ao longo de certo tempo, atuando de forma concertada, mediante atribuições definidas e alguma permanência na composição do grupo¹¹².

Mais uma vez, a doutrina apresenta-se dividida quanto à suscetibilidade de o crime de associação criminosa desencadear o funcionamento da perda alargada: determinados autores¹¹³ consideram que se pretende retirar os lucros obtidos com a prática de atividades ilícitas, de forma a neutralizar ou dificultar a atuação de tais organizações, acrescentando que, tal como referido a propósito da al. b), as atividades ilícitas praticadas podem não estar abrangidas pelo catálogo legal de crimes, constituindo a previsão do crime de associação criminosa uma forma de obstar a essa lacuna. Por conseguinte, este raciocínio é semelhante ao referido a propósito da al. b), tratando-se de uma manobra legislativa, de forma a abranger crimes não previstos no catálogo¹¹⁴.

¹¹⁰ Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1339 e 1340.

¹¹¹ Jorge de Figueiredo Dias, “A criminalidade organizada...”, p. 16.

¹¹² Neste sentido, Damião da Cunha, *ob. cit.*, recorda o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, p. 37, nota 51. João Gouveia de Caires chama a atenção para o facto de a referência à associação criminosa não se esgotar na aplicação do art. 299º do CP, abrangendo ainda os crimes de associação criminosa previstos em legislação avulsa, como o crime de associação criminosa previsto no art. 89º do RGIT e o crime de associação criminosa estabelecido no art. 184º da Lei nº 23/2007 e o art. 11º da Lei 50/2007. Excluído fica o art. 28º do D.L. 15/93, uma vez que já se encontra expressamente abrangido pelo art. 1º/1/a da Lei nº 5/2002, levando o autor a concluir que está em causa uma “(...) imperfeição da técnica ao pecar por excesso”, “O regime processual...”, p. 479 a 481. No mesmo sentido, Duarte Nunes Rodrigues, “Admissibilidade da...”, p. 27.

¹¹³ Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 28 e ss.

¹¹⁴ Alertando para esta situação, Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 17.

Contudo, as questões, a nosso ver, colocam-se em planos diferentes: uma coisa são os crimes praticados com intuito lucrativo e que podem originar benefícios económicos; outra é o crime de associação criminosa, que não pressupõe a obtenção de quaisquer vantagens patrimoniais, nem é apto, por si, a originá-las. Assim, parece presumir-se que certo património pode derivar da prática de crimes que não o pode gerar. Na verdade, estaremos a aplicar um regime agressivo de direitos a uma situação que, em bom rigor, não deveria ser abrangida. Por isso, defendemos uma interpretação restritiva, no sentido de que o tribunal deve indagar e aplicar o mecanismo apenas em relação a crimes praticados com intuito lucrativo pela associação criminosa, desde que os mesmos se integrem em alguma das alíneas do catálogo ou, no limite, estejam em conexão com algum deles¹¹⁵.

Na al. l) encontra-se previsto o crime de pornografia infantil e lenocínio de menores previsto e punidos pelos arts. 175º e 176º do CP que, em virtude da elevada danosidade social, associada frequentemente a objetivos lucrativos, legitimam a submissão a este regime especial.

A al. m) prevê a aplicação do regime ao crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos arts. 4º e 5º da Lei nº 109/2009, de 15 de setembro, bem como o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no art. 6º/4 da mesma lei, se for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no nº 2 do mesmo artigo. Todavia, ainda que o legislador tenha destacado condutas suscetíveis de gerarem vantagens, a inserção desta alínea, através da Lei nº 30/2017, suscita diversas questões, uma vez que várias condutas típicas não se encontram necessariamente relacionados com a criminalidade organizada e económico-financeira e algumas delas são punidas apenas com pena de multa, retomando a questão da sua danosidade social¹¹⁶.

Na al. n) encontra-se previsto o crime de tráfico de pessoas, previsto e punido nos termos do art. 160º do CP, embora anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 30/2017, o

¹¹⁵ Neste sentido, Damião da Cunha, *Medidas de combate à...*, p. 38. Contra, Duarte Rodrigues Nunes afirma que a lei não restringe a aplicação do regime apenas aos casos em que a sua constituição tenha como finalidade a prática de outros crimes previstos no catálogo e, por isso, “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*”. Além disso, defende que não tem sentido reconduzir a associação criminosa a crimes do catálogo, porque estes já se encontram abrangidos e que tal entendimento privaria, em grande parte, os efeitos pretendidos com o diploma. Para maiores desenvolvimentos do seu entendimento, *ob. cit.*, p. 43 a 45.

¹¹⁶ O Parecer da CNPD relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª advertia para esta situação, ainda que as suas reservas se reportassem, sobretudo, ao regime de recolha de prova, p. 1. Assim, a admissibilidade ou não de diversas condutas desta alínea dependerá igualmente da posição que se adote quanto à natureza da pena suscetível de desencadear o mecanismo e à aplicação ou não do princípio da proporcionalidade.

regime da perda alargada apenas era desencadeado após a demonstração da prática de “forma organizada”. Desta forma, a alteração legislativa veio alargar o âmbito de aplicação do regime, quando esteja em causa esta alínea. Assim, dado o potencial lucrativo de tal crime e a sua possível conexão com outros factos, é de aplaudir a supressão de tal restrição.

Na al. o) encontra-se previsto o crime de contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda, previsto no art. 262º, conjugado com o art. 267º do CP. Estamos perante um crime de perigo abstrato, que visa, diretamente, proteger o sistema monetário e, de forma mediata, outros bens jurídicos, como o património e a transparência da atividade económica, pois estão em causas condutas que, de forma mediata, são suscetíveis de gerar elevados proventos ou que se encontram associadas a condutas com esse desiderato¹¹⁷.

Por último, as als. p) a r) exigem, como referimos, o requisito adicional da “prática de forma organizada, nos termos do art. 1º/2 da Lei nº 5/2002. A al. p) reporta-se ao crime de lenocínio, previsto e punido no art. 169º do CP, enquanto a al. q) prevê o crime de contrabando, previsto e punido no art. 92º do RGIT, aplicando-se igualmente aos demais crimes previstos neste diploma, como os arts. 93º, 94º, 97º, 97º/A e 102º¹¹⁸. Já al. r) prevê o crime de tráfico e viciação de veículos furtados, embora o CP não preveja tal incriminação, suscitando-se dúvidas às condutas abrangidas – determinados autores afirmam que, mesmo não sendo a norma clara, é possível extrair as condutas que subjazem ao pensamento do legislador, através de uma interpretação mais exigente. Por isso, alguma doutrina entende que estão em causa os tipos legais de crime previstos nos arts. 203º, 204º/1/a, 204º/2/a, 210º e 256º do CP, ou seja, furto ou roubo de automóveis, podendo ser acompanhado pela falsificação de documentos, mediante a aposição de matrículas falsas ou viciação do número de chassis ou de motor¹¹⁹. Porém, esta interpretação pode suscitar reservas, porque pode conduzir a uma violação do princípio da legalidade, na dimensão de lei certa - para além de ser possível abranger condutas que o legislador não tinha em mente quando inseriu esta alínea, está em causa um crime sem efetiva correspondência no CP e introduzido mediante

¹¹⁷ Antes da entrada em vigor da Lei nº 30/2017, esta alínea encontrava-se igualmente submetida ao requisito da “prática de forma organizada”. Neste sentido, o Banco de Portugal, no seu parecer relativo a Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª, considerava a supressão dessa exigência adicional da maior relevância, p. 5

¹¹⁸ Neste sentido, por exemplo, Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 30.

¹¹⁹ João Gouveia de Caires chega a essa conclusão através da convocação da norma (especial) do art. 215º/2/b do CPP, que se refere à prorrogação dos prazos de prisão preventiva em caso de “furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos, “O regime processual especial...” p. 478 e 479. No mesmo sentido, Jorge Dias Duarte, “Lei nº 5/2002...” p. 142 e Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 31. Contra, Augusto Silva Dias, que defende uma interpretação abrogante da alínea, “Criminalidade organizada...” p. 28.

a utilização de expressões dúbias e imprecisas. Desta forma, consideramos, mais uma vez, que o legislador, com a entrada em vigor da Lei nº 30/2017, dispôs de uma oportunidade de corrigir este lapso, dissipando potenciais dúvidas que pudessem existir. Porém, a redação da alínea não sofreu qualquer alteração, pelo que as dúvidas permanecerão em relação aos concretos tipos legais que podem ser subsumíveis no art. 1º/1/r da Lei nº 5/2002¹²⁰.

Efetuada uma análise das diversas alíneas do art. 1º/1 cumpre fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, não pretendemos criticar a inserção desses crimes no catálogo legal, mas a suscetibilidade de os mesmos desencadear a perda alargada, pois o catálogo do art. 1º aplica-se a três regimes distintos, com fundamentos diferentes. Nesse sentido, a elaboração de um catálogo específico e autónomo para o regime da perda alargada parece-nos uma solução adequada - na verdade, a aplicação simultânea desse catálogo a regimes distintos acaba por desvirtuar o fundamento da perda de bens, pois e como vimos, existem crimes previstos desprovidos de potencial lucrativo e, simultaneamente, encontram-se excluídos crimes com um escopo lucrativo significativo.

A Exposição de Motivos da Proposta da Lei nº 94/VIII estabelece que os crimes aos quais o regime é aplicável “(...) se caracterizam pela sua suscetibilidade de gerarem grandes proventos. Parte deles são incluídos apenas se forem praticados de forma organizada, dado que só assim eles são abrangidos pela *ratio* desta proposta, que não visa a pequena criminalidade”. Neste sentido, o Relatório da CACDLG refere que as medidas propostas se dirigem a uma criminalidade específica, onde a vertente económico-financeira da atividade criminosa constitui o critério definidor da seleção dos tipos de crimes aos quais tais medidas são aplicáveis, embora também seja acentuada a vertente “organizada” de como são praticados: “(...) com exceção da corrupção passiva e do peculato, na verdade, todos os restantes tipos de crime ou são, pela sua própria natureza, cometidos de forma organizada, ou só serão alvo destas medidas quando demonstrarem serem fruto de uma determinação criminosa organizada”¹²¹. Por isso, a escolha dos crimes integrantes do catálogo, comum a três regimes distintos, parece basear-se num duplo vetor: por um lado, no grau de sofisticação e organização com que são praticados; por outro, pela forte capacidade de gerarem elevados lucros, ainda que o grau de cada um dos elementos possa ser variável

¹²⁰ A este propósito, existe quem defenda a necessidade de o legislador ter optado por identificar os concretos tipos legais de crimes que pretendia abranger, de forma a evitar estas situações de incerteza, Magistrados do Ministério Público, “Sigilo bancário e sigilo fiscal no domínio...” in *Medidas de combate à...*, 2004, p. 70.

¹²¹ Relatório da CACDLG relativo à Proposta de Lei nº 94/VIII.

conforme o tipo legal de crime em causa¹²². Porém, a verdade é que se a perda alargada visa assegurar um combate eficaz ao lucro ilícito, parece que apenas a vertente financeira deveria constituir critério definidor, ou pelo menos determinante, na aplicação do regime, ainda que a forma de atuação dessa criminalidade não deva ser ignorada.

Além disso, poderá haver uma tendência para que, na acusação, sejam incluídos crimes do catálogo, porque apenas estes poderão desencadear o funcionamento do mecanismo – nesse sentido, dado enorme potencial de aplicação de crimes que parecem escapar ao fundamento essencial do regime, tal intervenção deveria ser alvo de cuidada delimitação¹²³.

Assim, e em conclusão, a condenação por um daqueles crimes faz surgir a suspeita de que os “(...) sinais exteriores de riqueza manifestados pelo arguido provêm da atividade criminosa em cujo o quadro o crime foi cometido”¹²⁴, devendo o arguido apresentar uma justificação para a detenção do património que se apresenta incongruente.

1.2. Património do arguido

No entanto, a condenação por um dos crimes do catálogo não é suficiente para o funcionamento do mecanismo, uma vez que deve existir um património suscetível de perda, sob pena de inaplicabilidade do regime por falta de objeto¹²⁵.

O próprio fundamento do mecanismo conduziu à previsão de uma noção específica e autónoma do “património do arguido”, no art. 7º/2. Nesse sentido, esse património é composto pelo conjunto de bens que se encontrem na sua titularidade ou em relação aos quais ele detenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente (al. a)), pelos bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido (al. b)) e pelos bens recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido,

¹²² Na doutrina, Hélio Rodrigues entende que o diploma assenta sobretudo no carácter organizado com que os crimes inseridos no catálogo são praticados, argumentando que a epígrafe do diploma é clara – “medidas de combate à criminalidade organizada” – estabelecendo o critério a utilizar quando existam dúvidas sobre o real alcance do catálogo de crimes, “Perda de bens no crime...”, p. 227 e 228. Também João Gouveia de Caires considera que o juízo subjacente ao catálogo não se restringe ao carácter lucrativo dos crimes, considerando que o mesmo se funda em prioridades político-criminais, aproximando-se de Convenções Internacionais da ONU, *ob. cit.*, p. 461. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 11/06/2014 e 16/03/2016.

¹²³ Alertando para esta situação, Jorge Godinho, “Brandos costumes...” p. 1341.

¹²⁴ Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada e...”, p. 39.

¹²⁵ Neste sentido, Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1342 e Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 233.

ainda que não se consiga determinar o seu destino (al. c)). Por isso, este conceito de património é construído de duas formas opostas, tendo como referência o momento da constituição como arguido: na al. a) avança até ao momento presente, recuando nas als. b) e c) aos cinco anos anteriores a esse momento¹²⁶.

Assim, nos termos da al. a), quando o arguido é o titular dos bens, não se suscitam grandes questões, incumbindo ao MP a simples identificação dos mesmos. Todavia, o arguido pode ter ocultado a titularidade do bem e manter o “domínio e o benefício” do mesmo, cabendo ao MP demonstrar que o arguido mantém a disponibilidade do bem, ainda que o mesmo não se encontre na sua titularidade. Desta forma, estão em causa dois requisitos cumulativos: o domínio traduz-se no facto de o arguido ter o poder decisório quanto à substância e destino, o que significa que o arguido não precisa de exercer uma influência direta, sendo suficiente que o terceiro atue de acordo com as instruções daquele; já o benefício pode assumir diversas formas, de acordo com a ideia de “disfrutar ilegitimamente das utilidades da coisa”¹²⁷. Assim, o fundamento desta alínea reside na ideia de obstar à identificação do verdadeiro titular dos bens e dos indícios de crime, presumindo-se a existência de má-fé, pois o arguido tem conhecimento de que uma possível consequência pode consistir na perda dos bens e, por isso, procura afastar a sua titularidade sobre estes¹²⁸. Por último, determinados autores defendem que *standard* probatório para aferir da titularidade do bem assenta no balanço das probabilidades, de acordo com as regras da experiência¹²⁹ – todavia, dado estar em causa uma intervenção nos direitos fundamentais de terceiros, *maxime*, do direito de propriedade, com base numa suspeita de fraude, questiona-se se não deve ser exigível uma prova mais exigente e que aos terceiros deva ser concedida a possibilidade de intervirem no processo¹³⁰.

Por outro lado, as als. b) e c), por exigência de proporcionalidade, introduzem uma delimitação temporal ao funcionamento da presunção, de forma a evitar que a sua elisão se torne excessivamente onerosa para o arguido. Assim, a presunção retroage aos cinco anos

¹²⁶ Neste sentido, Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 234 e Cura Mariano, “A perda de bens de terceiro relacionados...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 161 e 162.

¹²⁷ Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 227 e 228, onde recordam a interpretação efetuada por Pedro Caeiro quanto ao conceito de benefício utilizado no art. 232º/1 do CP.

¹²⁸ Cura Mariano, *ob. cit.*, p. 161.

¹²⁹ Neste sentido, por exemplo, Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *ob. cit.* p. 229.

¹³⁰ A CACDLG advertia já para o facto de a presunção de ilicitude prevalecer sobre as presunções derivadas do registo, bem como o facto de o conceito amplo de património do art. 7º/2 contender com as regras gerais do art. 110º, que salvaguardam os direitos dos terceiros de boa-fé, Relatório relativo à Proposta de Lei nº 94/VIII.

anteriores à constituição como arguido, quer os bens tenham sido transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória¹³¹, quer tenham sido recebidos pelo arguido, mas não se determine o respetivo destino. Nesse sentido, os bens obtidos anteriormente a esse marco temporal consideram-se lícitos, para efeitos desta Lei. Assim, o MP não têm que provar a gratuidade ou quase gratuidade dessas transferências ou a indeterminação dos bens recebidos ou que os mesmos ocorreram dentro do período temporal de referência, pois o legislador parece presumir efetivamente que os negócios celebrados naquelas condições são fraudulentos e, como tal, dispensa o MP da prova dessa fraude, impondo-lhe apenas a identificação desses negócios dentro daquele período – desta forma, sobre o arguido recai o dever de demonstrar que não houve qualquer fraude nessas transmissões¹³².

Em síntese, estamos perante uma noção puramente económica de património, de forma a abranger todos os bens que, ainda que formalmente sejam detidos por terceiros, materialmente pertencem e encontram-se na disponibilidade do arguido, abrangendo-se direitos e obrigações civis de carácter pecuniário e posições economicamente valiosas tituladas pelo condenado, mesmo que não sejam tuteladas pelo direito civil¹³³. Assim, não

¹³¹ Jorge Dias Duarte entende que o conceito de “valor irrisório” deve ser preenchido de acordo com as concretas circunstâncias do caso, através da comparação do valor da transação efetuada e o valor real do bem, “Lei nº 5/2002...”, p. 147, nota 16.

¹³² O legislador parece ter inserido uma equiparação entre negócios gratuitos e quase gratuitos e a existência de fraude, para efeitos do cálculo do património. Na doutrina, defendendo que está em causa uma espécie de fraude patrimonial, *vide* Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1345; Damiano da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 32; e Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado...”, p. 302. No entanto, Damiano da Cunha defende que o MP deve provar essa gratuidade ou quase gratuidade e que a mesma ocorreu nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, *ob. cit.*, p. 32 e 33. Também considerando que o MP deve demonstrar que os bens pertencem efetivamente ao arguido, ainda que o titular seja um terceiro *vide* Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 227 e ss. Assim, parecem apenas ficar de fora os bens que o arguido demonstrou possuir há mais de cinco anos contados desde o momento da sua constituição como arguido e que alienou pelo real valor, ainda dentro daquele período. Porém, se durante esse período ocorrer a venda de um bem pelo seu preço de mercado, será este a ser considerado (e não o valor), integrando-se na al. c) por estar em causa um montante recebido naquele período, Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 235.

¹³³ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 106. Neste sentido, João Cura Mariano afirma que o facto de o legislador colocar entre aspas a expressão “património do arguido” demonstra a existência de uma ficção legal da noção de património do arguido, *ob. cit.*, p. 160 e 162. Como salienta Hélio Rodrigues, está em causa um conceito de património numa perspetiva omnicompreensiva, de forma a abranger “(...) não só os activos de que ele é proprietário no momento presente, mas os bens que que este teve, que deveria ter, e aqueles que, não tendo formalmente, são por ele dominados”, *ob. cit.*, p. 233. No mesmo sentido, Jorge Godinho afirma ainda que os conceitos de domínio e benefício são utilizados em sentido económico-factual, com vista a expandir o âmbito de aplicação do confisco e a evitar o que seriam fáceis fugas ao mesmo, *ob. cit.*, p. 1345. Na jurisprudência, destaca-se o entendimento do Ac. uniformizador de jurisprudência 7/2011 que afirma que a tutela penal pode distanciar-se das categorias estritas do direito civil, assumindo um “significado próprio e autónomo de património para efeitos criminais” (publicado em Diário da República 1.ª série — N.º 105 — 31 de maio de 2011).

está em causa somente aquilo que o arguido detém direta ou indiretamente, mas aquilo que já deteve durante determinado período de tempo, que pode, portanto, não encontrar correspondência no património atual do arguido¹³⁴.

1.3. Desconformidade do património face aos rendimentos lícitos do condenado

O terceiro pressuposto da perda alargada é a incongruência patrimonial, traduzida na diferença entre o valor do património do arguido, calculado nos termos do art. 7º/2, e o valor dos seus rendimentos obtidos licitamente (e não abrangendo os bens sujeitos já ao regime geral do CP) – como referimos, o regime não assenta propriamente sobre bens concretos, mas sobre um valor¹³⁵.

Todavia, o legislador não estabelece uma definição de rendimento lícito, embora a doutrina aceite que o mesmo é constituído pelo “(...) que resultar da sua manifestação e registo público e declaração fiscal, nos termos legais respectivamente aplicáveis”¹³⁶.

Como salienta João Conde Correia¹³⁷, o valor incongruente do património do arguido deve traduzir-se num valor líquido, uma vez que “(...) está em causa aquilo que ele efectivamente tem e não aquilo que ele parece ter” – o valor bruto pode não corresponder à

¹³⁴ Como refere João Conde Correia, “mais do que um património real está, pois, em causa um património virtual; tudo aquilo que o arguido domina, tem ou teve num determinado período de tempo”, “A recuperação de ativos dos crimes...”, p. 68. Neste sentido, *vide* ainda Vitalino Canas, *O crime de branqueamento...*, p. 172. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 11/06/2014, 16/03/2016 e 12/07/2017 e Ac. TRL de 11/12/2018. Esta extensão da perda alargada a bens não detidos pelo condenado encontra-se igualmente prevista em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como sucede no direito italiano. Para maiores desenvolvimentos *vide* Anna Maria Maugeri, “Confisca (diritto penale), *Enciclopedia...*, p. 215.

¹³⁵ Como vimos, se no ordenamento jurídico português, a desconformidade entre aquelas realidades constitui o elemento essencial da perda alargada, na Diretiva, a mesma constitui um indício da origem ilícita dos bens. A inserção no diploma europeu resultou de uma proposta da Comissão LIBE, bem como sugerida pela FRA, fornecendo parâmetros que auxiliassem a tarefa do juiz, garantindo uma maior compatibilidade com o direito de propriedade. Também a Decisão-Quadro 2005/212/JAI previa que a incongruência do património não constitua o único requisito. Neste sentido, *vide* Anna Maria Maugeri “La Dirittiva 2014/42/UE relativa...”, p. 318 e 319.

¹³⁶ Jorge dos Reis Bravo “Criminalidade contemporânea e...” p. 128. No mesmo sentido, Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 240 e João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 108.

¹³⁷ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 109. A este propósito, no caso de mistura dos proventos ilícitos com bens adquiridos de forma legítima, a Diretiva permite o confisco dos primeiros no montante correspondente ao valor estimado que entrou na mistura, nos termos do considerando 11. Na doutrina italiana, defende-se que tal permite colocar um “travão” à utilização pela jurisprudência da *confisca allargata* como um confisco geral dos bens, porque admitir a aplicação da medida à totalidade do bem, sem qualquer diferenciação, implicaria admitir a existência de uma sanção penal desproporcional, violadora do direito de propriedade e do princípio da proporcionalidade, Anna Maria Maugeri “Confisca (Diritto Penale) in *Enciclopedia...*, p. 219.

real situação do agente, podendo implicar uma ficção de enriquecimento. Porém, se o arguido demonstrar a existência de rendimentos lícitos que possam justificar a desconformidade patrimonial, o MP parece poder demonstrar o valor das despesas, de forma a evitar que a presunção abranja um valor inferior que deveria ser abarcado¹³⁸.

Todavia, o facto de os rendimentos constarem de declarações fiscais não permite concluir, sem mais, que os mesmos são efetivamente lícitos, como o facto de existirem rendimentos não declarados não significa, necessariamente, que os mesmos sejam ilícitos. Por isso, mesmo perante a apresentação de tais documentos, deve proceder-se a uma análise o mais rigorosa possível, de forma a permitir uma correta aplicação do mecanismo, levando alguns autores a defender que a ausência de um conceito legal de rendimento lícito se mostra adequada¹³⁹.

O TC, no Ac. nº 392/2015, considerou que a imputação de um crime do catálogo constitui um pressuposto indiciador da possibilidade de terem ocorrido ganhos patrimoniais com proveniência ilícita, justificando a sua averiguação a propósito da questão penal principal¹⁴⁰. Já no Ac. nº 101/2015, o mesmo Tribunal afirmara que a conjugação da condenação com a desconformidade patrimonial e a ausência de justificação por parte do

¹³⁸ Duarte Nunes Rodrigues considera que se o arguido demonstrar a existência de membros do agregado familiar que auferirem rendimentos lícitos, também estes devem ser tido em consideração, pois o património pode ser incongruente com os rendimentos lícitos do arguido, mas tal pode não ocorrer se forem tidos em conta os rendimentos do agregado familiar; refere ainda que as despesas com a subsistência do agregado familiar assumem igualmente relevância, “Admissibilidade da...” p. 36 e nota 73. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 17/09/2014.

¹³⁹ Hélio Rodrigues, “Perda de bens no crime...”, p. 240. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 12/07/2017, que afirma que “não demonstrando o arguido a proveniência legítima do seu património, para além dos rendimentos declarados ao fisco, o tribunal procede ao cálculo do valor patrimonial incongruente deduzindo ao património apresentado pelo arguido, os rendimentos declarados à administração tributária”. A este propósito, discute-se se os rendimentos não declarados pelo arguido podem ser tidos em conta para aferir o valor do património incongruente. Na doutrina italiana, Anna Maria Maugeri recorda que a *ratio* que subjaz à *confisca allargata* é privar o agente das vantagens que possuem origem criminosa: nesse sentido, os rendimentos de atividade lícita não declarada não têm origem criminosa e, como tal, não são ilícitos – a sua ilicitude ocorre num momento posterior, quando os mesmos são ocultados. Seguindo parte da doutrina, o Supremo Tribunal Italiano considerou que, para efeitos do cálculo da desproporção patrimonial, os rendimentos não declarados deveriam ser tidos em consideração, desde que provenientes de atividade lícita. Assim, esta orientação jurisprudencial mais garantística assumiria relevância, porque poderia suceder que, sendo contabilizados os rendimentos não declarados, já não se verificasse qualquer incongruência patrimonial e, por isso, deixando de se justificar a aplicação do confisco, Anna Maria Maugeri, “La confisca allargata: dalla lotta alla...”, p. 202 e ss. No entanto, esta jurisprudência acabou por não vingar, uma vez que o legislador italiano, através do art. 31º da *Legge* nº 161 de 17/10/2017 introduziu alterações do regime da *confisca allargata*, impedindo que o arguido possa justificar a origem lícita do património, invocando que tal resultou da prática de evasão fiscal.

¹⁴⁰ Na doutrina, por exemplo, Jorge Godinho entende que o regime português é bastante agressivo, uma vez que assenta numa mera presunção e que, a exigência, em certos casos, da sua “prática de forma organizada” constitui, por isso, um indício da prática de outros crimes, “Brandos costumes...”, p. 1327.

arguido permite ao legislador presumir, sem mais, que esse património foi adquirido através da prática de crimes e, por isso, deve ser objeto de perda.

Porém, para o funcionamento do mecanismo, é necessário que essa desconformidade patrimonial seja acompanhada da não justificação dessa incongruência ou que esta se apresente insuficiente – nesse sentido, estamos perante um pressuposto negativo da medida.

1.4. Demonstração da existência de uma atividade criminosa anterior?

Mais controverso é a (des)necessidade de demonstração da existência de uma atividade criminosa anterior, uma vez que a Lei nº 5/2002 não se mostra explícita neste ponto. Por conseguinte, a doutrina mostra-se dividida, quer em relação à necessidade dessa demonstração, ainda que mediante indícios, quer a saber se tal atividade se deve reportar ou não a crimes do catálogo¹⁴¹. A própria Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII parece, em alguma medida, sugerir este pressuposto ao falar em “(...) proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa (...)”, embora o arquétipo do regime pareça excluir a necessidade dessa demonstração.

Determinado setor da doutrina defende, por razões de proporcionalidade, que o MP deve demonstrar a existência de indícios ou elementos que tornem plausível a existência de uma atividade criminosa anterior (de natureza análoga ou não, conforme os autores). Desta forma, a inversão do ónus da prova apenas funcionaria após a demonstração da existência dessa atividade¹⁴².

Como vimos, a introdução do regime no direito nacional fundamentou-se na dificuldade em estabelecer a concreta ligação entre os bens e a prática de um crime específico. Neste sentido, vários autores defendem que o regime assenta, de forma implícita, numa “(...) suspeita não explicitada pelo legislador, de que terão sido praticados outros crimes, que terão gerado vantagens” – essa suspeita é sustentada em vários indícios, com

¹⁴¹ Na Proposta que antecedeu a Diretiva 2014/42/UE falava-se em atividades de carácter semelhante. Contudo, na versão definitiva, essa expressão foi suprimida devido às dificuldades potenciadas pela utilização desse conceito indeterminado. Neste sentido, Anna Maria Maugeri “La Dirittiva 2014/42/UE relativa alla...”, p. 320.

¹⁴² Neste sentido, *vide* Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 11 a 14, Pedro Caeiro “Sentido e função...”, p. 313 e ss; Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada...”, p. 45; e Euclides Dâmaso Simões e José Luís Trindade, “Recuperação de activos...”, p. 32. A este propósito, *vide* ainda André de Almeida Panzeri, “A sanção de perda de bens...”, p. 29 e Jorge dos Reis Bravo, “Criminalidade contemporânea...” p. 128 129.

destaque para a existência de um património de origem inexplicada. Assim, a verdadeira questão seria abordada indiretamente: “a eventual prática de outros crimes vem a ser discutida através do indício que é a posse de património de origem lícita não conhecida”¹⁴³. Como veremos, esta ideia ainda hoje se mantém controversa e suscita diversas questões, desde logo, a nível constitucional.

Como referimos, a doutrina não mostra consenso quanto à exigência ou não deste pressuposto. Pedro Caeiro¹⁴⁴, para além de defender a necessidade de o MP demonstrar essa atividade, considera que devem estar em causa ilícitos-típicos do catálogo idênticos ao crime que desencadeia o mecanismo ou que com ele estejam em conexão – nestes casos, o MP atua, não como titular da ação penal, mas como representante do Estado, nos termos do art. 219º/1 da CRP. Refere ainda que a menção explícita à “atividade criminosa” por parte do legislador não deve ser ignorada ou desvalorizada – expressamente, afirma-se que a origem (presumida) das vantagens é criminosa. Nas palavras do autor, “(...) confisca-se porque se presume que os bens provêm de uma atividade especificamente criminosa, e não em função da sua origem desconhecida ou meramente ilícita”, pelo que essa atividade não deve ser presumida, carecendo de ser provada¹⁴⁵. Conclui, por isso, que a referência no art. 7º/1 à “atividade criminosa” não se encontra desprovida de efeitos, estando em causa uma “(...) uma presunção *iuris tantum* e não de uma liberação total do ónus probatório”.

Na mesma linha, Jorge dos Reis Bravo¹⁴⁶ afirma que deve ser estabelecida uma ligação entre o crime que desencadeia o funcionamento do mecanismo e a atividade criminosa que justifica a incongruência patrimonial. Damião da Cunha¹⁴⁷, acompanhando estes autores, afirma que tal pressuposto se funda no facto de as vantagens que se pretendem subtrair ao agente poderem nem estar relacionadas com o crime *sub judice*, pelo que a

¹⁴³ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1316, 1317 e 1320. Contra, Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 314 e 315 e Érico Fernando Barin que, numa lógica semelhante à adotada pelo TEDH, considera que apenas está em causa o cálculo do montante a confiscar e não o reconhecimento da prática de qualquer crime, “Alargar a perda...”, p. 66.

¹⁴⁴ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 313 a 316.

¹⁴⁵ O autor afirma ainda que o tribunal não pode concluir pela existência de uma atividade criminosa exclusivamente a partir da existência de um património incongruente, porque além de se basear num raciocínio circular (a desconformidade patrimonial prova a atividade criminosa que por sua vez explica tal desproporção), essa presunção judicial privaria a presunção legal dos seus efeitos (tornando a incongruência patrimonial de um condenado por certos crimes como o único pressuposto do regime), *ibidem*, p. 315.

¹⁴⁶ Jorge dos Reis Bravo acrescenta que está em causa “(...) tentar tornar não compensadora a atividade criminosa pretérita, mesmo que se não estabeleça uma relação directa entre a mesma e o património incongruente do arguido que seja razoável supor que teve origem nas vantagens obtidas com tal actividade”, *ob. cit.*, p. 128 e 129.

¹⁴⁷ Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 11, 14, 21 e 22, embora reconheça que o espírito da lei parece ser o inverso.

desmonstração permite conferir um grau mínimo de certeza face à existência de uma atividade criminosa, mas também porque se torna claro que os bens objeto de perda estariam em conexão com o tipo de criminalidade que o legislador pretendeu abranger com este regime. Assim, e concluindo, Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade¹⁴⁸ defendem que o MP deve demonstrar, através das “(...) regras da prova indireta, indiciária, circunstancial ou por presunções, que esse crime se insere numa determinada atividade criminosa (entendida aqui esta atividade como carreira ou atividade pregressa continuada (...))”, de forma a permitir uma maior conformidade constitucional do regime.

No entanto, quer a jurisprudência¹⁴⁹, quer outra parte da doutrina¹⁵⁰ têm posição diametralmente oposta, propugnando pela inexistência de qualquer demonstração de uma provável atividade criminosa a cargo do MP. Neste sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues¹⁵¹ afirmam que essa probabilidade fora estabelecida pelo próprio legislador através da presunção de ilicitude do património e que a formulação do art. 7º/1 assenta na desconformidade patrimonial e não na probabilidade de uma anterior atividade criminosa - o alargamento face ao regime geral previsto no CP fundamenta-se na ausência de justificação para aquela incongruência patrimonial, que a condenação por um dos crimes do catálogo indicia. Do mesmo modo, João Conde Correia¹⁵² defende que esta exigência adicional representaria uma “revogação interpretativa” do regime, uma vez que, no fundo, se voltaria a exigir a prova da relação entre o crime pressuposto e o património do agente, impondo ao MP uma *diabolica probatio* (demonstrar, ainda que mediante padrões probatórios menos exigentes, a probabilidade de uma atividade criminosa), colocando em causa as finalidades pretendidas. Além disso, não estando em causa uma reação penal, não se pretende censurar

¹⁴⁸ Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, “Recuperação de activos...”, p. 32.

¹⁴⁹ No Ac. STJ de 24/10/2006, o tribunal reiterou a desnecessidade de tal demonstração, afirmando que “(...) o MP não fez prova da alegada proveniência ilícita, mas a dúvida assim instalada sobre a proveniência dos bens e valores apreendidos, resolve-se através da presunção de que tais bens e valores constituem vantagens da atividade criminosa (...)”. Neste sentido, *vide* igualmente o Ac. TRE de 06/12/2016 e TRP de 23/05/2018. O TC, nos Ac. nº 101, 392 e 476/2015, não se pronunciou em relação à necessidade deste requisito, embora da fundamentação das suas decisões seja possível concluir-se por uma resposta negativa.

¹⁵⁰ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 110 e ss; Duarte Rodrigues Nunes “Admissibilidade da...”, p. 38 e ss., Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...* p. 224 e ss; Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1342 e 1343; Hugo Luz dos Santos, “O Acórdão do TEDH...”, p. 102 e Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...*, p. 463. Também Paulo Silva Marques afirma que o legislador parece ter dispensado tal demonstração, “O confisco ampliado...”, p. 298.

¹⁵¹ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 224 e 225; *vide* ainda Érico Fernando Barin, *ob. cit.*, p. 80.

¹⁵² João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 110, acrescentando que “(...) uma coisa (arquivamento por falta de indícios suficientes) será, geralmente, incompatível com outra (probabilidade de uma determinada atividade criminosa anterior)” e do mesmo autor, “Presunção de proveniência ilícita...”, p. 220. No mesmo sentido, Érico Fernando Barin, *ob. cit.*, p. 70.

ético-juridicamente uma (possível) atividade criminosa, pelo que é desprovido de sentido exigir-se a demonstração dessa atividade, que contraria o próprio espírito da Lei. Neste sentido, Jorge Godinho¹⁵³ acrescenta que a exigência de tal pressuposto não possui qualquer suporte na letra da lei ou no seu espírito, pois trata-se do obstáculo que o legislador pretendeu superar com a introdução do regime. Por sua vez, Duarte Nunes Rodrigues¹⁵⁴ afirma que a referência à “atividade criminosa” não deve ser valorada e que a presunção da origem criminosa do património resulta da condenação por um dos crimes do catálogo e das elevadas dificuldades probatórias associadas aos mesmos, afirmando que os factos submetidos a julgamento correspondem a parte dos ilícitos (eventualmente) praticados pelo agente e que apenas é possível demonstrar, efetivamente, a ilicitude de uma parte do património - desta forma, este autor parece reconhecer, implicitamente, estar em causa uma medida que procura discutir, indiretamente, a prática de crimes que não se consegue provar.

Além disso, a generalidade destes autores entende que a não exigência deste pressuposto não implica impor ao arguido um ónus demasiado excessivo, uma vez que ele é a pessoa que se encontra mais bem posicionada para justificar a origem do seu património, como melhor veremos¹⁵⁵.

A reticência quanto à utilização de prova indiciária resulta do facto de os juízes e os tribunais considerarem, erroneamente, “que tal maneira de proceder não é primeiramente jurídica e que supõe a introdução de alguma dose de arbitrariedade no conteúdo das suas resoluções”¹⁵⁶. No entanto, a prova indiciária pode constituir um importante auxílio em matérias como aquela que curamos. Assim, Pedro Caeiro¹⁵⁷ defende que está em causa um conjunto de circunstâncias que, conjugadas, se traduzem numa pluralidade de indícios, devidamente comprovados, que “(...) dão preponderância à probabilidade de o condenado

¹⁵³ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1342 e 1343, afirmando que o regime teve em vista a não exigência de atividade probatória adicional, porque tal implicaria uma diminuição do seu âmbito de aplicação.

¹⁵⁴ Duarte Nunes Rodrigues, *ob. cit.*, p. 40 e 41. No mesmo sentido, Hélio Rodrigues, “Perda de bens no crime de tráfico...”, p. 210.

¹⁵⁵ Neste sentido, *vide* João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 110 e 111 e Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 42. Na jurisprudência, *vide* Ac. TC n° 392 e 476/2015, bem como o Ac. TRE de 06/12/2016.

¹⁵⁶ Euclides Dâmaso Simões, “Prova indiciária...”, p. 204, recordando as palavras de Carlos Climent Durán e considerando que a utilização deste tipo de prova se afigura essencial nos nossos dias, “sob pena de a Justiça não se compatibilizar com as exigências do seu tempo e de se agravar insuportavelmente o sentimento de impunidade face aos desafios criminosos de maior complexidade e desvalor ético”.

¹⁵⁷ Pedro Caeiro “Sentido e função do...”, p. 318. Damião da Cunha refere que pode ser igualmente considerado o estilo de vida, a existência de atividade criminosa anterior, entre outros, *Perda de bens a favor...*, p. 18. Assim, Maria do Carmo Silva Dias refere que (...) não é qualquer ilicitude que justifica a perda alargada (...), mas “(...) apenas a que deriva da suspeita de uma carreira criminosa (...), “Enriquecimento ilícito...”, p. 287 e 288. Referindo-se à utilização da prova indiciária, *vide* ainda João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 142.

ter tido uma actividade daquele género (...)”, de acordo com o critério *by preponderance of the evidence* – por isso, se a prova apresentada pelo arguido tornar incerta essa preponderância, o tribunal não deve declarar a perda. No entanto, consideramos que esses indícios devem ser objeto de fundamentação reforçada e, obviamente, possam ser impugnados. Além disso, a utilização de prova indiciária não se reporta ao processo principal, nem à apreciação da culpa do agente, mas como pressuposto que permite reforçar a legitimidade da medida.

O legislador, através da Declaração de Retificação nº 5/2002 de 6 de fevereiro, efetuou uma alteração relativamente à conexão entre as vantagens alcançadas e a atividade criminosa substituindo, no art. 7º/1, a expressão “presume-se constituir vantagem da atividade criminosa” pela expressão “presume-se constituir vantagem de atividade criminosa”. Esta nova formulação parece significar que a lei presume que a desconformidade patrimonial resulta de uma atividade criminosa que pode possuir natureza distinta do crime que motivou a condenação, pois não é necessário que seja “da” mesma atividade criminosa. No entanto, entendemos que a mesma não deve possuir natureza radicalmente diferente, devendo ainda integrar-se num dos crimes do catálogo ou que, pelo menos, esteja em conexão com este (e desde que se reporte a um desses crimes)¹⁵⁸. Porém, a jurisprudência e parte de doutrina parecem acompanhar o legislador, considerando que a incongruência patrimonial pode reportar-se a crimes sem conexão com o crime desencadeador do regime e que não é necessário que se reportem a qualquer crime previsto no catálogo do art. 1º.

Assim, esta interpretação restritiva do regime, através da demonstração da atividade criminosa anterior, permite evitar o entendimento que postula a existência de uma dupla presunção: a presunção de o património ser ilícito e a presunção da existência de uma atividade criminosa, de onde esse património resultou¹⁵⁹ - assim, a verificação desses indícios permite que o mecanismo possua uma base menos incerta. Por conseguinte, e de forma a respeitar o princípio da proporcionalidade, se a perda alargada é desencadeada pela condenação do agente por certo crime, com a finalidade de alcançar bens que foram

¹⁵⁸ Neste sentido, por exemplo, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 226. Contra esta orientação, Jorge dos Reis Bravo, “Criminalidade contemporânea...”, p. 128, nota 65.

¹⁵⁹ Neste sentido, por exemplo, Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, “Recuperação de activos...”, p. 7. Contra, Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 314 e 315 e Érico Fernando Barin, que numa lógica semelhante ao TEDH, entende que apenas está em causa o cálculo do montante a confiscar e não o reconhecimento de qualquer crime, p. 66. Hélio Rodrigues afirma ainda que estão em causa duas outras ideias - a de que o agente desenvolveu uma atividade criminosa com uma dimensão superior à efetivamente demonstrada no processo principal e que daí resultaram vantagens económicas, *ob. cit.*, p. 239.

adquiridos através dele, “(...) parece razoável exigir que a atividade criminosa geradora de vantagens seja do mesmo género, o que só pode determinar-se com a prova de certos factos”¹⁶⁰. Além disso, a própria presunção sai reforçada e, conseqüentemente, o abrandamento das exigências de prova quanto à atividade criminosa parece justificado, pois, de acordo com as regras da experiência, os crimes do catálogo raramente são praticados de forma isolada¹⁶¹. Assim, apesar de se presumir que estão em causa vantagens resultantes de uma atividade criminosa, não devemos presumir a existência dessa atividade - não faz sentido presumir que os bens advêm de uma atividade criminosa se não se demonstrar a sua existência, ainda que através de indícios. Nesse sentido, parece existir um conflito entre o elemento literal e o elemento teleológico.

Desta forma, e aceitando a necessidade deste requisito, a condenação pelo crime do catálogo deixa de constituir somente o papel de pressuposto desencadeador do mecanismo, assumindo-se, simultaneamente, como um limite ao próprio funcionamento do regime, pois carece de sentido declarar a perda de bens resultante de crimes que não se pretendeu abranger. Por isso, o regime apenas deve ser aplicável quando a atividade criminosa apurada indiciariamente se referir a um crime do catálogo ou que, no limite, esteja em conexão com algum deles. Desta forma, a inversão do ónus da prova apenas funcionaria após a demonstração de uma atividade criminosa por parte do MP, permitindo ainda obstar a que, a partir de uma única condenação, se conclua, sem mais, a existência de uma atividade criminosa de espectro de maior dimensão do que a efetivamente provada¹⁶².

No entanto, se os indícios recolhidos quanto à existência dessa atividade criminosa pelo MP permitirem uma condenação, este encontra-se obrigado a acusar do agente, em virtude do princípio da legalidade da perseguição penal que lhe incumbe, pois não é aceitável que a perda alargada seja concebida como um “(...) mecanismo residual para os casos em que a acção penal, por qualquer motivo, se encontre impedida” e seja utilizada por beneficiar de um *standard* probatório menos exigente e de uma presunção legal¹⁶³.

¹⁶⁰ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 316.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 316. Assim, o autor entende que o princípio da proporcionalidade é respeitado se a presunção se alicerçar em três base – a condenação por um dos crimes do catálogo, a incongruência patrimonial e a existência de uma atividade criminosa idêntica ou conexão com o crime *sub judice*: em conjunto, estes elementos permitem inferir de forma razoável, a origem criminosa dos bens, p. 320.

¹⁶² Como referido, Pedro Caeiro adverte que se a contraprova apresentada pelo agente impedir a conclusão de que o mesmo desenvolveu uma atividade criminosa semelhante ou conexa, tornando “(...) os factos incertos, de maneira a que nenhuma das versões se mostre mais provável que a outra”, o tribunal não deve declarar a perda, *ibidem*, p. 318.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 317, 320 e 321, nota 99.

Por último, e como aludido, a Diretiva 2014/42/UE apresenta-se, por um lado, mais ampla do que a Lei nº 5/2002, porque a desproporção constitui um indício para a aplicação da medida e, por outro lado, mais estrita, porque a fundamentação em factos concretos não assenta na presunção. A necessidade de demonstração deste requisito assume particular relevância no confisco de bens que se mostram compatíveis com os rendimentos do condenado. Por isso, a não cabal transposição do art. 5º/1 da Diretiva ou a não exigência de demonstração de uma atividade criminosa não permitem ao tribunal apreciar outros factos do caso concreto que podem permitir concluir que, ainda que não haja desproporção patrimonial, parte do património pode possuir, ainda assim, origem ilícita¹⁶⁴. Por outro lado, a exigência deste requisito possibilitaria o reconhecimento de decisões de perda, ainda que a legislação dos outros Estados não assentasse numa presunção de origem ilícita dos bens, porque se permitia concluir que o tribunal apreciou essa origem com base em factos concretos (e não apenas numa presunção), cumprindo o desígnio harmonizador da Diretiva. Contudo, ressalve-se que a presunção constante da Lei nº 5/2002 não se tornou ilegítima face ao direito da União Europeia, porque o diploma europeu estabelece normas mínimas, permitindo, por isso, mecanismos mais agressivos, com uma consequente diminuição das garantias¹⁶⁵.

2. O ato de liquidação

O início de uma investigação penal relativamente a um dos crimes do catálogo desencadeia, de forma paralela, uma investigação patrimonial, de forma a apurar a existência ou não de um património injustificado¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Neste sentido, Pedro Caeiro “O confisco numa perspetiva...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 33 e 34. Alertando para a existência desta lacuna no direito português, vide igualmente João Conde Correia, que defende a cumulação dos regimes do art. 7º e ss da Lei nº 5/2002 e do art. 5º da Diretiva, “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE...”, p. 98 e Duarte Rodrigues Nunes “Reflexões acerca da transposição da Diretiva...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 133 a 135. Também o MP, no parecer a propósito da Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª refere a existência desta lacuna. Referindo depois a necessidade de transpor a Diretiva para permitir o confisco de rendimentos resultantes de crimes congruentes com os rendimentos do agente, João Conde Correia, “O confisco e a ‘fixação’...”, p. 267 e 268.

¹⁶⁵ Neste sentido, João Conde Correia afirma que teor da Diretiva parece estar de acordo com parte da doutrina nacional, ao postular uma restrição do texto legal, ainda que se permita aos Estados soluções mais arrojadas, nos termos do considerando 22, “Reflexos da Diretiva...”, p. 97 e ss. Na doutrina estrangeira, vide Anna Maria Maugeri, “La Dirittiva 2014/42/EU relativa alla confisca...”, p. 319.

¹⁶⁶ Numa fase preliminar da investigação, o MP deve apurar os bens que integram o património do arguido, analisando o perfil familiar e financeiro do suspeito, os titulares dos bens e qual a sua relação com o suspeito, as declarações e informações fiscais, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 64 e

Nos termos do art. 8º/1, o MP deve liquidar, na acusação, o valor do património do arguido suscetível de perda a favor do Estado ou, se tal não for possível e desde que devidamente justificado, até ao trigésimo dia anterior à data designada para a realização da audiência de discussão e julgamento, podendo ainda ser efetuadas alterações ao montante, nos termos do art. 8º/3¹⁶⁷. Assim, se a liquidação não for efetuada, no limite, até ao último período referido, parece que não pode haver lugar ao funcionamento do regime, porque este se tornou extemporâneo¹⁶⁸.

Assim, sobre o MP impende um ónus da demonstração de três (ou quatro) realidades: a responsabilização penal do agente por um dos crimes elencados no catálogo legal, a existência de bens que integram o património do arguido, a demonstração do valor da incongruência patrimonial (e a apresentação de prova indiciária relativa a uma atividade criminosa)¹⁶⁹.

O ato de liquidação constitui um momento essencial da perda alargada, a três níveis: permite ao tribunal compreender e controlar o percurso efetuado pelo MP, quanto à forma como foi alcançado o juízo de incongruência patrimonial; constitui um limite à incidência da perda alargada, uma vez que o tribunal não pode declarar perdido um valor superior àquele que resulta da comparação entre o património detido pelo arguido e os seus rendimentos lícitos e; por último, permite identificar, concretamente, os bens que constituem o património do arguido, cuja origem lícita lhe cabe demonstrar. Por isso, o MP encontra-se vinculado à necessidade de discriminar cada um dos bens que integram o património do

65. De uma perspetiva prática, *vide* despacho simulado de Hélio Rodrigues, “A acusação e a vertente patrimonial...”, p. 187 e ss.

¹⁶⁷ Nos casos em que a investigação patrimonial esteja a cargo do GRA, a mesma pode realizar-se, para efeitos do art. 8º/2 da Lei n.º 5/2002, depois de encerrado o inquérito, nos termos do art. 4º/6 da Lei nº 45/2011. Hélio Rodrigues afirma que tal investigação não se encontra limitada ao inquérito, terminando apenas com a efetiva declaração de perda do valor, embora mostre reservas quanto à admissibilidade da intervenção do GRA ocorrer após o término do inquérito ou da apresentação da liquidação (caso seja posterior), pois o GRA encontra-se “(...) marcadamente vocacionado para intervir na fase de inquérito (...)”, “Gabinete de Recuperação de Ativos...”, p. 85. A este propósito, *vide* João Conde Correia, “Gabinete de Recuperação de Ativos...”, p. 58 e ss.

¹⁶⁸ Neste sentido, Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado...”, p. 308. Como melhor veremos, Damião da Cunha defende que a apresentação da liquidação deve ocorrer no momento da condenação, pois está em causa um ato definitivo, cuja efetivação fica suspensa até à condenação do arguido, *Perda de bens a favor...*, p. 40. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 07/12/2016, que afirma que os prazos constantes do art. 8º são perentórios.

¹⁶⁹ Nos casos em que os bens detidos por terceiros pertençam, na verdade, ao arguido, parece que MP deve proceder a uma justificação acrescida para a submissão de tais bens a este regime. Como referimos, está em causa uma noção bastante ampla de património, abrangendo tudo o que arguido detém materialmente (e não apenas a nível formal), mas também bens que ele já não possui, porque foram destruídos ou alienados – situação diversa é a ausência de bens por parte do arguido colocar em causa a efetividade da declaração de perda, mas tal não torna desnecessária a realização do ato de liquidação, a cargo do MP.

arguido, de forma a permitir apurar o valor incongruente do mesmo. Esta operação permite que os direitos de defesa do arguido sejam circunscritos e apenas devam ser exercidos quanto aos bens que se encontram concretamente descritos em tal ato e cujo valor se mostra desconforme com o seu rendimento lícito, de forma a elidir a presunção, nos termos do art. 9º/3¹⁷⁰¹⁷¹ - tal apenas é possível se o arguido tomar conhecimento dos bens que compõem o património identificado pelo MP. Desta forma, pretende-se assegurar o direito a um processo justo e equitativo, respeitando os direitos de defesa do arguido, incluindo o direito ao contraditório, permitindo-lhe participar de forma constitutiva na declaração do direito ao caso concreto¹⁷².

A operação com vista à determinação do valor do património incongruente assenta num mero cálculo de subtração sequencial: primeiro, deve ser apurado o valor do rendimento lícito do arguido; depois, deve ser determinado o valor total do seu património; e, por último, demonstradas estas realidades, procede-se à subtração do valor dos rendimentos lícitos ao património do arguido. Assim, é o resultado deste cálculo que permite apurar o valor do património do arguido que não encontra reflexo nos seus rendimentos lícitos e que, por isso, deve ser declarado perdido, por se presumir resultante de atividade criminosa¹⁷³. Porém, no

¹⁷⁰ Hélio Rodrigues, “Perda de bens no crime de...”, p. 241 e 242. No mesmo sentido, João Conde Correia, afirma que a liquidação define a posterior intervenção judicial e a necessidade do exercício do contraditório, *Da proibição do...*, p. 120. Assim, devem ser abrangidos todos os bens e não apenas aqueles que possuam um valor que se mostre desproporcional à capacidade económico-financeira do arguido, porque está em causa um valor e não bens em concreto, *vide* Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1344 e Duarte Nunes Rodrigues, “Admissibilidade da...”, p. 34 e 35. Neste sentido, *vide* Ac. TRP de 11/06/2014 e 17/09/2014. Já no Ac. TRP de 05/11/2008 se afirmou que se deve proceder a uma descrição do património global do arguido.

¹⁷¹ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues afirmam ainda que, embora a lei presuma que todos os bens foram adquiridos nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, o MP deverá, quando possível, demonstrar o momento em que essa aquisição ocorreu, *Recuperação de activos...*, p. 264. Porém, dada a eventualidade da aplicação do mecanismo e a complexidade da tarefa, na prática, tal não parece ser verdadeiramente exequível. Por isso, não concordamos com os autores que entendem que o MP discriminará os bens que se apresentam incongruentes, justamente porque está em causa a perda de um valor, não se sabendo ainda que bens corresponderão ao mesmo, que resultará da atuação do arguido, ao elidir a presunção.

¹⁷² Neste sentido, Hugo Luz dos Santos, “Acórdão do TEDH Varvara c. Itália...”, p. 101. No Ac. nº 392/2015, o TC referiu a necessidade de conhecimento da liquidação por parte do arguido, de forma a que ele possa ilidir a presunção do art. 7º/1, respeitando os seus direitos de defesa.

¹⁷³ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 258 e Érico Fernando Barin, “Alargar a perda...”, p. 70. *Vide* igualmente Augusto Silva Dias, que defende que o MP deve apurar todo o património atual e adquirido nos últimos cinco anos, “Criminalidade organizada...”, p. 39, embora pareça que, na verdade, o MP deve liquidar o património total do arguido. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRL de 16/09/2015, que afirma que a liquidação visa “(...) apurar o valor monetário da vantagem patrimonial ilicitamente obtida (...)”; Ac. TRP de 13/05/2009, onde afirma que a liquidação assenta num “juízo de prognose para o passado” através de factos concretos e objetivos que permitem chegar ao valor incongruente e Ac. TRP de 11/06/2014, que refere que o tribunal deve ter em consideração toda a prova para decidir a liquidação.

ato de liquidação não existe qualquer juízo, por parte do MP, quanto à natureza lícita ou ilícita dos bens, pois tal resultará do funcionamento da presunção¹⁷⁴.

No entanto, assentando o regime num valor que constitui o reflexo do património incongruente, a verdade é que o legislador não estabeleceu de que forma é que se deve proceder ao cálculo desse valor, nem qual o critério para efetuar a avaliação dos bens. Nesse sentido, determinados autores entendem que os bens devem ser avaliados através do recurso a peritos e a documentos e que, apenas no caso de tal não ser possível, é legítima a utilização de estimativas¹⁷⁵. Outros autores, recordando o silêncio da lei, afirmam que “(...) não existe sustento para a exigência de uma avaliação elaborada por peritos, que fique devidamente documentada”¹⁷⁶ – desta forma, seria possível utilizar estimativas de forma imediata, desde que devidamente fundamentadas, utilizando-se como critérios bens de idêntica natureza ou os usos de mercado ou índices de preço.

O valor do património incongruente deve ser reportado ao momento da sua aquisição e em termos líquidos, pois o estabelecimento de uma ordem patrimonial conforme ao direito implica que o agente deva ser privado do que adquiriu ilicitamente - por isso, é o momento da aquisição que deve nortear o procedimento; depois, ao falar em “perda de vantagens”, o legislador é claro naquilo que pretende retirar ao agente¹⁷⁷.

Contudo, certos autores entendem que não é suficiente que o MP indique na liquidação todo o património do arguido, tal como não basta indicar o património lícito, afirmando que o restante se presume ilícito. De igual modo, não bastaria indicar o património que se presume ilícito, sem proceder às operações que permitem essa conclusão (como a identificação dos rendimentos lícitos) – nestes casos, estaríamos perante a ausência de um dos elementos de que a lei faz depender o funcionamento da presunção (o património ou os

¹⁷⁴ Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 12/07/2017.

¹⁷⁵ João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 106 e Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 35.

¹⁷⁶ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 257 e Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 244 e nota 83.

¹⁷⁷ Neste sentido, *vide* João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 107 e Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 239. Estes autores advertem que podem existir situações em que certos bens não se apresentam desconformes no momento atual, mas que no momento da entrada no património, já se mostrariam desproporcionais - nestes casos, a incongruência deve ser apurada, não ao património total, mas ao valor de um único bem, tendo em conta o rendimento lícito aquando da sua entrada no património. Além disso, referem que havendo bens que, no período de referência do art. 7º/2, integraram o património do arguido, mas que entretanto foram alienados a terceiros de boa-fé e o seu valor não for identificado no património, a liquidação deve ainda referir esse montante – pode suceder que o valor recebido tenha sido utilizado na aquisição de outro bem (caso em que será este a integrar o património) ou simplesmente tal valor deve ser tido em consideração no património do arguido. Para maiores desenvolvimentos da sua posição, p. 258 e ss.

rendimentos lícitos) através do cálculo aritmético para chegar ao valor incongruente¹⁷⁸. Porém, a verdade é que o ato de liquidação pretende identificar o património do arguido, nos termos do art. 7º/2, não se procedendo, em princípio, a qualquer discussão sobre a sua natureza – essa discussão ocorrerá posteriormente, com base na liquidação. Neste sentido, a presunção não pode constituir um “suporte” para a liquidação, uma vez que aquela opera apenas após a elaboração desta, isto é, o funcionamento da presunção depende da elaboração do ato de liquidação, constituindo um seu reflexo¹⁷⁹.

Assim, dado o papel fulcral no procedimento, o ato de liquidação deve conter determinados elementos como a data da constituição como arguido, a identificação do seu património de forma concreta, a identificação dos rendimentos lícitos, o valor do património que não encontra reflexo nesses rendimentos e a indicação dos elementos de prova constante dos autos¹⁸⁰, permitindo uma maior clareza e evitando eventuais irregularidades.

A liquidação, enquanto incidente do procedimento, possui uma natureza discutível, questionando-se, desde logo, a qualidade em que intervém o MP na sua elaboração. A apresentação de tal ato ocorre, em regra, no momento da acusação. Porém, as finalidades do inquérito assentam na submissão ou não dos factos a julgamento, o que significa que a liquidação não constitui uma prioridade e, dada a sua complexidade, pode não ser desenvolvida de forma rigorosa – a declaração de perda é eventual, porque se encontra dependente, precisamente, da questão objeto do inquérito e, por isso, “(...) enquanto a tarefa principal estiver por cumprir, não vai o MP tratar desta questão”¹⁸¹. Neste sentido, Jorge dos Reis Bravo¹⁸² defende que o MP não atua como titular da ação penal, mas como representante em assuntos de outra natureza, cabendo-lhe apenas elaborar o ato de liquidação. Como veremos, uma atuação nestes moldes pode colocar em causa o estatuto legal e constitucional atribuído a esta magistratura.

Além disso, cumpre saber se o tribunal se encontra, em qualquer caso, vinculado ao montante liquidado pelo MP. Certos autores defendem que essa vinculação compreende, quer o património indicado, quer o montante liquidado, ainda que reconheçam que tal possa

¹⁷⁸ Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 261. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 17/09/2014.

¹⁷⁹ Hélio Rodrigues, “Perda de bens no crime de...”, p. 243.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 244. Como afirma Hugo Luz dos Santos, o MP não se encontra dispensado de alegar os concretos factos que integram a presunção e constituem a liquidação, p. 102.

¹⁸¹ Damiano Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 30. Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 46. Porém, hoje deve ter-se em conta a possibilidade de intervenção do GRA, na dependência do MP. *Vide* igualmente João Conde Correia “Gabinete de recuperação de ativos...”, p. 54 e 55.

¹⁸² Jorge dos Reis Bravo, “Criminalidade contemporânea e...”, p. 129 e 130.

não ser compatível com o exercício da função jurisdicional ou até com o próprio art. 12º/1 (que apenas menciona o art. 7º e já não o art. 8º)¹⁸³. Porém, entendemos que o tribunal pode, de forma justificada, declarar perdido um valor superior ao liquidado, desde que esse valor ainda encontre reflexo na liquidação efetuada pelo MP – como veremos, a aplicação do princípio da investigação neste âmbito parece depor neste sentido.

A investigação patrimonial deve, assim, ser realizada pelo MP, através do ato de liquidação, nos termos do art. 8º da Lei nº 5/2002, uma vez que a declaração de perda não é facultativa. Neste contexto, através da Lei nº 45/2011 de 24 de junho, foi criado o Gabinete de Recuperação de Ativos, em cumprimento da Diretiva 2007/845/JAI, com o objetivo de identificar, localizar e apreender os bens ou produtos relacionados com o crime, a nível interno e internacional, bem como cooperar com os gabinetes de outros Estados. O GRA, no exercício da investigação patrimonial, atua numa relação de dependência funcional e sob a orientação do MP, nos termos do art. 3º/h/n do EMP e art. 56º e 263º/2 do CPP, ocorrendo a sua intervenção apenas por determinação do MP, de acordo com o art. 4º/1 da Lei nº 45/2011¹⁸⁴ - assim, o GRA não possui autonomia, *per si*, para realizar a investigação patrimonial. Por isso, a investigação patrimonial é efetuada pelo próprio MP ou verificando-se os pressupostos do art. 4º/1 da Lei nº 45/2011, pode ser determinada a intervenção do GRA, mediante uma delegação de competências, nos termos do art. 270º do CPP – o critério para tal delimitação de competências parece, assim, assentar na dignidade, amplitude e complexidade de cada caso concreto. Deste modo, em caso de investigação patrimonial, o apuramento do valor do património incongruente há-de resultar de uma ilação que parte de factos conhecidos, valorados através de uma “(...) perspectiva objetiva (quase todos os crimes do catálogo assumem uma dimensão patrimonial imediatamente apreciável), subjectiva e conjuntural (nomeadamente quanto ao nível de ostentação patrimonial do agente do crime e ao seu modo de vida) (...)” consagrados no despacho que atribui competência ao GRA¹⁸⁵.

Em conclusão, o MP, enquanto titular da ação penal, dirige a investigação criminal durante a fase de inquérito, nos termos do art. 262º/1 do CPP, orientando ainda a investigação

¹⁸³ Neste sentido, Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 244, nota 81. Na jurisprudência, *vide* Ac. STJ de 24/10/2006.

¹⁸⁴ Neste sentido, *vide* Euclides Dâmaso Simões “A proposta de Lei sobre...” p. 186 e 187 e Hélio Rodrigues “Gabinete de Recuperação...”, p. 69. No mesmo sentido, João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 53.

¹⁸⁵ Hélio Rodrigues “Gabinete de Recuperação...”, p. 70 e ss.

patrimonial, de forma a permitir a sua concordância prática – estão em causa duas investigações distintas, mas intimamente conexas¹⁸⁶.

3. A presunção de ilicitude e a inversão do ónus da prova

3.1. A presunção prevista no art. 7º

Assim, demonstrando-se os pressupostos suprarreferidos, o MP encontra-se dispensado de efetuar a prova da relação existente entre a atividade criminosa pretérita e a incongruência patrimonial. A ilicitude desse valor incongruente resulta do funcionamento da presunção, permitindo afirmar um facto desconhecido – a real origem dos bens¹⁸⁷. Consequentemente, caberá ao arguido afastar a presunção do art. 7º/1. Porém, a introdução desta presunção, com a consequente inversão do ónus da prova gerou controvérsia, como teremos a oportunidade de analisar.

Como sabemos, as presunções podem ser legais, nos casos em que a lei dá como provado um facto, mediante a verificação de outros ou judiciais, quando essa conclusão é extraída pelo julgador, através de regras práticas da experiência empírica. Por outro lado, podem ser absolutas (*iure et iure*) se forem irrefutáveis ou relativas (*iuris tantum*), se admitirem prova em contrário¹⁸⁸. Neste sentido, a regra traduz-se no ónus da prova incumbir à parte que invoca o direito, cabendo-lhe provar os factos constitutivos do mesmo, nos termos do art. 342º/1 do CC.

Ora, de acordo com o art. 344º/1 do CC, o estabelecimento de uma presunção legal inverte o ónus da prova. Assim, a presunção legal constitui um mecanismo, através do qual a lei, partindo de um facto conhecido, aceita como válido um facto desconhecido e, na ausência de prova em contrário, esse facto dá-se como provado. Neste sentido, a utilização de presunções legais funda-se no reconhecimento, pela lei, da existência de uma conexão entre os factos conhecidos e os factos presumidos, assentes em probabilidades racionais, de

¹⁸⁶ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 193.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 111. Na jurisprudência, vide Ac. TRP de 17/09/2014.

¹⁸⁸ Para esta distinção, vide, entre outros, Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de inocência...*, 2000, p. 81 e 82 e Jorge Pais de Amaral, *Direito Processual Civil*, p. 319 e 320.

acordo com as regras de experiência¹⁸⁹. Consequentemente, o art. 350º/1 do CC estabelece que “quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz”.

Assim, a Lei nº 5/2002 consagrou uma presunção legal e *iuris tantum*¹⁹⁰. Por isso, o funcionamento da presunção depende de que, entre os factos conhecidos (e que devem ser provados) e os factos desconhecidos (que se presumem), interceda uma relação lógico-causal, de modo a que estes possam ser inferidos a partir daqueles (que constituem a base da presunção), mediante uma probabilidade racional, assente em regras de experiência¹⁹¹. Desta forma, na Lei nº 5/2002, constituem a base da presunção a condenação por um dos crimes do catálogo do art. 1º/1, a existência de um património, a incongruência entre este e os rendimentos lícitos e, defendemos nós, a demonstração de uma atividade criminosa, nos termos já expostos. Verificados estes factos, o legislador presume que aquele património incongruente é ilícito¹⁹². Neste sentido, a ligação existente entre a base da presunção e o facto presumido resulta da ideia de que a condenação por um dos crimes elencados no catálogo lança a suspeita de que existência de um património desconforme advém de uma atividade criminosa mais ampla¹⁹³. Todavia, ainda que as presunções permitam ultrapassar dificuldades prova, é exigível que quem dela beneficie demonstre um mínimo de suporte factual – daí que, ainda que se encontre dispensado de demonstrar a origem ilícita do património, nos termos do art. 350º/1 do CC, o MP tenha de indicar e provar as bases da presunção¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Neste sentido, por exemplo, Hélio Rodrigues “Perda de bens no crime...”, p. 238.

¹⁹⁰ Como afirmou o TC, no Ac. 101/2015, está em causa uma presunção ilidível, como sucede com todas as presunções legais, exceto quando o legislador disponha em contrário (art. 350º/2 do CC).

¹⁹¹ Alexandra Vilela, *ob. cit.*, p. 81

¹⁹² Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 28/03/2012.

¹⁹³ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues afirmam que a presunção de ilicitude assenta em duas realidades distintas, mas intimamente conexas: o condenado desenvolve uma atividade criminosa com dimensão superior à que se encontra a ser objeto de apreciação judicial e que daí resultaram vantagens, em relação às quais não é possível estabelecer uma ligação “(...) com a parcela da atividade criminosa comprovada no processo (...) que conduziu à condenação, *Recuperação de activos...*, p. 192 e 193. Por outro lado, Jorge Godinho identifica quatro consequências jurídicas da presunção: parte-se do princípio de que todo o património identificado pelo MP possui origem ilícita, devendo ser confiscado; impende sobre o arguido a apresentação de elementos que demonstrem a origem lícita dos bens; um *non liquet* sobre a verdadeira origem do património deve ser decidido desfavoravelmente ao agente e; presume-se que todo o património atual do arguido foi adquirido nos últimos cinco anos, “Brandos costumes...”, p. 1318 e 1319.

¹⁹⁴ Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, “Recuperação de activos...”, p. 33 e nota 21. Por isso, determinados autores entendem que não está em causa uma efetiva inversão do ónus da prova em processo penal: neste sentido, por exemplo, Érico Fernando Barin, “Alargar a perda...”, p. 71.

3.2. A inversão do ónus da prova

Como referido, a introdução da perda alargada no direito português pretendeu obviar a dificuldades probatórias e facilitar a tarefa do MP no combate à criminalidade económico-financeira. No entanto, a inversão do ónus da prova em processo penal suscita dúvidas, uma vez que, na realidade, não existe qualquer ónus neste ramo do Direito, contrariamente, por exemplo, ao que sucede em processo civil. Vejamos.

O direito processual penal distingue-se do direito processual civil pela forma de construção e estruturação do próprio processo, com repercussões relativamente à forma de aquisição do material probatório. Como aludido, o CC estabelece no art. 342º/1 que “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”. Porém, como sabemos, a repartição do ónus da prova é um elemento característico do processo civil.

A existência de presunções legais é, assim, frequente no direito e processo civil, onde prevalece o princípio do dispositivo, de acordo com o qual é sobre as partes que incide o ónus de carrear a prova, de forma a defender a posição que as mesmas pretendem ver reconhecidas, perante a atitude passiva do juiz, que apenas deve fazer cumprir as regras do processo e proferir a decisão da causa. Por isso, vigora, neste âmbito, o princípio da autorresponsabilidade probatória das partes, uma vez que são as partes do processo que devem apresentar os meios de prova necessários à defesa da sua pretensão, pelo que risco da inobservância de tal atuação recai sobre si – está em causa o princípio do ónus da prova que incumbe às partes¹⁹⁵.

Diferentemente, o processo penal é integrado por um princípio de investigação, que muda radicalmente a posição do juiz face ao processo submetido a julgamento. Assim, e contrariamente ao que sucede no processo civil, o esclarecimento dos factos cabe, em última instância, ao juiz. Por isso, a inversão do ónus da prova é um mecanismo estranho ao processo penal, uma vez que o princípio da investigação que incumbe ao tribunal afasta qualquer autorresponsabilidade probatória das partes, cabendo-lhe, por isso, investigar e esclarecer os factos oficiosamente¹⁹⁶. A desnecessidade da acusação ou da defesa em carrear prova para o processo não implica uma fragilização da sua posição, precisamente devido ao

¹⁹⁵ Neste sentido, *vide* Jorge de Figueiredo Dias, “Ónus de alegar e provar em...” RLJ, nº 3473 p. 126.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 127 e 128.

princípio da descoberta da verdade material que impende sobre o juiz. Em traços gerais, no processo civil, o não cumprimento do ónus da prova implica que as consequências de uma não atuação recaiam sobre as partes, enquanto no processo penal, a inexistência de qualquer ónus a cargo do MP ou do arguido não implica, necessariamente, tal consequência¹⁹⁷.

No entanto, o legislador inseriu uma presunção de ilicitude no âmbito penal e processual penal, que como referimos, procura uma verdade material – tal introdução constitui uma inovação, porque o não cumprimento desse ónus implicará, em princípio, que o tribunal possa basear a sua decisão, sem mais, no facto contrário¹⁹⁸. Assentando as presunções em probabilidades, ainda que racionais, a verdade é que as mesmas são falíveis, pelo que existe a possibilidade de o facto desconhecido não corresponder à realidade. Ora, a inserção de uma presunção no âmbito penal deveria ser meticulosamente analisada, desde logo se tivermos em consideração as suas consequências para os direitos fundamentais dos cidadãos, não apenas do agente, mas também de terceiros. Por isso, esta é uma das razões pela qual defendemos a necessidade de demonstração da atividade criminosa, enquanto forma de diminuir o risco de confiscos não suficientemente legitimados.

Por conseguinte, a presunção e a consequente inversão do ónus da prova têm como principal consequência a dispensa da prova da origem ilícita dos bens a cargo do MP, “transferindo” a prova da sua licitude para o arguido. Neste sentido, o âmbito do ónus da prova a cargo do arguido determina-se por referência ao ato de liquidação, pois é apenas relativamente ao montante incongruente que a presunção de ilicitude funciona (e não em relação a todo o património), como melhor veremos¹⁹⁹.

No entanto, João Conde Correia²⁰⁰, contrariamente a alguma doutrina já referida, defende que a presunção possui um valor limitado, não se podendo concluir da mesma que o condenado praticou outros crimes. Na jurisprudência, no Ac. nº 101 e 392/2015, o TC reafirmou que o fundamento das presunções legais resulta do facto de, em certos casos, a prova direta é ou pode ser especialmente gravosa ou difícil para uma das partes e, ao mesmo tempo, origina um mínimo prejuízo para a outra parte “(...) dentro dos limites do justo e do

¹⁹⁷ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, “Ónus de alegar e provar em...”, RLG, nº 3474, p. 140. José de Faria Costa, a propósito de um parecer solicitado pela Comissão Nacional de Luta Contra a Droga, afirmou que a conjugação do princípio da investigação com o princípio da presunção de inocência implica a inexistência de uma repartição do ónus da prova em processo penal. Contra a utilização de inversões do ónus da prova, *vide* Cunha Rodrigues, “Os senhores do crime”, p. 29.

¹⁹⁸ Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1316.

¹⁹⁹ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 263.

²⁰⁰ João Conde correia, *Da proibição do...*, p. 110 e 111.

adequado, enquanto a tutela da parte “prejudicada” pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de umnexo lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada”. Desta forma, o ónus da prova imposto ao arguido não é violador do princípio da proporcionalidade²⁰¹.

No entanto, a lei parece igualmente presumir que o património global do arguido é ilícito e que foi adquirido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. Vejamos. O património incongruente apenas é identificado após a demonstração do rendimento lícito do arguido e efetuado o cálculo aritmético referido, resultando da elaboração da liquidação a cargo do MP. Como salientam Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues “o património incongruente mais não é do que o património inexplicável, ou seja, o património que, sendo desproporcionado, é de duvidosa origem lícita”²⁰². Nesse sentido, o MP deveria identificar, de forma concreta, os bens abrangidos por aquela desconformidade – no entanto, não nos parece que seja realmente isso que se sucede. Na verdade, o MP parece apenas identificar o valor incongruente e não os bens, que em concreto, se mostram incongruentes – como resulta da lei, aquilo que se presume ilícito é o valor incongruente, resultante do funcionamento da presunção (e não os bens, em si mesmos, considerados).

Assim, a base de cálculo é o valor do património do arguido, pois, em princípio, todo o património é suscetível de confisco²⁰³. Neste sentido, Damião da Cunha e Duarte Rodrigues Nunes²⁰⁴ defendem que a presunção significa, na verdade, que todo o património tem fonte ilícita e que apenas dessa forma se justifica a inversão do ónus da prova, cabendo ao arguido demonstrar a origem lícita de cada bem. Assim, apesar do art. 7º/1 se reportar ao património desconforme, do art. 9º/3 presume-se que todo o património do arguido é ilícito e foi adquirido nos cinco anos anteriores à constituição com arguido.

²⁰¹ Neste sentido, *vide* Duarte Rodrigues Nunes, “Reflexões acerca da transposição da...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 132 e 133.

²⁰² Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 239. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 15/04/2015.

²⁰³ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1345; Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 32; Duarte Rodrigues Nunes “Admissibilidade da...”, p. 45 e ss. Contra, Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada e...”, p. 39.

²⁰⁴ Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 23, 35 e 36, entendendo que “cabe ao arguido salvar o que conseguir” e Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da...”, p. 46 e ss. Em certa medida, Pedro Caeiro critica a sujeição a perda de todos os bens, sem limitação aparente, com exceção do lapso temporal estabelecido, “O confisco numa perspetiva de política...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 37.

Contudo, esta posição doutrinária não é unânime. Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues²⁰⁵ entendem que se o legislador pretendesse que todo o património do arguido se presumisse ilícito, não o fez devidamente, tendo optado por uma “(...) regra de incongruência que norteia a presunção”. No seu entender, o arguido tem de provar a licitude, não da totalidade do seu património, mas somente da parcela que se identificou como incongruente através da liquidação e que, por isso, se presume ilícita. Por isso, consideram que o ónus da prova a cargo do arguido determina-se por referência à liquidação e que o art. 8º refere que o MP liquida o património identificado como devendo (e não podendo) ser declarado perdido. Assim, a incongruência patrimonial constitui a base da presunção e do ónus da prova.

Vejam agora. A base do regime parece realmente assentar no património total do arguido – na liquidação, demonstra-se a parcela patrimonial injustificada que, verificados os diversos pressupostos, se presume ilícita. Porém, questão (aparentemente) mais complexa é saber o que é que se presume ilícito. O problema, a nosso ver, reside no facto de estar em causa uma perda do valor incongruente e não uma verdadeira perda de bens incongruentes – como referimos, na liquidação, o MP deve identificar todos os bens que integram o património do arguido e apurar o seu valor, sem proceder a qualquer juízo de ilicitude. Nesse sentido, consideramos que a presunção do art. 7º se reporta, unicamente, ao valor incongruente, resultante das operações efetuadas na liquidação. Porém, o facto de estar em causa uma perda pelo valor parece conduzir, na verdade, a que o património total do arguido deva ser considerado ilícito, cabendo-lhe depois afastar a presunção, através da demonstração de alguma das alíneas do art. 9º. Assim, parece-nos que as questões estão em planos diferentes – a presunção do art. 7º reporta-se ao valor incongruente e, como tal, implica que todos os bens elencados sejam considerados ilícitos, não por força da presunção, mas pela própria estrutura em que assenta o regime – isto porque na liquidação não se sabe quais são os bens que corresponderão a esse valor, desde logo porque o MP não averigua a

²⁰⁵ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 223, 224, 244 e 262 e ss. Os autores entendem que não existe qualquer presunção de que o bem integra o património do arguido, porque quer a existência de bens, quer o seu concreto valor devem ser demonstrados e provados. Relativamente a esta questão, *vide* Pedro Caeiro “Sentido e função do...”, p. 313, Jorge Dias Duarte, “Lei nº 5/2002...”, p. 151; Jorge dos Reis Bravo “Criminalidade contemporânea e...”, p. 128 e Augusto Silva Dias, *ob. cit.* p. 39. No mesmo sentido, Paulo Silva Marques “O confisco ampliado...”, p. 301. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 11/04/2019 (relatado por Elsa Paixão).

natureza concreta de cada bem; na realidade, tal apenas se saberá se o arguido não conseguir justificar a sua origem, podendo o respetivo valor integrar o valor patrimonial incongruente.

Deste modo, são as particularidades do próprio regime que acabam por proceder a uma restrição do valor dos bens que integrarão o montante incongruente suscetível de perda – partindo-se do património total do arguido, nos termos do art. 7º/2, vão sendo efetuadas subtrações até se chegar aos bens que correspondem ao valor incongruente (e que se presume ilícito), que é suscetível de perda.

Por último, cumpre ainda tecer algumas considerações a propósito da Diretiva 2014/42/UE. Como referimos, a mesma admite o estabelecimento de presunções, desde que estas não sejam irrazoáveis e permitam ao juiz presumir, de forma razoável, a origem ilícita dos bens, de acordo com as “circunstâncias específicas do caso, incluindo todos os factos e provas disponíveis”, desde que os direitos de defesa se encontrem assegurados, como aponta igualmente a jurisprudência do TEDH, como veremos. Contrariamente à sua Proposta, o art. 5º/1 da Diretiva 2014/42/UE não faz qualquer referência ao *standard* probatório civilístico, embora a generalidade da doutrina nacional e estrangeira aceitem a utilização de tal *standard* no âmbito da perda alargada, uma vez que entendem que está em causa uma medida desprovida de carácter penal - todavia, a utilização desse padrão probatório parece, em alguma medida, ser sugerido pelo considerando 21 do diploma europeu, ao falar em “bastante mais provável”.

Como afirma Anna Maria Maugeri²⁰⁶, o legislador europeu parece referir a necessidade de um reforço do *standard* probatório civilístico, visível nas diversas traduções do diploma - a versão inglesa fala em *substantially more probable*, a versão francesa refere *nettement plus probable*, a italiana fala em *molto più probabile* e portuguesa em “bastante mais provável”. Assim, tal parece traduzir a ideia de que, ainda que não esteja em causa o *standard* probatório penal, o *standard* probatório em causa parece encontrar-se mais próximo deste do que do próprio padrão probatório civilístico. Note-se que o *standard* probatório adotado assume particular relevância, porque coloca em conflito dois vetores divergentes: uma maior exigência probatória implicará uma diminuição dos perigos associados a confiscos injustificados, assumindo-se mais garantística, mas provavelmente menos eficaz; todavia, uma menor exigência de prova potencia aqueles riscos, com uma

²⁰⁶ Anna Maria Maugeri, “La Dirittiva 2014/42/UE relativa alla confisca...”, p. 315 e ss. Quanto à evolução do *standard* nos diversos diplomas internacionais, vide Michele Simonato, “Extended confiscation...”, p. 734.

consequente diminuição das garantias dos cidadãos, embora possua um potencial de eficácia superior.

Além disso, afirmando que o tribunal se deve basear nas “circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis”, parece pretender excluir que a perda alargada se funde em meras suspeitas, traduzidas em meras conjeturas (no sentido de não assumirem a natureza de indícios). A Diretiva 2014/42/UE, no seu considerando 21, estabelece que os Estados-Membros possuem liberdade para determinar que a presunção de ilicitude dos bens seja delimitada temporalmente, fundamentando-se em razões de proporcionalidade, obstando a que a elisão da presunção se torne demasiado onerosa para o agente²⁰⁷. Mais. O fundamento da perda alargada reside na privação do património relativamente ao qual o agente não apresente uma justificação válida (e que, por isso, se presume ilícito) – como tal, essa delimitação temporal pode evitar o risco de o agente sofrer consequências (ainda que patrimoniais) por factos relativamente aos quais não existe a certeza da sua ocorrência²⁰⁸.

4. Elisão da presunção a cargo do arguido

Como mencionado, o art. 7º contém uma presunção *iuris tantum* e, como tal, ilidível. Assim, de acordo com o art. 9º/3, a presunção de ilicitude do património é afastada se o condenado provar que os bens resultaram de rendimentos lícitos (al. a)), que se encontravam na sua titularidade há pelo menos cinco anos antes da sua constituição como arguido (al. b)) ou que foram adquiridos com rendimentos obtidos nesse período (al. c)). Assim, de forma clara, o legislador estabelece que é ao arguido que incumbe justificar a origem lícita de cada um dos bens, de forma concreta e individual, ainda que, nos termos do art. 9º/1, o tribunal deva ter em consideração toda a prova produzida no processo. Para tal, o arguido pode utilizar todos os meios de prova admitidos em processo penal, nos termos do art. 9º/2 e do art. 125º do CPP, permitindo-se, deste modo, uma ampla defesa.

Por um lado, e nos termos da al. a), o arguido deve apresentar os documentos que permitam atestar que os bens resultaram diretamente de rendimentos lícitos ou que foram

²⁰⁷ Como veremos, esta delimitação temporal assume relevância, por exemplo, no direito italiano, uma vez que neste não se prevê um limite temporal para o funcionamento da presunção.

²⁰⁸ Anna Maria Maugeri, *ob. cit.*, p. 323.

adquiridos através desses montantes, de forma a estabelecer um nexo entre rendimentos e as aquisições. Todavia, não é necessário que o arguido prove que os rendimentos obtidos resultaram de uma atividade lícita por si exercida, podendo a mesma ter sido exercida por um terceiro²⁰⁹ (embora esses terceiros não pareçam ter legitimidade para afastar a presunção). Assim, a situação de ilicitude administrativa ou fiscal não impede que o arguido justifique a desconformidade do seu património nos termos desta alínea, sendo essencial que o mesmo “(...) prove a total inexistência de um vínculo ou de uma conexão causal entre determinado bem e a prática de crimes”, pelo que a ocultação de certo património à administração não impede o arguido de demonstrar a sua origem lícita, “(...) salvo se essa ocultação, em si mesma, integrar a prática de uma infração penal”²¹⁰.

Por outro lado, as als. b) e c) assentam num juízo objetivo, uma vez que, apresentando o agente prova da aquisição dos bens em momento anterior ao fixado na norma, dispensa-se a concreta averiguação da sua origem²¹¹. Na al. b), no entanto, continua a ser necessário a demonstração de dois requisitos impostos pela lei: que os bens estavam na sua titularidade e que tal sucedia há mais de cinco anos. Já a prova através da al. c) parece ser mais exigente do que as restantes, verificando-se uma conjugação de elementos constantes das alíneas anteriores – existência de rendimentos, que estes rendimentos foram obtidos há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido e que os bens foram efetivamente obtidos com tais rendimentos, devendo ser demonstrado o percurso dos rendimentos desde a sua obtenção até ao momento em que foram utilizados na aquisição dos bens identificados pela liquidação como parte do património desconforme²¹². Ou seja, ou se prova que os bens foram adquiridos há pelo menos cinco contados da data de constituição como arguido ou que foram adquiridos com rendimentos anteriores ou a presunção não é ilidida, podendo ser apresentada prova documental ou até mesmo testemunhal, de acordo com o art. 9º/2. Assim, o MP parece não ter de demonstrar que determinado bem foi adquirido há menos de cinco anos, de forma a submetê-lo ao regime da perda alargada – o arguido é que tem de provar que esse bem já se encontrava na sua titularidade há mais de

²⁰⁹ Neste sentido, *vide* Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 234. Como afirma Jorge Godinho, “(...) a justificação deverá tornar inteligíveis os fluxos económico-financeiros na origem das aquisições em causa, “Brandos costumes...” p. 1343.

²¹⁰ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 234. Relativamente a esta questão, *vide supra*.

²¹¹ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1343; Duarte Rodrigues Nunes “Admissibilidade da...”, p. 49 e 50. Como afirma João Conde Correia, basta apresentar os documentos de aquisição anteriores à data da constituição como arguido, *Da proibição do...*, p. 112.

²¹² Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.* p. 235 e 236.

cinco anos, uma vez que, embora a presunção do art. 7º presuma a ilicitude do património incongruente, a própria estrutura do regime parece considerar que os bens constantes desse património estão na titularidade do arguido há menos de cinco anos, contados desde o momento em que foi constituído arguido²¹³.

Desta forma, e rigorosamente, apenas na al. a) está em causa uma verdadeira elisão da presunção, pois nas als. b) e c) os bens podem possuir origem ilícita – na verdade, estão é para além do limite temporal definido pelo legislador, o que significa que esses bens não podem ser confiscados através do regime da perda alargada. Assim, a perda dos bens que se encontrem para além daquele lapso temporal implica que o ónus da prova “volte” a impender sobre o MP, entrando em funcionamento as regras gerais estabelecidas no CP ou em legislação avulsa, incumbindo-lhe a prova da origem criminosa dos bens, através da demonstração do nexo causal entre o bem e o facto ilícito-típico²¹⁴.

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII, o legislador afirmou que a definição de um limite temporal assenta no reconhecimento das dificuldades para o arguido em provar a licitude dos rendimentos obtidos num período bastante anterior ao processo – tal argumentação veio a ser acolhida e reconhecida pelo TC, no Ac. nº 392/2015, onde se afirmou que se pretende que a contraprova a apresentar pelo arguido seja menos onerosa, por razões de proporcionalidade e que “(...) a criação de uma presunção legal de conexão não resulta num ónus excessivo (...)”, uma vez que arguido se encontra em “(...) melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património”²¹⁵.

²¹³ Também Jorge Godinho defende que se presume que todo o património do arguido foi adquirido nos últimos cinco anos, *ob. cit.*, p. 1320. Relativamente a esta questão, *vide supra*.

²¹⁴ No entender de Pedro Patto, rigorosamente, está em causa afastar o funcionamento da presunção e não uma verdadeira elisão “(...) como se bastasse a prova dos factos referidos para provar a origem lícita dos bens em causa, “Decreto-Lei 15/93...”, p. 535. Neste sentido, *vide* Jorge Dias Duarte, “Lei nº 5/2002...” p. 153; Pedro Caeiro, “Sentido e função...”, p. 314; e Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 241.

²¹⁵ Neste sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues referem que essa orientação parece corresponder à posição adotada pelo TC da Colômbia – *dynamic burden of proof*, de acordo com a qual a pessoa que se encontra em melhor posição para provar um facto deve fazê-lo (ainda que tal orientação se reporte a uma medida não penal), *ob. cit.*, p. 230 e 231. Na Exposição de Motivos, afirma-se ainda que essa delimitação temporal vai de encontro às exigências que podem impender sobre o agente no âmbito da legislação do imposto sobre o rendimento. Na doutrina, essa delimitação temporal parece fundar-se no prazo de prescrição do art. 118º do CP, pretendendo-se igualmente tutelar a paz jurídica do agente, estabelecendo limites ao *ius puniendi* do Estado – não sendo possível a execução da pena, a investigação patrimonial deixa de ser legítima, João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 108, nota 219 e do mesmo autor “Gabinete de Recuperação de Ativos...”, p. 59. Neste sentido, Érico Fernando Barin, “Alargar a perda alargada...”, p. 80 e nota 112. Criticando o prazo de cinco anos a contar do momento da constituição como arguido relativamente a certos crimes, *vide* Damião da Cunha, *Medidas de combate...*, p. 46 e 47.

Relativamente ao grau de convencimento necessário para afastar a presunção, Pedro Caeiro suscita a questão de saber se a elisão da presunção do art. 7º deve subordinar-se às regras do direito civil que, nos termos do art. 350º do CC, impõe a prova do contrário – ou seja, o condenado tem de provar que os bens não resultam da atividade criminosa demonstrada – ou se é suficiente a contraprova – isto é, que os bens não têm como causa provável aquela atividade criminosa. O autor conclui que uma interpretação sistemática e teológica implica a necessidade de prova do contrário, desde logo, porque o regime se encontra estruturado para declarar a perda de bens (*rectius*, do valor) que se suspeita resultarem de uma atividade criminosa, mas que não é possível efetuar uma conexão²¹⁶. Por isso, não é suficiente uma simples discordância ou a mera criação de dúvidas no tribunal, desde logo, pela necessidade de integrar a justificação do bem numa das alíneas do art. 9º/3. Neste sentido, parece que a existência de dúvidas quanto à proveniência dos bens cede perante o juízo de certeza indiciário resultante da presunção²¹⁷. Em síntese, é necessário provar de forma positiva a origem lícita dos bens para elidir a presunção, pois se o arguido não conseguir justificar a origem legítima do património suscetível de perda, a existência de dúvidas pode implicar uma decisão desfavorável para o mesmo²¹⁸.

No entanto, determinados autores²¹⁹ chamam a atenção para o facto de, em certos casos, o lapso temporal de cinco anos ter que ceder perante o concreto circunstancialismo que rodeia o caso. Por exemplo, constata-se a existência de um património incongruente e demonstram-se indícios de que o mesmo derivou de atos de corrupção ou peculato – neste caso, estamos perante crimes específicos próprios, dependentes de uma característica não

²¹⁶ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 318 e 319. O autor afirma ainda que aceitar a elisão da presunção por contraprova (criando dúvidas quanto à origem das vantagens) “(...) remetia o problema para a posição inicial de incerteza, que precisamente se quis superar através da prova por presunção (...). No mesmo sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 231.

²¹⁷ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 232. No mesmo sentido, *vide* Duarte Rodrigues Nunes “Admissibilidade da...”, p. 49, que afirma que é exigível uma explicação minimamente credível quanto à origem dos bens; João Conde Correia entende igualmente que a prova negativa não obsta ao funcionamento do regime, *Da proibição do...*, p. 112. Érico Fernando Barin, por sua vez, parece defender que basta uma clarificação ou até criar uma dúvida razoável quanto a uma das alíneas do art. 9º/3, *ob. cit.*, p. 71. Neste sentido, *vide* ainda o Ac. *Van Offeren c. Países Baixos* do TEDH, onde para o cálculo das vantagens obtidas ilicitamente, se procedeu a uma investigação financeira que detetou a existência de bens com origem desconhecida, concluindo-se que foram obtidos mediante atividades ilícitas. Como o agente não apresentou uma justificação plausível para origem dos bens, considerou-se provada a aquisição ilícita.

²¹⁸ No sentido de que a dúvida sobre a origem ilícita dos bens deve ser decidida de forma favorável à acusação, *vide* Ac. STJ de 24/10/2006. No Ac. nº 101/2015, o TC referiu que o legislador, ao estabelecer a presunção, parte da ideia de que ocorreu um ganho ilegítimo, resultante de uma atividade criminosa, princípio cuja não verificação o recorrente poderia ter demonstrado através da explicação para a desconformidade patrimonial.

²¹⁹ Neste sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 243 e Damiano da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 15 e 16. Contra, Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 43.

inerente ao sujeito, o que significa que o funcionamento da presunção deveria ser limitado ao momento em que o agente iniciou essas funções. Este raciocínio parte da ideia de que, se as vantagens decorreram do exercício das funções, apenas faz sentido abranger o período em que as mesmas foram exercidas, pois se a presunção assenta nas regras da experiência, será incoerente abranger um lapso temporal em que não seria possível adquirir as vantagens através daqueles atos, uma vez que o agente não exercia as funções que as permitiriam alcançar. Porém, a lei não se refere, em lado algum, a esta situação.

Noutro âmbito, a doutrina encontra-se dividida relativamente à questão de saber se o tribunal pode intervir, oficiosamente, no decurso do procedimento. Neste sentido, determinados autores entendem que o tribunal não se encontra limitado aos contributos do MP ou do arguido, podendo ordenar, oficiosamente, diligências de prova ou até utilizar provas que já se encontrem no processo, em cumprimento do dever de procura da verdade material que lhe incumbe²²⁰. Todavia, outros autores defendem que se o arguido não demonstrar a origem lícita do seu património, o tribunal deve decidir desfavoravelmente ao mesmo, sem necessidade de qualquer atividade probatória por parte do MP - o tribunal concluirá que os bens resultaram de uma atividade criminosa, em virtude do funcionamento da presunção, não podendo apresentar dúvidas quanto à proveniência dos mesmos, nem em relação a uma pretérita atividade criminosa de onde presumivelmente advieram²²¹.

Contudo, a inversão do ónus da prova não parece impedir que o MP exerça o contraditório face à contraprova apresentada pelo arguido, colocando em causa a sua veracidade ou credibilidade. Assim, por exemplo, o MP pode contra-argumentar que o arguido, comparando os seus rendimentos lícitos e as suas despesas, não possuía condições económicas para adquirir, de forma lícita, todos ou parte dos bens ou que foram adquiridos

²²⁰ Duarte Nunes Rodrigues, *ob. cit.*, p. 50 e Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado...”, p. 310. Vitalino Canas defende que o ónus da prova não incide exclusivamente sobre o arguido, podendo existir situações em que ele não consegue demonstrar nenhuma das circunstâncias do art. 9º/3 e, mesmo assim, a presunção não funcionar, pelo que não existe uma (...) extremada inversão do ónus da prova, embora se estabeleça, excecionalmente, uma presunção que, à falta de qualquer prova contrária, funciona contra o arguido e não a seu favor (...)” – porém, em último termo, o tribunal pode intervir, *O crime de branqueamento...*, p. 172. Contra, Jorge Godinho defende que o regime impede a intervenção oficiosa do tribunal, “Brandos costumes...”, p. 1344. Na jurisprudência, *vide* Ac. do TC nº 392/2015 e 476/2015.

²²¹ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues entendem que, por isso, não se verifica qualquer *non liquet* que possa favorecer o arguido, *ob. cit.*, p. 230 e 231. Neste sentido, *vide* igualmente Jorge Godinho, *ob. cit.* p. 1344.

através de meios ilícitos, seja pelo arguido ou por um terceiro. Porém, este é um aspeto em que o legislador se mostrou, mais uma vez, silente²²².

Como afirmámos, estando em causa uma equiparação entre o inexplicável e o ilícito, a desconformidade patrimonial pode até assumir uma justificação simples – por exemplo, o agente recebeu uma avultada herança ou ter ganho um prémio na lotaria²²³.

Outro aspeto que a lei não se pronuncia reporta-se à possibilidade de os terceiros intervirem no processo. Neste sentido, Cura Mariano²²⁴ defende que, embora o art. 9º da Lei nº 5/2002 apenas preveja a possibilidade de o arguido provar a origem lícita dos bens, ao terceiro (aparente) titular do bem em causa deve ser concedida essa possibilidade, por força do art. 347º-A do CPP – caso contrário, os direitos de defesa e o contraditório desse terceiro, integrantes do direito ao processo equitativo, podem ser colocados em causa.

Por fim, a apresentação da defesa ocorre, nos termos do art. 9º/4, consoante o momento em que é apresentada a liquidação: assim, se esta for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada aquando da contestação; já se ocorrer após a acusação, é definido um prazo de 20 dias para a defesa, contados da notificação de tal ato - o legislador pretendeu que a defesa na questão acessória coincidisse, em regra, com o momento da defesa no processo principal. Todavia, nos casos em que não é possível apresentar a liquidação no momento da acusação, tal pode ocorrer até ao 30º dia anterior à data designada para a primeira audiência de discussão e julgamento, de acordo com o art. 8º²²⁵.

5. Natureza jurídica

Desde a sua introdução no ordenamento jurídico português, a natureza jurídica da perda alargada tem suscitado discussão²²⁶. A qualificação do instituto não é uma mera

²²² Neste sentido, Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 48 e 50 e do mesmo autor “Reflexões acerca da transposição da Diretiva...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 123. Neste sentido, *vide* igualmente Jorge Dias Duarte, “Lei nº5/2002, de 11 de janeiro”, p. 153 e Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 37, nota 12.

²²³ Neste sentido, João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 112.

²²⁴ Cura Mariano, “A perda de bens de terceiros...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 160 e 183. No seu relatório relativo à Proposta de Lei nº 94/VIII, a CACDLG referia que a não previsão da possibilidade de os terceiros titulares dos bens que lhe foram transmitidos nas condições do art. 7º/2 implicaria a sua desproteção, em caso de inação por parte do arguido. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 11/06/2014 e 16/03/2016.

²²⁵ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 237. Todavia, Paulo Silva Marques adverte para o facto de o prazo de vinte dias se mostrar insuficiente, tendo em consideração a possível consequência resultante da não apresentação de prova, “O confisco ampliado...”, p. 310.

²²⁶ Jorge Godinho afirma que a sua inserção pelo legislador não teve em consideração a manutenção da coerência com o restante sistema penal, *ob. cit.*, p. 1348.

questão teórica, desprovida de interesse, porque o seu carácter determinará ou não a aplicação de diversas garantias penais, bem como o surgimento de possíveis obstáculos constitucionais. Assim, se a jurisprudência rejeita o carácter penal da medida, a doutrina mostra-se dividida em diversas orientações, que oscilam, essencialmente, entre a natureza penal e a natureza administrativa ou civil do mecanismo²²⁷.

Jorge Godinho²²⁸ afirma que “(...) o produto final do processo legislativo é de índole penal (...)”, considerando não só que a perda alargada se encontra dependente de uma condenação penal, possuindo finalidades de prevenção, mas porque o seu regime subsidiário é constituído pelas regras constantes do CP e a prova ser feita nos termos do processo penal. Como se refere no art. 1º da Lei nº 5/2002, está em causa um regime especial que coexiste com o regime geral constante do CP, podendo conduzir a uma aplicação simultânea dos dois regimes. Para além disso, o mecanismo possui um objetivo idêntico ao da perda de vantagens prevista no CP – demonstrar que o crime não compensa. Desta forma, está em causa a aplicação de um regime a determinados crimes (elencados no catálogo do art.1º), de forma excepcional (através de uma presunção), procedendo-se, assim, a uma extensão de um instituto já existente. O autor conclui, referindo que está em causa a aplicação de uma reacção penal (o confisco do valor injustificado), com a particularidade de apenas incidir sobre a vertente patrimonial.

Augusto Silva Dias²²⁹, considerando que estão em causa as mesmas finalidades político-criminais da perda de vantagens do regime geral (reforçar na comunidade a ideia de que o crime não compensa e evitar que o património ilicitamente obtido seja utilizado na prática de novos crimes ou seja investido na economia legal), defende que a medida reveste

²²⁷ Referindo as vantagens e desvantagens da natureza penal da medida, *vide* Érico Fernando Barin, “Alargar a perda alargada...”, p. 83 a 85.

²²⁸ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1318, 1348 a 1351 e 1357. O autor afirma que a natureza da medida não é fácil de determinar: se por um lado, pressupõe a culpa do agente face a um dos crimes do art. 1º, tal constitui apenas o facto desencadeador do regime, afastando, dessa forma, a sua qualificação como pena. Depois, partindo do entendimento tradicional de Figueiredo Dias (perda de vantagens como reacção penal análoga a uma medida de segurança, assente na verificação do ilícito-típico que as gera) conclui que a especificidade da perda alargada assenta no facto de que o ilícito-típico a que se dirige não necessita de ser provado. Por isso, está em causa uma reacção penal de suspeita, de forma de obviar a dificuldades de prova. Pinto de Albuquerque defende que está em causa uma medida análoga a uma medida de segurança, que se funda nas mesmas finalidades de prevenção geral e especial que a perda de vantagens clássica, embora assuma duas especificidades: é necessário um facto ilícito, típico e culposo, que admite prova em contrário, *Comentário do Código Penal...*, p. 462 a 464.

²²⁹ Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada...”, p. 38 a 40, recordando os ensinamentos de Figueiredo Dias, de acordo com o qual o “efeito da pena” se filia em exigências preventivas (e não de culpa). Contra, Pedro Caetano, que entende que a tramitação da medida no processo penal não exige o carácter penal da mesma, “Sentido e função...”, p. 312, nota 87.

uma “(...) natureza eminentemente penal, constituindo um efeito patrimonial, não automático, da pena”, fundando-se apenas nessas exigências de prevenção. Jorge Reis Bravo²³⁰, por sua vez, considera que está em causa, essencialmente, uma consequência jurídica da condenação por um dos crimes do catálogo, não se pretendendo tributar qualquer rendimento ou património (que até pode estar em conformidade com a lei) – nesse sentido, a perda alargada traduzir-se-ia numa consequência para-penal.

Por outro lado, Damião da Cunha²³¹ entendia estar em causa uma medida não penal, porque nada tinha a ver com um crime, de carácter análogo a uma medida de segurança (uma sanção de suspeita, condicionada a prova de um crime), sendo que a sua determinação não se encontrava dependente de elementos relacionados com o mesmo. Assim, estaria em causa um processo autónomo prejudicado por uma condenação – tal dever-se-ia, quer à liquidação (que constitui um ato autónomo), quer por possuir uma estrutura diversa face ao processo principal (sobretudo a nível de prova): “no fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”. Não obstante, hoje afirma que está em causa o “(...) pagamento de uma quantia pecuniária, determinada em função de eventuais vantagens/bens indevida ou ilicitamente obtidos, sem que tal facto implique a transferência, para o Estado, de propriedade de um qualquer bem/ativo inquinado, à custa do património do condenado ou terceiro”. Trata-se de um instrumento sancionatório/repressivo de direito público que, em virtude do seu “carácter autoritário”, em caso algum, pode possuir natureza civil, sendo-lhe aplicáveis os princípios constitucionais e as garantias do direito e processo penal.

No entanto, outra parte da doutrina rejeita, de forma liminar, o carácter penal da medida. Assim, Duarte Rodrigues Nunes considera que estamos perante uma medida administrativa sem carácter sancionatório – na verdade, uma medida de segurança *suis generis*, no sentido de que o confisco depende de uma condenação por um dos crimes do

²³⁰ Jorge Reis Bravo “Criminalidade económico-financeira...”, p. 185 e do mesmo autor, “Criminalidade contemporânea...”, p. 130. Em alguma medida, Damião da Cunha parece entender tratar-se de uma “reação jurídica decorrente da condenação por um crime”, *Medidas de combate...*, p. 27. De forma errónea, Alceu Correia Júnior entende que a Lei nº 5/2002 inovou o sistema penal português, considerando que está em causa uma sanção penal autónoma, cominada cumulativamente com a pena privativa da liberdade, *Confisco penal...*, p. 96 e 97.

²³¹ Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 20 e 38; do mesmo autor, *Medidas de combate...*, p. 13, 14, 19, 21 e ss. Porém, de referir que o autor nunca considerou estar em causa qualquer mecanismo civil, optando inicialmente por considerar estar em causa um processo administrativo-fiscal.

catálogo e o respetivo processo, em vez de decorrer em 1ª instância na Administração, corre perante um tribunal penal²³².

Noutro sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues²³³ defendem que a perda alargada constitui um mecanismo civil “(...) proporcional, necessári[o] e legítim[o] (...), sobretudo se for tido em conta o “dano social causado pelas atividades ilícitas que visam essencialmente a obtenção do lucro”. Na mesma linha, João Conde Correia²³⁴ defende que estamos perante um mecanismo civil, inserido no processo penal, sem carácter sancionatório ou punitivo - para assumir tal carácter, era necessário que o património lícito do arguido fosse afetado, implicando uma verdadeira restrição do direito de propriedade. Na realidade, trata-se apenas de colocar o arguido na situação patrimonial anterior à prática do crime, restabelecendo uma situação patrimonial conforme ao direito. Por conseguinte, considera estar em causa uma *non conviction based confiscation*, uma vez que o valor incongruente não se encontra conexionado, direta ou indiretamente, com um crime específico. Ou seja, defendem que está em causa uma medida que apenas se projeta em termos patrimoniais na esfera do sujeito e, conseqüentemente, rejeitando o seu carácter penal, o Estado dispõe de maior liberdade para configurar o mecanismo, em termos materiais e processuais²³⁵, sem o peso garantístico conferido pelo direito e processo penal.

²³² Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da...”, p. 130 e 131 e “Reflexões acerca da...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 15 e 16.

²³³ Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 192 e 251, acrescentando que está em causa uma medida *in rem* que parte de uma lógica de contaminação do património. No entanto, estes autores parecem reconhecer a perda alargada como uma sanção, embora de carácter não penal, *ob. cit.*, p. 246. Como conseqüências jurídicas da atribuição de natureza civil ao mecanismo, *vide* Hélio Rodrigues, “O confisco das vantagens do crime...” in *O novo regime de recuperação de...*, p. 55 a 57.

²³⁴ João Conde Correia, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa...”, p. 16; do mesmo autor, *vide* “Presunção de proveniência ilícita de bens...”, p. 213 e “Non conviction based...”, p. 82. Também Lourenço Martins considera tratar-se de um “enxerto cível dentro do processo penal” que, a pretexto da prática de um crime e de um património desconforme, impõe ao arguido a demonstração da sua origem lícita, através de uma presunção, p. 50. Afastando qualquer natureza penal, *vide* ainda João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 115 e ss.

²³⁵ João Conde Correia, “Presunção de proveniência ilícita...”, p. 213. Maria do Carmo Silva Dias entende igualmente que a perda alargada parece assumir, sobretudo, um carácter civil e patrimonial, ainda que seja apreciada no âmbito do processo penal, com o objetivo de restabelecer a “legalidade patrimonial” aceitando, nesse sentido, a existência de uma determinada conexão com a matéria penal. Mais. Afirma que a perda alargada potencia a reação penal, tornando-a mais eficaz, mas tal não altera sua natureza, nem a contamina com finalidades repressivas ou sequer passa a assumir carácter penal, “Perda alargada prevista na Diretiva...” in *O novo regime de recuperação de...*, p. 102 a 105. Assim, a autora refere que não está em causa um verdadeiro “confisco alargado”, mas um mecanismo civil de confisco de enriquecimento ilícito, “Enriquecimento ilícito/injustificado”, p. 286 e ss.

Pedro Caeiro²³⁶ afasta a hipótese de a medida constituir uma pena, “(...) porque não é limitada por considerações de culpa (...)”, ainda que pressuponha a prática de um facto ilícito-típico e culposo ou uma reação análoga a uma medida de segurança, porque lhe falta um pressuposto essencial, “(...) traduzido no concreto perigo de as vantagens detidas pelo condenado serem utilizadas na prática de futuros crimes”, bem como uma sanção *penal sui generis*, de natureza idêntica à perda clássica ou um efeito da pena. No seu entender, a medida não constitui uma reação penal, porque “(...) a sua causa não é um facto (típico, ilícito e culposo) punível, mas um património incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes (a “atividade criminosa”)”. Por conseguinte, considera tratar-se de uma medida de natureza materialmente administrativa, aplicada por ocasião de um processo penal, embora não assuma o carácter de sanção. Porém, defende que a medida deve ser tramitada no âmbito do processo penal, em virtude das maiores garantias conferidas por este ramo do Direito (ainda que a mesma pudesse ser desenvolvida noutra âmbito).

Após a demonstração dos diversos posicionamentos da doutrina, vejamos. Na perda alargada, e de acordo com uma visão retrospectiva, a ideia subjacente parece residir na ideia de que houve a prática de uma atividade criminosa que originou o património incongruente. Porém, prospetivamente, pode ser vista como uma medida de segurança, derivada da perigosidade do património obtido ilicitamente vir a ser utilizado na prática de futuros crimes ou de ser investido na economia lícita - esta orientação pretende, desta forma, a incapacitação patrimonial do agente condenado²³⁷.

A jurisprudência constitucional, nos Ac. nº 101, 392 e 476/2015, em momento algum, se pronuncia sobre a concreta natureza que a medida reveste. No entanto, em diversas passagens, é possível extrair algumas orientações nesse sentido. Deste modo, o Tribunal refere que não se pretende apurar qualquer responsabilidade penal, mas verificar a existência de ganhos patrimoniais resultantes de uma atividade criminosa – como melhor veremos, esta formulação está alinhada com a jurisprudência do TEDH, que entende que a presunção apenas opera após o trânsito em julgado da condenação. Na verdade, o TC parece configurar

²³⁶ Pedro Caeiro, “Sentido e função do...”, p. 310 a 312. No mesmo sentido, Érico Fernando Barin afirma que se trata de uma medida administrativa *suis generis*, com a especificidade de estar dependente de uma condenação penal e de o procedimento tramitar e ser decidido por um tribunal penal, “Alargar a perda alargada...”, p. 68. Acompanhando esta orientação, vide Ac. STJ de 14/03/2018.

²³⁷ Referindo esta possibilidade, Jorge Godinho, “Brandos costumes...” p. 1351. Augusto Silva Dias, por exemplo, critica a qualificação da perda alargada como uma medida análoga a uma medida de segurança e, recordando que está em causa um regime especial mais gravoso, os seus pressupostos de aplicação devem ser mais exigentes do que os previstos para o regime geral, “Criminalidade Organizada...”, p. 39 e 40, nota 32.

a perda alargada como um mecanismo patrimonial de natureza civil, desprovido de caráter sancionatório, de acordo com parte da doutrina.

Em suma, na verdade, parece estar em causa uma consequência jurídica da condenação, de natureza patrimonial e atípica, uma vez que tem a particularidade de não se encontrar relacionada com o crime que motivou a condenação, nem se referir a um concreto crime e de apenas ter efeitos a nível patrimonial, podendo constituir uma forma de reforçar as finalidades das próprias penas²³⁸.

Capítulo V – O direito comparado

A introdução do regime da perda alargada no ordenamento jurídico português seguiu a tendência verificada um pouco por toda a Europa na luta contra a criminalidade organizada e económico-financeira, refletindo igualmente diversos instrumentos jurídicos internacionais e europeus, como observámos. No entanto, ainda que a adoção desses regimes pelos diversos ordenamentos jurídicos apresente certas particularidades, o regime possui um “tronco comum”, assentando na condenação pela prática de determinados crimes, em princípio, tipicamente geradores de lucros, que se encontram associados a uma desconformidade patrimonial sem justificação deduzindo-se, por isso, que resultam de uma atividade criminosa desenvolvida pelo condenado – nesse sentido, o regime funciona mediante uma presunção e consequente inversão do ónus da prova ou da sua flexibilização,

²³⁸ A este propósito, determinados autores consideram que a medida, assentando um cálculo matemático, possui um caráter totalmente objetivo, desconsiderando os efeitos que a mesma pode provocar no agente ou na sua família. Assim, Damião da Cunha afirma que na perda das vantagens nos termos gerais, o legislador mostrou-se (estranhamente) mais sensível, ao introduzir uma regra de equidade, fundada em ideias de proporcionalidade, quando a mesma se mostrar injusta ou demasiado severa face à condição socioeconómico agente (art. 112º/2), pois - se na perda clássica existe uma certeza face às vantagens alcançadas, na perda alargada estão em causa vantagens presumidas, *Perda de bens a favor...* p. 24. Suscitando a constitucionalidade de tal solução, *vide* igualmente Hugo Luz dos Santos, “O Acórdão do TEDH...”, p. 99 e 100 e nota 53. Também Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues entendem que nos casos em que esteja em causa assegurar a sobrevivência do agregado familiar, deve ter lugar uma aplicação analógica do art. 112º/2 do CP, *Recuperação de activos...*, p. 197, tal como Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...*, p. 464. Contra, Érico Fernando Barin rejeita a aplicação do art. 112º/2, desde logo pelos diferentes fundamentos que subjazem ao tipo de criminalidade subjacente à Lei n° 5/2002 e à tradicional, pela inexistência de previsão legal e pelas próprias diferenças de regime, *ob. cit.*, p. 83. Ainda relativamente a esta norma, *vide* João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 98 e 99 e o parecer do MP que manifestava reservas quanto a utilização de tipos abertos e ambíguos como “injusta ou demasiado severa”, podendo colocar em causa a segurança jurídica. Também a *FRA Opinion* defendia a necessidade de o juiz puder não aplicar a medida quando estivesse em causa um *serious risk of injustice*, p. 13. Na jurisprudência nacional, *vide* Ac. TRP de 30/05/2018.

mediante uma maior ou menor exigência de conexão com o crime²³⁹. Por isso, a condenação funciona como um pretexto para o alargamento da perda a bens que se mostram alheios ao crime *sub judice*, quando as circunstâncias tornem provável ou permitam presumir que resultam de condutas semelhantes ou conexas – constituem exemplos paradigmáticos a *Erweiterter Verfall* alemã, o *decomiso ampliado* espanhol e a *confisca allargata* italiana²⁴⁰.

1. O ordenamento jurídico alemão

O ordenamento jurídico alemão afigura-se-nos pertinente, uma vez que o seu regime de perda alargada constituiu a referência para as soluções adotadas em diversos Estados. Assim, no direito alemão, previam-se duas consequências distintas, em função da natureza do bem suscetível de perda: a *Verfall* tinha como objetivo privar as vantagens alcançadas com a prática do crime, enquanto a *Einziehung* visava os produtos ou os instrumentos utilizados na preparação ou execução do facto²⁴¹.

Porém, a necessidade de combate à criminalidade económico-financeira, sobretudo aquela que assumia um carácter transfronteiriço, conduziu à introdução do instituto da perda alargada (*Erweiterter Verfall*), em 1992, através da adoção da Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefacientes e outras Formas de Criminalidade Organizada, no art. 73d do StGB²⁴². No entanto, diferentemente do direito português, cujo o regime se encontra restrito a um catálogo de crimes previstos na Lei nº 5/2002, o regime da perda alargada alemão apenas era aplicável aos casos em que uma norma remetesse expressamente para o instituto. Assim, depois dessa verificação, o tribunal ordenava a perda dos bens detidos ou titulados pelos seus autores, quando as circunstâncias justificassem presumir que possuíam origem ilícita por terem sido obtidos através ou para a prática de outros factos ilícitos, invertendo-se o ónus da prova - por isso, não se exigia uma prova concreta dessa origem²⁴³. Inicialmente,

²³⁹ Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1327. No mesmo sentido, Anna Maria Maugeri afirma que existe uma tendência geral de associar a condenação por certos crimes a uma presunção de ilicitude do património, “Confisca (Diritto Penale)” in Enciclopedia..., p. 221.

²⁴⁰ Para alguns desenvolvimentos sobre os modelos adotados em diversos Estados *vide* Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, “Recuperação de activos” p. 5 a 7; João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 48 e ss; Pedro Caeiro, “Sentido e função do...”, p. 283 e ss. e Érico Fernando Barin, *ob. cit.*, p. 66 e 67.

²⁴¹ Margarita Torres, “La regulación del comiso...”, p. 215. Para maiores desenvolvimentos quanto à “perda clássica” alemã, *vide* Margarita Torres, p. 216 a 227 e Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 284 e 285.

²⁴² Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, *ob. cit.*, p. 197.

²⁴³ Neste sentido, Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1323 e 1324; Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 285 e João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 49.

alguma doutrina considerou que a introdução da *Erweiterter Verfall* representou uma “rutura do sistema”, chegando a ser qualificada como uma “pena de suspeita”, violadora do direito de propriedade e da presunção de inocência²⁴⁴.

Por sua vez, o *Bundesgerichtshof* pronunciou-se pela conformidade do regime com os princípios da presunção de inocência e da culpa, mediante uma interpretação restritiva da norma, considerando insuficiente um alto grau de verosimilhança da origem ilícita do património – assim, era necessário que o tribunal, através de prova exaustiva, estivesse plenamente convencido relativamente à origem ilícita desse património (implicando, portanto, uma quase certeza da sua proveniência ilícita²⁴⁵), embora tenha ressalvado que, havendo dúvidas quanto à origem dos bens, os mesmos não podiam ser confiscados²⁴⁶. Todavia, e posteriormente, o *BGH* considerou suficiente que, para a aplicação da perda alargada, o juiz pudesse decidir, de um acordo com um grau inferior de conhecimento, a origem dos bens suscetíveis de confisco²⁴⁷. Já o *Bundesverfassungsgericht* confirmou a compatibilidade da perda alargada com a Constituição alemã, nomeadamente com o princípio da culpa, com a presunção de inocência e com a garantia do direito de propriedade, afirmando que não estava em causa uma sanção penal, mas sim uma “medida”, ainda que distinta das medidas de segurança. O Tribunal prosseguiu, referindo que não estava em causa o estabelecimento de qualquer responsabilidade penal para além daquela que resultou da condenação, pressupondo-se apenas um facto ilícito (como tal, não necessariamente culposo) e que, por isso, não estaria em causa uma consequência de natureza penal. Além disso, recordou que a finalidade da medida não é a reprovação pela prática do facto ilícito-típico, mas a estabilização da norma e efetivar uma ordenação do património conforme ao direito, colocando termo a uma situação ilícita, resultante da prática de um facto que gerou benefícios económicos ilegítimos. Nesse sentido, considerou que o confisco alargado do art. 73ºd não tinha objetivos repressivo-punitivos, mas preventivos e que a flexibilização do ónus da prova se mostrava de acordo com o princípio da proporcionalidade, em virtude da importância que o mecanismo assumia na luta contra a criminalidade organizada²⁴⁸.

²⁴⁴ Eser *apud* Margarita Torres, *ob. cit.* p. 222.

²⁴⁵ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1324

²⁴⁶ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 285 e Jorge Godinho, *ob. cit.* p. 1322.

²⁴⁷ Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, *ob. cit.*, p. 7.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 7 e 8.

Desta forma, o regime alemão implicava uma “flexibilização do ónus da prova”, embora fossem exigíveis indícios adicionais que permitissem ao juiz concluir pela existência de uma provável origem ilícita dos bens sujeitos a confisco – como afirma Jorge Godinho²⁴⁹, se não era necessária a concreta prova da origem ilícita dos bens, também não era suficiente a presunção, pelo que o regime alemão se situa entre uma pura inversão do ónus da prova e o regime geral. Assim, a posição do *BVerfG*, na decisão de 14/01/2004, parece refletir a posição mais garantística da jurisprudência, que exigia a convicção do juiz, em relação à proveniência ilícita do património do agente, mediante uma análise exaustiva das provas disponíveis.

Porém, em 2017, a *Erweiterter Verfall* foi substituída por um novo regime, em consequência da transposição da Diretiva 2014/42/UE. Assim, e se anteriormente, como referimos, a aplicação do regime se encontrava restrita aos crimes que remetessem para o instituto, mormente, relacionados com a criminalidade organizada e económico-financeira, hoje, o regime aplica-se a todas as infrações penais, nos termos do 73a StGB alemão – nesse sentido, todos os bens podem ser confiscados, desde que o tribunal esteja convencido de que resultam de atividades criminosas, sem necessidade de se estabelecer ou provar especificamente o crime, como já sucedia²⁵⁰.

2. O ordenamento jurídico espanhol

No direito espanhol, a figura do *decomiso ampliado* surgiu como um mecanismo de combate a determinados tipos de criminalidade organizada, através da *Ley Orgánica* 5/2010 de 22 de junho, em consequência da transposição da Decisão-Quadro 2005/212/JAI. Assim, o *ex art.* 127º/1 do CP estabelecia que o tribunal devia alargar o âmbito da perda de bens às vantagens provenientes de “atividades criminosas”, cometidas no quadro de uma organização criminosa ou terrorista ou derivadas de um crime de terrorismo, considerando-se que resultaria da atividade criminosa, o património de todas e cada uma das pessoas condenadas por delitos cometidos no seio da organização ou grupo criminoso ou terrorista, ou por crime de terrorismo, quando o seu valor fosse desproporcionado em relação aos rendimentos obtidos de forma lícita. Por conseguinte, este regime legal presumia a conexão

²⁴⁹ Jorge Godinho, *ob. cit.* p. 1327.

²⁵⁰ Brevemente quanto às modificações ocorridas no ordenamento jurídico alemão, *vide* https://www.gleisslutz.com/en/regulations_asset_recovery.html.

entre a referida atividade criminosa e a desproporção patrimonial, embora o seu âmbito se encontrasse restrito àquelas atividades criminosas²⁵¹.

Recentemente, a *Ley Orgánica 1/2015* de 30 de março efetuou modificações ao art. 127º, através da criação de um regime aplicável a um catálogo mais alargado de crimes e com diferentes pressupostos de aplicação, nos termos do art. 127º-*bis*²⁵². No regime em vigor, o tribunal deve proceder ao alargamento da perda dos bens e rendimentos de uma pessoa condenado por determinado tipo de crimes, quando considerar que, através de indícios objetivos fundados, esses bens ou rendimentos derivam de uma atividade criminosa e não seja demonstrada a respetiva origem lícita. Assim, a lei estabelece que são valorados determinados indícios, nomeadamente a desconformidade existente entre o valor do património e os rendimentos lícitos do condenado; a ocultação da titularidade ou de qualquer poder de disposição sobre os bens através de, por exemplo, pessoas físicas ou jurídicas ou em territórios sem tributação, com vista a dificultar a determinação da verdadeira titularidade dos bens. Deste modo, encontramos uma diferença face ao regime português, uma vez que no direito espanhol se estabelece uma lista de indícios, não taxativa, que o tribunal pode especialmente valorar, impondo-se, da mesma forma, ao arguido a prova da origem lícita dos bens²⁵³.

Na Exposição de Motivos da *Ley Orgánica 1/2015* (na parte VIII), o legislador espanhol parece coincidir com os fundamentos da Exposição de Motivos da Proposta nº 94/VIII do direito português, ao considerar que está em causa a existência de outras atividades criminosas, distintas do crime *sub judice*, de onde advém o património suscetível de confisco. Porém, contrariamente ao legislador português, refere que o *decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de*

²⁵¹ Pedro Caero, “Sentido e função...”, p. 278. Para maiores desenvolvimentos, *vide* Margarita Torres, “La regulación del comiso...”, p. 206 e ss.

²⁵² Diferentemente do direito português, o legislador espanhol estabeleceu dois regimes de *decomiso ampliado*, nos arts. 127º-*bis* e 127º-*quinques* e 127º-*sexies*. Para maiores desenvolvimentos dos dois regimes e de algumas dificuldades na definição do âmbito de cada um, *vide* Margarita Torres, *ob. cit.*, p. 253 e ss e José Díaz Cabiale “El decomiso tras las...”, p. 35 e ss.

²⁵³ Relativamente aos indícios estabelecidos pelo legislador espanhol e pronunciando-se criticamente, *vide* José Díaz Cabiale, *ob. cit.*, p. 40 e ss, considerando que os mesmos não permitem concluir, com um grau de certeza minimamente aceitável, que tenham sido praticados outros crimes de onde resultaram esses acréscimos sem justificação. No entanto, o regime do *decomiso ampliado* parece estar conforme à Diretiva 2014/42/UE, uma vez que a desproporção patrimonial constitui um dos indícios a valorar (e não a base da presunção).

figuras como el enriquecimiento injusto, apoiando-se na jurisprudência do TEDH e na jurisprudência constitucional de vários países. Mais. O legislador espanhol, de modo semelhante à orientação da jurisprudência e parte da doutrina portuguesa, afirma que o *decomiso ampliado* é compatível com o princípio da culpa e da presunção de inocência, porque apenas se pretende restabelecer uma ordenação do património e não censurar a prática de qualquer facto²⁵⁴.

3. O ordenamento jurídico italiano

O ordenamento jurídico italiano é aquele que, no geral, apresenta maiores semelhanças com o direito português. Assim, a par da perda clássica, prevista no art. 240º CP, qualificada de medida de segurança patrimonial, assente na perigosidade que a posse dos bens representa, encontra-se prevista a *confisca allargata* que atribui igualmente relevância à relação que se estabelece entre um património incongruente e a condenação de uma pessoa por determinados crimes.

Em 1994, a *Corte Costituzionale* declarou a inconstitucionalidade do art. 12º-*quinques* da Lei nº 356/1992, que criminalizava a posse injustificada de património que se mostrava desproporcional aos rendimentos lícitos do condenado, quando estivessem em causa determinados crimes, com fundamento na violação do princípio da presunção de inocência e da culpa, por estar em causa uma incriminação derivada a partir do estatuto de arguido – isto, porque a perda dos bens ocorria ainda durante o período em que o agente assumia a posição de “arguido”, que se caracteriza pela sua instabilidade e reversibilidade. Nessa decisão, o TC italiano acolheu e reconheceu as críticas da doutrina, que defendia estar em causa “uma reação de mera suspeita”²⁵⁵. Na sequência da declaração de inconstitucionalidade, foi aprovado o art. 12º-*sexies* da Lei nº 356/1992 que estabeleceu o confisco dos bens que se apresentavam injustificados e que se encontram na titularidade ou posse de uma pessoa condenada por certos crimes. Porém, ainda que formalmente distintas, as normas são materialmente semelhantes: o legislador manteve a presunção de origem

²⁵⁴ Para maiores desenvolvimentos, *vide* José Díaz Cabiale, *ob. cit.*, p. 44 e ss. O autor, porém, critica fortemente o legislador espanhol, por reconhecer que a base da medida assenta na prática de crimes que não se conseguiram provar. Por isso, entende que a opção legislativa em “civilizar” o mecanismo resulta da consciência implícita de que o mesmo constitui um “ataque” ao princípio da presunção de inocência, p. 46.

²⁵⁵ Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1322 e 1323 e Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 283. No mesmo sentido, *vide* Sofia Milone “La confisca allargata al banco di prova...”, p. 7 e nota 17 e

ilícita que permite a inversão do ónus da prova, embora a reação penal seja apenas constituída pelo confisco (e já não por uma pena) e esteja dependente de uma condenação (sendo insuficiente a condição de arguido)²⁵⁶.

A jurisprudência maioritária defende estar em causa uma medida de segurança atípica, pois o art. 12-sexies fora construído de acordo com o modelo da medida de *prevenzione antimafia* e que essa “atipicidade” decorreria da substancial discrepância quanto à sua estrutura e funcionamento face à perda clássica prevista no art. 240º do CP - neste sentido, a paradigmática decisão do Tribunal da Cassação italiano nº 920/2004 de 17/12/2003. Todavia, a doutrina mostra igualmente diversas orientações, considerando estar em causa uma pena, em virtude da prevalência das finalidades punitivas sobre as preventivas e inexistir uma conexão entre a medida e o facto pelo qual o agente é condenado²⁵⁷.

Na sentença *Montella* (de 17 de dezembro de 2003), afirmou-se que o tribunal não se pode basear numa prova genérica da desproporção patrimonial, exigindo-se a demonstração da desproporção de cada bem individualmente considerado, no momento da sua aquisição, permitindo-se um maior respeito pelo princípio da proporcionalidade e do direito de propriedade – referiu, porém, que inexistente violação da presunção de inocência, uma vez que não está em causa presumir a culpa do agente, mas a proveniência ilícita do património²⁵⁸. Além disso, refere que os direitos de defesa não são colocados em causa, uma vez que, demonstrando-se a base presunção, o arguido tem a possibilidade de justificar a origem do património – por isso, verdadeiramente, não está em causa uma inversão do ónus da prova, mas um “ónus de alegação” de factos e circunstâncias que permitam ao juiz

²⁵⁶ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1322 e 1323. Recentemente, na sentença nº 33/2018, a *Corte Costituzionale* afirmou que a norma resultou da necessidade de criar um mecanismo que permitisse alcançar os mesmos objetivos da norma declarada inconstitucional. O TC italiano referiu ainda que a norma recupera dois elementos - a qualidade de condenado por certos crimes e a incongruência patrimonial face aos seus rendimentos lícitos - em que assenta a presunção (relativa) de que o património deriva de atividades criminosas que não foram provadas. Em todo o caso, o condenado pode justificar a respetiva licitude do património, ponto 7.

²⁵⁷ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 283, na linha de Gabriele Fornasari. Na doutrina italiana, Luca Baron defende que a medida parece revestir natureza ambígua, uma vez que as finalidades preventivas e repressivas entrelaçam-se, tendo em conta a estrutura do mecanismo e o progressivo alargamento do catálogo de crimes, que cada vez mais abrange crimes que apresentam uma grande heterogeneidade (cada vez mais distante do núcleo duro original da criminalidade organizada), “Il ruolo della confisca nel...”, p. 43 e 44.

²⁵⁸ *Corte di Cassazione*, nº 920/2004, onde o Tribunal afirmou que a desproporção em causa deve ser interpretada, não ao património considerado unitariamente, mas como uma soma de cada bem considerado de forma isolada, reportando-se o seu valor ao momento da sua entrada no património, Anna Maria Maugeri, “La confisca allargata: dalla lotta alla mafia...”, p. 205. Como salienta a autora, o Tribunal acolheu a orientação da doutrina que entende que tal princípio apenas é aplicável quando esteja em causa a liberdade pessoal e já não face ao património, *Confisca (diritto penale)* in *Enciclopedia...*, p. 220.

concluir pela proveniência lícita do património²⁵⁹. Por último, nos casos em que a prova em relação à desconformidade de cada um dos bens não for convincente, o juiz está impedido de aplicar o instituto, por força do princípio *in dubio pro reo*²⁶⁰.

Além disso, nessa decisão, a *Corte di Cassazione* afirmou ainda que a seleção dos crimes pelo legislador assentou no reconhecimento político-criminal da capacidade de quase todos serem exercidos profissionalmente como fonte ilícita de riqueza e no risco de esta puder vir a ser utilizada na prática de novos crimes²⁶¹.

Logo em 1996, a *Corte Costituzionale*²⁶² pronunciou-se pela razoabilidade do instituto, considerando o nexos existente entre certos crimes e a não justificação da licitude de patrimónios incongruentes. Porém, como referido, a legitimidade constitucional da *confisca allargata* foi novamente suscitada, permitindo ao Tribunal Constitucional efetuar uma nova leitura da presunção subjacente ao mecanismo, na sentença nº 33/2018. Nesta decisão, a *Corte Costituzionale* reafirmou a razoabilidade da norma, tendo em consideração o caráter relativo da presunção de ilicitude, embora estabeleça a necessidade de circunscrever o funcionamento da mesma dentro de um certo período temporal, de forma a tornar menos onerosa para o agente a tarefa de provar a origem lícita do seu património²⁶³. No entanto, além dos requisitos tradicionais da condenação e da desconformidade patrimonial, referiu a exigência da consideração do próprio caso concreto, pois apenas assim se permite e legitima a convicção do juiz da origem ilícita dos bens – por isso, a interpretação do TC mostrar-se-ia contrária ao elemento literal, que dispõe que *è sempre disposta la confisca*. Assim, o Tribunal parece entender que o juiz deve poder efetuar uma avaliação,

²⁵⁹ Anna Maria Maugeri, “Confisca (Diritto Penale), p. 217, 218 e 220 e da mesma autora, *vide* “La confisca allargata: dalla lotta...”, p. 204 e 205. Na jurisprudência, nessa decisão, Tribunal refere que, tal como se defende no direito português, é necessária uma prova positiva de licitude do património.

²⁶⁰ Anna Maria Muageri, “Confisca (Diritto Penale) in *Enciclopedia...*, p. 220. Tal vai na linha da decisão do BGH alemão de 22 de novembro de 1994, que exigia um razoável convencimento da origem ilícita do património.

²⁶¹ Neste sentido, *vide* Sofia Milone, “La confisca allargata al...”, p. 8 e 10 a 12 e Anna Maria Maugeri, “La confisca allargata; dalla lotta alla mafia...”, p. 211.

²⁶² Anna Maria Maugeri, “Confisca (Diritto penale), p. 217 e Ac. 29/01/1996, nº 18.

²⁶³ Porém, subsiste a dúvida de saber se ao silêncio do agente pode ser atribuída o valor probatório no caso de se considerar as suas alegações insuficientes, Anna Maria Muageri, “Confisca (Diritto Penale) in *Enciclopedia...*, p. 220. Estas considerações do Tribunal devem-se à inexistência de um lapso temporal para o funcionamento da medida no direito italiano. Relativamente à necessidade de delimitação temporal, *vide* Anna Maria Muageri, “Confisca (Diritto Penale) in *Enciclopedia...*, p. 218 e da mesma autora “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca...”, p. 321 e ss. A própria Diretiva 2014/42/UE, no considerando 21, estabeleceu expressamente a possibilidade de os Estados fixarem um prazo para o funcionamento da presunção de ilicitude. O Supremo Tribunal já entendia que tal ónus se encontra temporalmente delimitado, levando a doutrina a afirmar que o ónus do arguido se encontraria limitado ao período levado em conta pelo MP, Anna Maria Maugeri, “La confisca allargata: dalla lotta alla mafia...”, p. 207.

com base nos elementos decorrentes do processo e do contraditório, sem se encontrar estritamente vinculado ao que lhe é apresentado pelos sujeitos em confronto – parece, por isso, pretender que o juiz possa efetuar um controlo da validade da presunção. No entanto, como salienta Sofia Milone²⁶⁴, para evitar que essa prerrogativa do juiz se torne discricionária, a sua decisão deve ser motivada de forma reforçada, devendo conter os elementos que lhe permitiram superar a própria presunção.

Por último, a *Corte Costituzionale* recomendou que o legislador procedesse a uma restrição do catálogo aos quais a medida pode ser aplicada, mediante critérios lógicos e coesos, consistentes com a necessidade de evitar a prática de crimes suscetíveis de gerar um património ilícito. A aplicação do regime a determinados crimes carece de uma justificação político-criminal legítima; no entanto, o catálogo legal de crimes foi progressivamente alargado, afastando-se da lógica subjacente à própria criação do instituto²⁶⁵.

Desta forma, se uma interpretação literal parece apenas permitir a elisão da presunção através da justificação da proveniência lícita do património, a interpretação da *Corte Costituzionale* aparenta ser mais compatível com os direitos fundamentais, porque permite que o juiz possa efetuar uma avaliação e formar a sua convicção com base em elementos que surgiram no decorrer do procedimento – mesmo que o agente não justifique convenientemente a origem do bem, ainda assim, o juiz pode convencer-se que tal se deve a dificuldades probatórias e não, necessariamente, que o mesmo possui origem ilícita. Como salientam alguns autores, se o juiz apenas pudesse valorar a não justificação dos bens e não formar a sua própria convicção, a qualificação jurisprudencial do ónus da defesa como “ónus de alegação” e não como “ónus da prova” seria uma farsa²⁶⁶.

No entanto, a própria *Corte Costituzionale*, na sentença nº 33/2018, parece reconhecer que o funcionamento da *confisca allargata* implica presumir que o condenado praticou não só o crime pelo qual foi condenado, mas outros crimes, ainda que não comprovados judicialmente, de onde resultaram os bens que compõem o património incongruente de que ele é titular. Nesse sentido, reafirmou a jurisprudência consolidada, no sentido de que o juiz não deve procurar estabelecer qualquer ligação entre o bem a confiscar

²⁶⁴ Sofia Milone, *ob. cit.*, p. 12 a 16.

²⁶⁵ No caso concreto, o tribunal *a quo* referiu que existe uma grande heterogeneidade dos condenados pelo crime de recetação, que não se reconduzem necessariamente ao “modelo do agente típico”, tratando-se na maioria das vezes criminosos “ocasionais”. Por isso, parece defender uma cuidada análise quanto à integração de certo crime no catálogo legal.

²⁶⁶ Sofia Milone, *ob. cit.* p. 15 e 16.

e o crime pelo qual o agente foi condenado, nem mesmo entres esses bens e uma atividade criminosa genérica. A exigência de tal ligação, na opinião do Tribunal, implicaria a redundância da norma geral do art. 240º do CP. Dessa forma, o *ex art.* 12º sexies do D.L. 306/1992 seria, paradoxalmente, mais restritivo do que aquela norma, em virtude da exigência acrescida do caráter incongruente do património (deste modo, estaria em causa uma interpretação abrogante)²⁶⁷.

Capítulo VI – A conformidade constitucional da perda alargada

A introdução da perda alargada no direito português, desde cedo, suscitou a discussão de saber se a mesma era incompatível com a Lei Fundamental, por conflitar com diversos direitos e princípios aí consagrados. Neste sentido, o TC já se pronunciou pela não inconstitucionalidade da presunção do art. 7º/1 da Lei nº 5/2002, em diversas ocasiões. Tratando-se de um mecanismo atípico e “estranho” ao processo penal, saber se o mesmo implicou limitações ou derrogações a princípios basilares, ainda que de forma indireta, pela via patrimonial, é a questão que curaremos de seguida.

1. O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência constitui um princípio basilar do processo penal de um Estado de Direito Democrático, encontrando-se consagrado no art. 32º/2 da CRP e sendo igualmente previsto no art. 6º/2 da CEDH. Enquanto princípio jurídico-constitucional, estabelece a regra de que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” – desta forma, o princípio parece constituir o reflexo da inadmissibilidade de qualquer presunção de culpa²⁶⁸. O princípio desdobra-se em diversos

²⁶⁷ Note-se, porém, que o Tribunal não se refere diretamente ao instituto italiano, mas ao modelo no geral.

²⁶⁸ Como salientam diversos autores, não está em causa uma presunção em sentido técnico, uma vez que não se encontra relacionada com qualquer ilação que a lei ou o juiz retiram de um facto conhecido para concluir um facto desconhecido. Neste sentido, *vide* Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de...*, p. 81. Na verdade, está em causa uma regra ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana, José Souto de Moura, “A questão da...” p. 37 e ss. Além disso, como alertam Gomes Canotilho e Vital Moreira, uma interpretação literal do princípio conduziria, por exemplo, a “(...) uma proibição antecipada de medidas de investigação e cautelares (...), *Constituição da República...*, p. 518. Por isso, o princípio não pode implicar a proibição de medidas investigatórias, medidas de coação, medidas patrimoniais ou cautelares ou de polícia, uma vez que tal inviabilizaria um processo penal orientado para a descoberta da verdade, como afirma Guedes

corolários, nomeadamente, na proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido e no princípio *in dubio pro reo*, pretendendo-se restringir ao mínimo as limitações à liberdade e concedendo-se primazia à liberdade pessoal face à pretensão punitiva do Estado.

A jurisprudência do TC e do TEDH, bem como parte da doutrina, defendem que a perda alargada não viola o mencionado princípio, uma vez que não se pretende provar os elementos constitutivos de qualquer ilícito-típico, mas determinar a verdadeira origem de certos bens. Neste sentido, João Conde Correia²⁶⁹, considerando que a medida não pressupõe a culpa, nem assume carácter sancionatório, entende que a mesma não se encontra abrangida pelo princípio da presunção de inocência – nas suas palavras, “a natureza extrapenal do mecanismo arrasta mais esta consequência processual”. A perda alargada não implica qualquer “condenação” pela suspeita da prática de outros crimes, tratando-se de um mero mecanismo ordenador do património. Mais. Ainda que se tratasse de uma sanção penal, entraria em funcionamento num momento em que a presunção de inocência já não está em vigor.

Neste sentido, no Ac. nº 392/2015, o TC re(afirmou) que a presunção constante do art. 7º/1 da Lei nº 5/2002 não viola a presunção de inocência, porque não se pretende imputar ao arguido a prática de quaisquer crimes, nem estabelecer a sua responsabilidade penal, mas privá-lo de um património que se conclui ter sido alcançado ilicitamente, caso o agente não apresente uma justificação válida para o mesmo – a medida assenta em finalidades de prevenção criminal, estando apenas em causa a verificação da existência de ganhos patrimoniais através de uma atividade criminosa e impedir a sua manutenção. Por isso, não está em causa um concreto juízo de censura em termos ético-jurídicos²⁷⁰.

Valente, *Processo Penal...*, p. 161, 163 e 171. Por último, *vide* ainda Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da...” p. 52.

²⁶⁹ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 117. Neste sentido, *vide* Hélio Rodrigues/Carlos Rodrigues, *Recuperação de activos...*, p. 248; Érico Fernando Barin “Alargar a perda...”, p. 71; Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 53; e Lourenço Martins que parece defender não estar em causa qualquer consequência em termos de culpa e de condenação por uma infração penal, embora reconheça estar em causa uma restrição de vulto, “Luta contra o...”, p. 50. Na doutrina estrangeira, Tijs Kooijmans defende que a perda alargada, ao presumir a existência de uma anterior atividade criminosa, não viola o princípio da presunção da inocência, pois não se pretende averiguar a existência da prática de outros crimes, mas somente determinar a origem ilícita do seu património –“(...) *a criminal lifestyle of the person concerned is not in the foreground*”, “The burden of proof in confiscation cases...”, p. 235.

²⁷⁰ No Ac. nº 101/2015, e numa argumentação curta e simplista, o TC já tinha afirmado que a presunção do art. 7º apenas funciona depois da condenação e, por isso, não viola o art. 32º da CRP. Aliás, os Ac. nº 101, 392 e 476 de 2015 parecem constituir um bloco normativo nesse sentido.

Noutro sentido, Pedro Patto²⁷¹ considera que a inversão do ónus da prova imposta pelo art. 7º/1 viola a presunção de inocência, na medida em que o princípio não se reporta apenas aos factos constitutivos do crime, mas também a factos que possam depender da condenação (como sucede com a perda alargada) e ainda a quaisquer “(...) outro tipo de penas, sanções acessórias ou consequências da condenação, incluindo a perda de bens, que poderão até, em concreto, revestir-se de uma gravosidade equiparável à da própria pena principal”. Neste sentido, o instituto baseia-se numa “(...) presunção implícita da prática de crimes adicionais, distintos do crime pelo qual o arguido é condenado”.

Na mesma linha, o carácter penal da medida conduz Jorge Godinho²⁷² a defender que o regime assenta numa suspeita, que conduz a uma presunção de culpa. Assim, o regime parece assentar numa suspeita da prática de outros crimes, discutidos, de forma indireta, a propósito de uma desconformidade patrimonial. Por conseguinte, provando a licitude do seu património, o arguido estaria, na prática a provar a sua inocência face a essa suspeita – nas suas palavras, o legislador estabeleceu “(...) uma implícita presunção *iuris tantum* da prática de crimes”, discutida pela via patrimonial²⁷³.

Por outro lado, Rui Pereira²⁷⁴ defende que a perda alargada é compatível com a presunção de inocência, na medida em que a condenação não se baseia em qualquer presunção ou inversão do ónus da prova - uma presunção que fundamentasse tal condenação seria materialmente inconstitucional. Trata-se, no seu entender, de uma consequência da condenação, que se funda numa presunção e que o arguido deve contrariar. Também Augusto Silva Dias²⁷⁵ reconhece que, embora o regime implique uma certa compressão da presunção de inocência, tal não é desproporcional e, por isso, inconstitucional.

²⁷¹ Pedro Patto, “Decreto-Lei 15/93...”, p. 535. Na doutrina italiana, Edoardo Bandiera entende que se a atividade criminosa de onde presumivelmente resultaram as vantagens continuar por provar, então a medida aplica-se a um “crime oculto”, “Osservazioni in ordine all’ accertamento ...”, p. 53.

²⁷² Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1359. Por sua vez, Damião da Cunha, mais moderado, entendia que, tratando-se de uma medida não penal e não aplicada num processo penal, parece não haver inconstitucionalidade da mesma, *Perda de bens a favor*, p. 43. Na doutrina italiana, Anna Maria Maugeri entende igualmente que está em causa uma presunção orientada para o passado, no sentido de que o agente condenado por certos crimes é “suposto autor” de outros ou, pelo menos, neles envolvido, que lhe permitiram alcançar as vantagens. Por isso, entende ainda que o legislador, para além de finalidades preventivas, quer punir crimes que não consegue provar ou, pelo menos, impedir que o infrator deles beneficie, “Confisca (Diritto Penal” in *Enciclopedia...*, p. 220 e 221.

²⁷³ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1353 e 1359. A este propósito *vide* ainda Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 43. Contra, por exemplo, Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado...”, p. 316, Érico Fernando Barin “Alargar a perda alargada...”, p. 71 e Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da inversão...”, p. 42.

²⁷⁴ Rui Pereira, “A criminalidade económica...”, p. 163, nota 28.

²⁷⁵ Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada e...” p. 41. Neste sentido, o autor critica Damião da Cunha, por entender que este adotava uma posição incoerente, pois, por um lado, considerava que estava em causa

Pedro Caeiro²⁷⁶, de forma mais ponderada, entende que a necessidade de demonstração de uma atividade criminosa parece não violar a presunção de inocência, uma vez que não está em causa a imputação de quaisquer crimes ao agente. Na verdade, está em causa a determinação e a perda de um património (*rectius*, valor) com origem ilícita provada mediante uma presunção “(...) que o legislador quis restringir às vantagens provenientes de actividade criminosa”, privando o agente daquilo que ele alcançou ilicitamente – presunção essa que assenta em três bases (condenação, património incongruente e atividade criminosa anterior e não apenas nas duas primeiras) que conferem uma maior legitimidade ao instituto.

Por outro lado, certos autores defendem a possível compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a existência de presunções legais no processo penal, ainda que de forma excecional: ora, fundando-se estas em regras da experiência válidas e constituindo princípios de direito para a valoração da prova implicam, contudo, uma vigilância moderada por parte do juiz²⁷⁷. Porém, ressalva-se que tais presunções não exoneram o tribunal do dever de procurar a verdade. Assim, adaptando esta posição a questão que nos ocupa, a presunção constante no art. 7º da Lei nº 5/2002 encontrar-se-ia justificada, desde que se reconheça ao juiz a sua não estrita vinculação à presunção, permitindo-lhe uma investigação autónoma.

No entanto, existem autores que defendem que um entendimento rígido do princípio não permite combater eficazmente as novas formas de atuação da criminalidade. Neste sentido, Damião da Cunha²⁷⁸ afirma que a gravidade e o tipo de criminalidade em causa podem justificar uma limitação de certos princípios penais e processuais penais tradicionais, desde que essa restrição seja constitucionalmente justificada, acrescentando Júlio Pereira²⁷⁹ que a admissibilidade de presunções no direito penal constitui um reflexo da realidade atual, sobretudo quando não estejam em causa matérias que se reportem diretamente com a vida ou liberdade das pessoas e, simultaneamente, incida sobre o MP uma *diabolica probatio*. Assim, María Villamarín López²⁸⁰ refere que essas novas formas de criminalidade

uma sanção fortemente gravosa, implicando a necessidade de segurança e certeza, mas concluía pela natureza administrativa, no seguimento de um processo penal, nota 38. Também Pedro Caeiro adverte para a existência de discursos que destacam a necessidade de medidas particularmente agressivas para os direitos fundamentais com fundamento na ineficácia dos mecanismos tradicionais, “civilizando” depois tais instrumentos, ordenando-os a fins não especificamente penais, afastando as garantias conferidas pelo direito penal e o processual penal, “Sentido e função do...”, p. 276.

²⁷⁶ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 319 e 320.

²⁷⁷ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 356 e 357.

²⁷⁸ Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 50 e 51.

²⁷⁹ Júlio Pereira, “O crime de riqueza injustificada...”, p. 61 e 62.

²⁸⁰ María Villamarín López, “Inversion de la carga de la prueba...”, p. 95 e 99.

conduziram à introdução de presunções legais e de facto nos diversos Estados, implicando uma “flexibilização” do núcleo essencial da presunção de inocência. Além disso, alguma doutrina defende que a presunção de inocência, enquanto direito fundamental, pode ser objeto de restrição quando esteja em confronto com outros direitos fundamentais, nos termos do art. 18º/2 da CRP, desde que o seu núcleo não seja atingido²⁸¹. Desta forma, a restrição operada pela perda alargada aparentaria estar justificada.

Nesse sentido, o TEDH aceita o estabelecimento de certas presunções, ainda que de forma restrita e condicionada. No Ac. *Salabiaku* c. França, o TEDH analisou a compatibilidade da utilização de presunções no âmbito penal com o princípio da presunção de inocência, reconhecendo que os diversos ordenamentos jurídicos preveem presunções de facto e de direito e que as mesmas são admissíveis, desde que os Estados se mantenham dentro de “limites razoáveis”, considerando os interesses em causa e os direitos de defesa – assim, não está em causa um princípio absoluto podendo, por isso, ser restringido²⁸². Aquela compatibilidade, porém, encontra-se dependente de dois requisitos: o não funcionamento automático da presunção e a possibilidade de refutação da mesma²⁸³. Mais tarde, aplicando estes critérios, no Ac. *Phillips* c. Reino Unido, o TEDH considerou que ambos os requisitos se encontravam verificados no caso, desde logo porque o tribunal mantinha uma certa margem de apreciação, podendo não aplicar a medida em dadas situações e porque a sua convicção assentou, igualmente, nas provas disponíveis no processo. Em suma, o TEDH defende a proporcionalidade da presunção, desde que os direitos de defesa do agente sejam salvaguardados e o tribunal possa avaliar livremente a prova. Porém, ao não fixar parâmetros claros que permitam uma aplicação uniforme, a compatibilidade com a presunção de inocência é estabelecida casuisticamente, com os inerentes riscos de insegurança jurídica.

²⁸¹ Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de inocência...*, p. 21, 22 e 26, embora não se refira à perda alargada. *Vide* igualmente Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado...”, p. 315 e 316. Neste sentido, entende que esse núcleo se encontra salvaguardado, porque os efeitos da perda se reportam apenas a direitos patrimoniais, recordando ainda o consenso existente quanto ao facto de a prisão preventiva não atingir o núcleo daquele direito. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRC de 03/12/2014 que refere que “direito fundamental não é sinónimo de direito absoluto” e, por isso, entende que a presunção de inocência se encontra igualmente sujeita ao regime do art. 18º/2 da CRP.

²⁸² Ac. *Salabiaku* c. França, parágrafo 28. Na doutrina estrangeira, certos autores atribuem um carácter cada vez menos absoluto ao princípio da presunção de inocência, sendo legítimo, em determinados casos, impor ao suspeito a prova de certos factos, David Hamer, “The presumption of innocence and reverse...”, p. 142 a 171.

²⁸³ Como afirma Ana Carrilo del Teso, tal significa que os tribunais possam decidir a sua aplicação, “La Directiva 2014/42/UE sobre el embargo...”, p. 27. Ou seja, implica que o tribunal não se encontre estritamente vinculado à presunção.

O estabelecimento de uma presunção de ilicitude difere da criação de presunções para efeitos de aplicação de uma pena ou medida de segurança – neste caso, estaríamos perante uma frontal violação da presunção de inocência. Como afirma João Conde Correia²⁸⁴, “(...) presumir a ilicitude do património é bem diferente de presumir a inocência ou culpa do arguido”, pois a perda do valor injustificado do património é diferente da colocação em causa a liberdade individual.

Assim, relativamente aos factos pelos quais o arguido é condenado, inexitem dúvidas de que a presunção de inocência cessa no momento do trânsito em julgado da decisão condenatória; porém, face à perda alargada, as dúvidas adensam-se, pois quando se afirma que se presume que as vantagens decorrem de atividade criminosa parece, na verdade, existir uma presunção da prática de outros factos ilícitos-típicos. Além disso, e como referimos, o legislador é claro ao afirmar de onde resultam as vantagens: de uma atividade criminosa.

Assim, a perda alargada encontra-se dependente de uma condenação por um dos crimes do catálogo e, por isso, seria coerente que a liquidação fosse apresentada no momento da decisão condenatória, tal como a prova. Todavia, a estrutura do regime implica que a liquidação deva ser apresentada antes do julgamento e a prova no momento da acusação – o procedimento desenrola-se sem a existência de certezas quanto ao pressuposto que o desencadeia, que apenas ocorrerá posteriormente (ou que até pode nem se verificar). Dessa forma, a discussão relativa à aplicação da medida ocorre num momento em que o sujeito tem o estatuto de arguido (e não de condenado) e durante a qual a presunção de inocência se encontrava em vigor. Nesse sentido, a perda alargada violaria o princípio da presunção de inocência, pois para além de parecer presumir-se a prática de crimes (de onde advieram as vantagens), todo o procedimento decorre sem o pressuposto que o desencadeia, ainda que os seus efeitos se encontrem dependentes dessa condenação²⁸⁵. Por isso, pelo menos, a nível teórico, existe uma afetação do mencionado princípio. Damião da Cunha²⁸⁶, recordando que a presunção de inocência constitui uma regra de tratamento o arguido, afirma ser incoerente “(...) ‘ameaçar’ um presumido inocente com uma desvantagem (o não cumprimento de um

²⁸⁴ João Conde Correia, “Presunção de proveniência ilícita...”, p. 217.

²⁸⁵ Neste sentido, Damião da Cunha defende a duvidosa constitucionalidade do regime, *Perda de bens a favor...*, p. 43 e *vide* ainda Jorge Godinho “Brandos costumes...”, p. 1347.

²⁸⁶ Damião da Cunha, *Medidas de combate à...*, p. 39 e nota 58.

ónus) que está dependente da superação/elisão da presunção que sobre ele impende (...)” – nesse sentido, entende que o arguido discute o confisco “presumido culpado”.

Assim, estando em causa uma consequência da condenação que até se pode assumir como um *plus* quanto à eficácia da pena principal, a mesma ainda se integra no processo penal e, conseqüentemente, encontrar-se-ia submetida aos seus princípios. Como salienta Germano Marques da Silva²⁸⁷, o princípio projeta-se em todo o processo penal – nesse caso, integrando-se o mecanismo neste âmbito, tal princípio deveria ser-lhe aplicável.

Por isso, entendemos que a demonstração de uma atividade criminosa, ainda que indiciária, pode permitir evitar uma flagrante violação, não apenas da presunção de inocência, mas também de outros direitos e princípios constitucionais, reforçando a própria legitimidade da presunção do art. 7º e permitindo conciliar os diversos interesses divergentes – essa demonstração permitiria, assim, conferir um certo grau de convicção quanto à existência de uma anterior atividade criminosa.

Por fim, o princípio da presunção de inocência encontra-se articulado com o princípio *in dubio pro reo*, de acordo com o qual, se não houver prova suficiente para aferir da culpa do arguido, o tribunal deve decidir o *non liquet* de forma favorável ao mesmo. Por conseguinte, o princípio é uma consequência e um reflexo da inexistência de qualquer ónus da prova a cargo do arguido²⁸⁸, pois a sua consagração basear-se-ia numa prévia admissão da sua responsabilidade²⁸⁹. Desta forma, da conjugação do princípio *in dubio pro reo* com o princípio da presunção de inocência resulta “a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena”²⁹⁰.

Como observado, a Lei nº 5/2002 estabeleceu um regime baseado numa presunção, que inverteu o ónus da prova, colocando-o a cargo do arguido. Assim, a existência de dúvidas quanto à origem lícita ou ilícita do património pode conduzir o tribunal a decidir desfavoravelmente ao arguido, contrariando a regra de que, na dúvida, o tribunal decide de forma favorável ao mesmo. Por isso, integrando-se a medida no âmbito do processo penal e

²⁸⁷ Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, p. 82.

²⁸⁸ A este propósito, *vide supra*. Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República...*, p. 519; José Souto de Moura, “A questão da presunção...”, p. 32; Guedes Valente, *Processo Penal*, p. 175 e ss. e Jorge Figueiredo Dias, “Ónus de alegar e...”, RLJ, nº 3474, p. 140 a 142. Na jurisprudência, no Ac. de 20/01/2010, o STJ parece reconhecer a aplicação do princípio *in dubio pro reo* ao regime da perda alargada, considerando que, no caso concreto, não se verificavam todos os pressupostos da presunção *iuris tantum* – por isso, em caso de dúvida, o tribunal está obrigado a valorar a prova de forma favorável ao arguido.

²⁸⁹ Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p. 83 e 84 e Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da...”, p. 53.

²⁹⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 519.

caso se entenda que assume natureza penal, parece igualmente colocar em causa a presunção de inocência, agora nesta vertente. Um setor da doutrina entende, desta forma, que nos casos em que o *non liquet* seja decidido de forma desfavorável ao arguido, haverá violação do dito princípio²⁹¹. Não obstante, a doutrina maioritária defende a não aplicação do princípio, desde logo, porque considera que a medida não reveste caráter penal²⁹².

Paradigmático, nesta matéria, é o Ac. *Phillips c. Reino Unido*. Neste, o TEDH foi chamado a pronunciar-se a propósito da natureza da “*confiscation*” (perda de bens e produtos obtidos através de uma atividade criminosa), de modo saber se, no direito inglês, a declaração de perda de bens após uma condenação constituiria *a new charge* para efeitos da CEDH, tornando aplicável ou não o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 6º/2 da Convenção²⁹³. Com esse fito, o TEDH utilizou três critérios, a saber: qualificação do procedimento de acordo com a lei nacional, natureza do procedimento e espécie ou severidade da medida em causa. Assim, está em causa uma interpretação autónoma do conceito de “matéria penal”, para efeitos de aplicação da CEDH²⁹⁴.

Assim, quanto ao primeiro critério elencado, o TEDH entendeu que a declaração de perda de bens não constituía *a new charge*, porque no direito inglês, tal procedimento ainda integra o processo de “*sentencing*” (de determinação da pena), após a condenação pelo crime *sub judice*. Em relação aos restantes critérios, o Tribunal afirmou que, embora a presunção de que todos os bens adquiridos pelo arguido nos últimos seis anos constituíam produto ou proventos obtidos mediante o tráfico de droga e que os gastos efetuados nesse período tenham sido custeados com esse produto impusessem ao tribunal a consideração de que o acusado esteve envolvido noutras atividades ilícitas distintas da que resultou na condenação, as mesmas não interferiam na condenação ou absolvição, uma vez que apenas

²⁹¹ Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1359.

²⁹² Neste sentido, *vide* João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 119; Pedro Caeiro “Sentido e função...”, p. 318. Também Lourenço Martins entende que, perante dois procedimentos com finalidades e natureza distintos (um *ad personam* e outro *ad rem*), o tribunal pode afastar a aplicação do princípio no segundo caso, p. 51. Na jurisprudência, no Ac. de 23/05/2018, o TRP decidiu que não é possível ilidir essa presunção com a dúvida a favor do arguido.

²⁹³ Como afirma Hélio Rodrigues, a argumentação geral assenta, sobretudo, na violação do princípio da presunção de inocência, por se extraírem consequências patrimoniais da prática de crimes pelos quais o agente não foi condenado, “O confisco das vantagens...”, in *O novo regime de recuperação...*, p. 65.

²⁹⁴ Tais critérios são conhecidos como os critérios de Engel, utilizados enquanto parâmetro para aferir da natureza penal de uma determinada consequência do facto. Por isso, em determinados casos, existem medidas que são qualificadas como não penais no direito nacional, embora sejam consideradas penais pelo TEDH, neste sentido *vide* Michele Simonato, “Confiscation and fundamental...”, p. 369 e ss e Anna Maria Maugeri, “Confisca (diritto penale) in *Enciclopedia...*”, p. 188. Para uma análise desses critérios, *vide* Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 43 e 44.

influenciam o montante a declarar perdido (não possuindo, por exemplo, qualquer reflexo no registo criminal). Assim, contrariamente à necessária prova pela acusação dos factos imputados ao arguido, é sobre este que recai o ónus de provar, através do critério da probabilidade, que os bens foram adquiridos por outros meios, que não o tráfico de droga²⁹⁵.

No entender do Tribunal, a finalidade do procedimento de perda de bens não reside, nem conduz à condenação ou absolvição do agente por outros crimes de tráfico de droga; verdadeiramente, a medida apenas visa permitir ao tribunal determinar o montante da declaração de perda. Por isso, e porque a presunção de inocência apenas surge relativamente a uma acusação concreta, provando-se a culpa relativa a esse crime, o art. 6º/2 não pode ser aplicado a considerações relativas ao carácter e conduta do arguido, enquanto parte do processo de *sentencing* – nesse sentido, a declaração de perda não constitui *a new charge*, tornando o art. 6º/2 da CEDH inaplicável. Como afirma o TEDH, está em causa apenas uma fase processual análoga, por exemplo, à determinação de uma multa²⁹⁶. Em síntese, o TEDH entendeu que a presunção de inocência apenas se reporta à demonstração da culpa do agente pelo crime imputado, não assumindo qualquer relevância face à declaração de perda.

Porém, concordamos com os autores que entendem que a linha argumentativa utilizada pelo Tribunal não é perceptível, parecendo mesmo contraditória: se inicialmente o TEDH afirma que a declaração de perda dos bens adquiridos nos seis anos que antecederam a condenação impõe que o tribunal presuma que o agente esteve envolvido noutras atividades criminosas, acaba por concluir que a perda de bens, não constituindo formalmente uma acusação, apenas se encontra incluída no processo de determinação da medida da pena e, como tal, não é violadora da presunção de inocência²⁹⁷. Esta orientação foi,

²⁹⁵ *Ac. Phillips c. Reino Unido*, parágrafos 31 e 32. Recordando o *Ac. Salabiaku c. França*, o TEDH considerou inexistir violação de tal disposição, embora esteja em causa uma análise *in concreto* da decisão dos tribunais ingleses, parágrafos 40 e 41.

²⁹⁶ *Ac. Phillips c. Reino Unido*, parágrafos 31 a 36.

²⁹⁷ António Henriques Gaspar, “Tribunal Europeu dos...”, p. 292 e 293. Anna Maria Maugeri afirma igualmente que razões de oportunidade política parecem sobrepor-se a uma correta aplicação dos critérios elaborados pelo próprio TEDH, considerando que as garantias conferidas pela “matéria penal” devem aplicar-se a todas as medidas que tenham um carácter punitivo, perseguindo finalidades de prevenção geral e especial, independentemente da sua qualificação formal, “Confisca (Diritto Penal)” in *Enciclopedia...*, p. 191. Noutro sentido, João Conde Correia refere que “o processo de confisco consequente à condenação é uma parte integrante do *modus* de aplicação da pena, mas não está incluído na área de tutela do artigo 6.º, n.º2, da Convenção”, *ob. cit.*, p. 56. Na doutrina estrangeira, Michele Simonato entende que, embora a perda alargada não vise condenar ou absolver o agente, o art 6º/2 *governs criminal proceedings in their entirety, and not solely the examination of the merits of the charge* – assim, ainda que não esteja em causa uma condenação *stricto sensu*, constitui reflexo de outros crimes praticados pelo agente. Por isso, discorda da argumentação do TEDH e considera que a presunção de inocência deve vigorar durante todo o procedimento penal, “Extended

posteriormente, reforçada no Ac. *Van Offeren* c. Países Baixos, onde se reafirmou que, uma vez provada a culpa do arguido, o art. 6º/2 da CEDH é inaplicável, em virtude de ainda integrar o processo de *sentencing*. Na doutrina nacional, Pedro Patto²⁹⁸ recusa o entendimento restritivo do princípio da presunção de inocência adotado pelo TEDH, recordando a posição de Jorge Godinho²⁹⁹, de acordo com a qual a presunção não funciona apenas no âmbito da determinação de uma reação penal pela prática do crime objeto de apreciação, mas também quanto à (suspeita da) prática de crimes adicionais

No Ac. *Geerings* c. Países Baixos, no entanto, o TEDH entendeu que a medida violava a CEDH, embora tal tenha resultado das circunstâncias concretas e não da adoção de uma diferente orientação. Assim, o Tribunal postulou a violação do art. 6º/2 da CEDH, uma vez que estava em causa uma decisão judicial que, além de estabelecer a perda dos bens obtidos com a atividade criminosa que resultou na condenação do agente, declarou ainda a perda de bens presumidamente resultantes de factos ilícitos face aos quais o agente fora absolvido. O TEDH reafirmou que a presunção de inocência é colocada em causa se uma decisão judicial relativa a uma pessoa acusada de um crime refletir a ideia de que é culpada antes de tal ser provado de acordo com a lei, mas que tal garantia é excluída a partir da existência de uma condenação (a menos que a gravidade e natureza da medida possam constituir *a new charge*)³⁰⁰. Recordando as similitudes com o Ac. *Phillips* c. Reino Unido e *Van Offeren* c. Países Baixos referiu, porém, que o presente caso apresentava características diferentes, uma vez que o caso *sub judice* se reportava a um confisco referente a infrações pelas quais o agente fora julgado e absolvido³⁰¹: desde logo, considerou que o órgão jurisdicional holandês entendeu que o agente obtivera proventos ilícitos através dos factos em causa, embora não tenha demonstrado que o autor possuía bens, cuja origem não pudesse ser justificada devidamente, concluindo que o tribunal nacional se baseou em conjeturas.

confiscation...”, p. 737 a 739. Na doutrina portuguesa, *vide* ainda Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada e...”, p. 42 e ss.

²⁹⁸ Pedro Patto, “Decreto-Lei...”, p. 536.

²⁹⁹ Desta forma, provando a licitude do seu património, o arguido estará a provar a sua inocência relativamente aos crimes dos quais se suspeita – como afirma Jorge Godinho, “a atuação do procedimento com vista ao confisco é uma acusação – velada ou implícita, mas não menos real do que uma acusação frontal – da prática de crimes. Por isso, trata-se de uma acusação explícita da origem ilícita dos bens e de uma acusação implícita de que outros crimes terão sido praticados, “Brandos costumes...”, p. 1353

³⁰⁰ Ac. *Geerings* c. Países Baixos, parágrafos 41 a 43.

³⁰¹ Ac. *Geerings* c. Países Baixos, parágrafos 44 e ss.

O Tribunal prosseguiu, afirmando que a declaração de perda, no caso concreto, violava a presunção de inocência por duas razões: por um lado, não se provando, para além de toda a dúvida razoável, que a pessoa em causa tenha cometido o crime e se não se puder ser estabelecido, de forma concreta, que tenha sido efetivamente obtida qualquer vantagem, lícita ou não, isso significa que a medida apenas pode assentar numa presunção de culpa, dificilmente compatível com o art. 6º/2 da CEDH; por outro lado, a declaração de perda objeto de impugnação reporta-se aos mesmos factos relativamente aos quais o agente foi absolvido e, por isso, qualquer expressão de suspeita é inadmissível³⁰². Tal acórdão tem ainda o mérito de demonstrar a necessidade uma concordância prática entre a inversão do ónus da prova constante da perda alargada e a presunção de inocência, relativamente ao momento em que tal mecanismo seja desencadeado³⁰³. Para além disso, permite ainda concluir que a decisão judicial relativamente à origem ilícita do bem não se pode basear somente nas investigações que sejam incompatíveis com os factos apurados em julgamento, sem qualquer contraprova sobre a situação patrimonial do agente, a quem deve ser concedida a possibilidade de explicar a sua posição³⁰⁴.

No entanto, note-se que não cabe ao TEDH determinar a verdadeira natureza da uma medida, competindo essa tarefa aos diversos ordenamentos jurídicos internos. Deste modo, a jurisprudência deste tribunal quanto ao conceito de *criminal charge*, para efeitos de aplicação das garantias constantes da CEDH, é independente da classificação formal dada pelos Estados, embora essa jurisprudência não deva ser vista como uma derrogação da jurisprudência dos tribunais internos³⁰⁵. No entanto, a própria análise casuística efetuada pelo tribunal dificulta o estabelecimento de uma estrutura sólida que permita legitimar os diversos regimes de confisco³⁰⁶.

³⁰² Ac. *Geerings* c. Países Baixos, parágrafos 47 a 49, onde recordou a posição adotada no Ac. *Asan Rushiti* c. Áustria – neste, considerou que após uma absolvição, a existência de qualquer suspeita é incompatível com o art. 6º/2 da CEDH.

³⁰³ Hélio Rodrigues “O confisco das vantagens do...” in *O novo regime de recuperação de ativos...*, p. 66.

³⁰⁴ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 57.

³⁰⁵ Pedro Caeiro, “Sentido e função do...”, p. 291 e 292. Referindo-se igualmente a esta problemática, Damião da Cunha, *Medidas de combate à...*, p. 24, nota 28.

³⁰⁶ Neste sentido, Pinto de Albuquerque, na opinião dissente no Ac. *Varvara* c. Itália, considerou que os Estados introduziram diversas medidas, com diferente natureza e regime e, face a esta diversidade de mecanismos, o TEDH ainda não desenvolveu uma jurisprudência consistente. Por isso, a conformidade de um procedimento com a CEDH não significa uma garantia absoluta e formal da sua legitimidade face ao direito constitucional dos Estados, porque a Convenção apenas estabelece um catálogo de garantias mínimas, Ac. *Varvara* c. Itália, nº 17475/09 de 29/10/2013. Neste acórdão, ainda que não se referisse à perda alargada, o TEDH entendeu que o confisco constituía uma “pena” e que a “punição” do agente que não fora condenado seria incompatível com

2. O princípio da culpa

O princípio da culpa constitui outro princípio fundamental do direito português e, embora não se encontre expressamente consagrado na CRP, reconhece-se o seu caráter constitucional, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da CRP e no próprio Estado de Direito – o princípio estabelece a regra de que não pode ser aplicada uma pena sem culpa e que a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

Apesar de, em rigor, o regime da perda alargada não visar efetivamente estabelecer qualquer responsabilidade penal do agente, nem reagir contra uma concreta violação, determinados autores entendem que a medida contém, implicitamente, uma suspeita ou probabilidade da prática de outros crimes, de onde advieram as vantagens não explicadas, que tornaram o património desproporcional – como tal a aplicação do regime sem a demonstração da culpa do facto constituiria uma reação penal de suspeita³⁰⁷. Todavia, parte da doutrina, bem como a jurisprudência, entende inexistir violação do dito princípio, com base na ideia geral já explicitada - não está em causa uma reação penal destinada a censurar, em termos ético-jurídicos, a prática de uma atividade criminosa, mas restabelecer uma ordem patrimonial conforme ao Direito³⁰⁸.

Não obstante considerarmos que o funcionamento do mecanismo sem a demonstração de quaisquer indícios da existência de uma atividade criminosa nos termos expostos pode implicar a conclusão de que a medida assenta numa mera suspeita da prática de outros crimes, é a necessidade dessa demonstração através da apresentação de prova indiciária e interpretando restritivamente o art. 7º, que parece evitar qualquer argumento no sentido de conduzir a uma violação do princípio e compatibilizar os interesses em causa. Ainda assim, a demonstração dessa atividade criminosa não contende com este princípio, porque, na verdade, não se pretende apreciar qualquer culpa do agente (a menos que se

o art. 7º da CEDH, em claro sentido contrário à tendência internacional. Para maiores desenvolvimentos sobre este acórdão, *vide* Hugo Santos Luz, “O Acórdão do TEDH...” p. 86 a 98.

³⁰⁷ Jorge Godinho, “Brandos costumes...” p. 1350, 1351, 1357 e 1358. O autor defende estar em causa uma reação penal sem facto, que contraria a ideia de um “direito penal do facto” dos arts. 29º/1 e 2 da CRP, em virtude da ausência de uma qualquer ação ou omissão – estaria em causa um mero “estado”.

³⁰⁸ João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 116. Também Duarte Rodrigues defende inexistir qualquer violação deste princípio, “Admissibilidade da...”, p. 60. Na jurisprudência, *vide* Ac. TC nº 392/2015. No direito estrangeiro, o legislador espanhol, na Exposição de Motivos da *Ley Orgânica* 1/2015 tem orientação idêntica, tal como no ordenamento alemão, o BVerf, na decisão de 14 de janeiro de 2004, afirmou a compatibilidade da *Erweiterter Verfall* com o princípio da culpa.

reconheça que, efetivamente, se pretende sancionar o agente por crimes que não se consegue provar, de forma indireta).

Assim, e em conclusão, a configuração do mecanismo como uma sanção ou medida de suspeita pode implicar uma tensão com o dito princípio, se efetivamente a medida assentar numa discussão oblíqua da prática de outros crimes, a pretexto de uma desconformidade patrimonial. Contudo, não estando em causa uma pena, nem se pretendendo apreciar quaisquer considerações de culpa, nem aplicar qualquer sanção, a aplicação do dito princípio, neste âmbito, parece-nos algo excessiva.

3. O direito de propriedade

O art. 62º da CRP estabelece a tutela constitucional do direito de propriedade, pelo que, adquirir, possuir ou deter património ou riqueza integra tal direito e é reconhecido a qualquer cidadão³⁰⁹. Tal direito é igualmente reconhecido em diversos diplomas internacionais, nomeadamente, no art. 17º da DUDH, no art. 17º da CDFUE, bem como no art. 1º do Protocolo Adicional à CEDH. Desta forma, pretende-se proteger a propriedade privada contra ingerências do Estado ou de terceiros. No entanto, e aparentemente, a perda alargada pode constituir uma imiscuição em tal direito.

O TC, no Ac. nº 294/2008, reafirmou o entendimento da doutrina, de acordo com o qual o direito de propriedade não é protegido de forma absoluta, mas “(...) dentro dos limites e com as restrições definidas noutros lugares da Constituição (e na lei, quando a Constituição para ela remeter) (...)”, podendo ainda tratar-se de limitações constitucionalmente implícitas³¹⁰ – está em causa um direito consagrado constitucionalmente, enquanto direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, por isso, sujeito ao regime do art. 18º/2 e 3 da CRP.

Todavia, a CRP “(...) não tutela formas de aquisição que ponham em causa o conteúdo essencial de outros direitos ou que atinjam intoleravelmente valores comunitários básicos, como acontece com os bens provenientes da prática de crimes”, sendo unânime que

³⁰⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que o princípio é composto por quatro elementos: liberdade de adquirir bens, possibilidade de o proprietário usar e fruir os seus bens, bem como de os transmitir e o direito a não ser deles privado, *Constituição da República...*, p. 802.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 801. Como afirmam os autores, “o direito de propriedade é garantido, nos termos de Constituição”.

a tutela do direito de propriedade pressupõe que a aquisição do património seja lícita – dessa forma, a demonstração da ilicitude da sua origem não é digna de tal proteção³¹¹. Assim, partindo-se da ideia de que o crime não é título aquisitivo de propriedade, ao agente do crime não pode ser reconhecido o direito de propriedade sobre bens que o mesmo adquiriu através de uma atividade criminosa, pois legitimar essas aquisições implicaria reconhecer que, afinal, o crime compensa³¹².

Por isso, e embora a CRP não delimite o direito à propriedade expressamente, tal delimitação é feita de forma implícita – nesse sentido, estamos perante uma delimitação negativa de tal direito³¹³.

A compatibilidade dos mecanismos de perda com o direito de propriedade já foi objeto de apreciação do TEDH, tendo em consideração o art. 1º do Protocolo nº1 da CEDH, onde tal direito é consagrado como direito fundamental, embora se reconheça igualmente que não é um direito absoluto e, por isso, suscetível de restrição, com fundamento na regulação da utilização de bens, no interesse geral. Assim, e em traços gerais, o Tribunal estabelece três regras que norteiam a restrição desse direito: legalidade, interesse público e proporcionalidade. Assim, não só é exigível que a interferência no direito de propriedade (que poderá culminar na sua privação) tenha de se encontrar previamente prevista e visar um objetivo legítimo, como deve ser observado o princípio da proporcionalidade entre a restrição desse direito face ao interesse geral, de forma a alcançar-se um justo equilíbrio entre o interesse geral e o interesse particular do sujeito afetado³¹⁴. Desta forma, a garantia conferida ao direito de propriedade deve ser interpretada, de acordo com a função social do bem e da atividade que é protegida³¹⁵.

³¹¹ João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 120 e Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da...”, p. 61. João Conde Correia recorda as palavras de Sidónio Reis, de acordo com o qual “o crime nunca é título legítimo de aquisição”, *ob. cit.*, p. 120. Na jurisprudência, *vide* Ac. TRP de 11/06/2014.

³¹² Hélio Rodrigues “O confisco das vantagens do...” in *O novo regime de recuperação de ativos...*, p. 60.

³¹³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 801.

³¹⁴ No Ac. *Grayson e Barnham c. Reino Unido*, o TEDH afirmou que o facto de a lei inglesa permitir ao juiz a possibilidade de fixar um montante inferior ao produto alcançado pelo agente levou o tribunal a considerar a medida compatível com o art. 6º da CEDH e, como tal, proporcional. A *FRA Opinion* entendia que a Proposta de Diretiva permitia assegurar o respeito pelo direito de propriedade a três níveis: o mecanismo encontrava-se restringido a crimes graves, adotando uma visão mais restrita que o art. 83º/1 do TFUE; a medida podia ser limitada às situações relativamente às quais o tribunal tivesse prova suficiente de que a infração não fora cometida isoladamente, quer enquanto modo de vida, quer como forma de obter benefícios; era necessário que o tribunal considerasse ser substancialmente mais provável os bens em causa resultarem de atividades criminosas semelhantes do que de outras atividades, p. 14.

³¹⁵ Hélio Rodrigues, *ob. cit.*, p. 59.

No Ac. *Phillips c. Reino Unido*, o TEDH apreciou igualmente uma possível violação do art. 1º do Protocolo nº1 anexo à CEDH, afirmando que a restrição imposta ao direito de propriedade não violava o princípio da proporcionalidade, uma vez que tais medidas visam uma regulação do uso de bens, de acordo com o interesse geral. Por isso, a presunção é proporcional às dificuldades em estabelecer uma concreta conexão com um certo crime, bem como aos objetivos que se pretendem alcançar, desde que a medida respeite aquelas orientações gerais³¹⁶.

Ora, aplicando estas linhas de orientação, vejamos. A perda de bens encontra-se expressamente prevista na lei - a perda clássica, com destaque para a perda de produtos e vantagens, encontra-se regulada no CP e a perda alargada está prevista em legislação extravagante, na Lei nº 5/2002. Depois, ambos os mecanismos perseguem uma finalidade legítima - evitar que o agente beneficie através de uma atividade criminosa lucrativa, que terá originado a incongruência patrimonial. Relativamente à proporcionalidade do mecanismo, sacrifica-se a “propriedade” de bens presumidos ilícitos, evitando a sua utilização na prática de novos factos ou que sejam inseridos na economia legal – assim, parece existir um interesse geral na restrição do “direito de propriedade” sobre esses bens, desde que haja prova (ainda que indiciária, no caso da perda alargada), desde logo porque o direito não tutela formas ilícitas de aquisição da propriedade.

No entanto, ressalve-se que medida, ainda que em termos teóricos, pode conflitar com o direito de propriedade, uma vez que a presunção de ilicitude pode abranger património licitamente adquirido, pois o facto de ser injustificado não significa, necessariamente, que seja ilícito (assume relevância, neste ponto, a questão da consideração ou não dos rendimentos adquiridos licitamente, mas não declarados, bem como o facto de a perda de reportar ao valor e não a bens concretos). O fundamento da medida é claro – privar as vantagens que se presumem resultar de uma atividade criminosa. A desconsideração daqueles rendimentos pode conduzir, por isso, a uma ficção de enriquecimento.

4. O processo equitativo e os direitos de defesa do arguido

O direito a um processo equitativo é um princípio característico de um Estado de Direito Democrático, encontrando-se consagrado nos art. 20º/4 e 32º/1 e 10 da CRP, bem

³¹⁶ Ac. *Phillips c. Reino Unido*, parágrafos 49-54.

como no art. 6º/1 da CEDH, consistindo na exigência de que o acusador e o acusado estejam colocados numa posição de igualdade material, tendo este a possibilidade de se defender e contrariar a acusação³¹⁷. Por isso, é inegável que este princípio é aplicável à perda alargada, independentemente de estar em causa ou não um procedimento sancionatório³¹⁸.

Além disso, uma das manifestações do mencionado princípio consiste no princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, indissociável do direito ao silêncio. Como salientam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade³¹⁹, não sendo reconhecido “(...) o direito a manter-se em silêncio, o arguido seria obrigado a pronunciar-se, revelando informações que o podem eventualmente prejudicar na medida em que contribuem para a sua condenação”. Por conseguinte, o princípio traduz a ideia de que ninguém pode ser obrigado a contribuir para a sua condenação, incumbindo à acusação demonstrar a culpa do agente, sem a utilização de meios de prova alcançados por coação ou outras formas de pressão – está em causa um direito derivado do estatuto de arguido enquanto sujeito (e não objeto) do processo.

Tal princípio não encontra consagração expressa na Constituição, embora a doutrina e jurisprudência sejam unânimes quanto à natureza constitucional e à sua vigência no processo penal português – está em causa um princípio constitucional implícito, fundado nas garantias processuais impostas pelo art. 32º da CRP, porque “(...) são elas que sustentam directamente aqueles direitos, que por sua vez, lhe servem de suporte e as concretizam na singular realização processual”. Desta forma, está em causa um princípio processual que apenas de forma mediata assume uma natureza constitucional³²⁰.

A jurisprudência constitucional, acompanhando parte da doutrina³²¹, entendeu, no Ac. 392/2015, que a presunção constante do art. 7º/1 da Lei nº 5/2002 não violava o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, uma vez que estava em causa um procedimento enxertado no processo penal, onde não têm aplicação a presunção de inocência, nem o direito

³¹⁷ Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal...*, p. 54.

³¹⁸ Tal decorre, como salienta Duarte Rodrigues Nunes, num argumento de igualdade de razão, face ao Ac. do TC nº 287/2003, onde se entendeu que o art. 20º consagra, de forma ínsita, tal princípio, “Admissibilidade da...”, p. 55.

³¹⁹ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio...” in *Supervisão, direito ao...* p. 37 e 38.

³²⁰ *Ibidem*, p. 38 e 40 a 42. Na lei processual penal, as exigências do referido princípio estão expressamente previstas, quer no art. 343º/1, quer no art. 345º/1, asseguradas pela proibição da sua valoração, nos termos do art. 58º/4 do CPP. Neste âmbito, *vide* igualmente Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação...*, p. 14 e 15.

³²¹ Por exemplo, João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 118 e ss; Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 56 e 57 e Érico Fernando Barin, “Alargar a perda...”, p. 72.

ao silêncio - a necessidade de o arguido demonstrar a origem lícita do património incongruente não implica uma autoincriminação relativamente ao ilícito penal que lhe é imputado no processo principal (nem um desvio à estrutura acusatória do processo penal). Mais. O Tribunal afirmou que não existe um perigo real de a presunção do art. 7º, que opera num incidente paralelo ao processo principal, contaminar a produção de prova relativa à prática desse crime, ressalvando, porém, que apesar de o legislador dispor de uma “ampla margem de liberdade na concreta modelação de um determinado procedimento, não está autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva”.

Porém, é a propósito do direito ao silêncio que se suscitam as maiores questões. O direito ao silêncio é uma forma de manifestação dos direitos de defesa³²². De acordo com certos autores, o regime da perda alargada parece suprimir esse direito, de forma implícita, pois a oposição à declaração de perda implica que esse direito não possa ser exercido. Além disso, argumenta-se que o arguido, “constrangido” a explicar a origem de incongruência patrimonial, pode inadvertidamente, pronunciar-se em relação a outros crimes ou até sobre o crime *sub judice* contribuindo, em último termo, para a sua condenação³²³ - neste sentido, os direitos de defesa seriam fortemente comprimidos. Por último, em virtude do decurso simultâneo dos processos, a imparcialidade do juiz pode ser colocada em causa face a uma ou a outra questão, sobretudo se existir uma conexão entre ambas. O exercício dos direitos de defesa do arguido implica que o mesmo deva possuir a autonomia e liberdade na conformação da sua defesa perante ambas as investigações³²⁴.

Discordando deste entendimento, João Conde Correia³²⁵ considera que a investigação penal, realizada no inquérito e a investigação patrimonial, que se encontra documentada num apenso (e possui objetivos específicos) “(...) ainda que contemporâneas ou sobrepostas (umbilicalmente ligadas), as duas investigações são distintas”. No *Ac. Murray c. Reino Unido*, o TEDH, de forma expressa, referiu que o direito ao silêncio não é

³²² Na jurisprudência constitucional portuguesa, *vide* *Ac. do TC nº 695/95*, onde se refere que o direito ao silêncio, enquanto garantia de defesa conferida pelo art. 32º/1 da CRP pretende assegurar a proteção do arguido enquanto sujeito do processo.

³²³ Neste sentido, Paulo Silva Marques, “O confisco ampliado...”, p. 305. Contra, João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 117 e ss e 118, que entende que o silêncio do arguido não tem consequências processuais; e Duarte Rodrigues Nunes, *ob. cit.*, p. 57.

³²⁴ Neste sentido, Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 44. O autor afirma que o decurso paralelo de das questões pode conduzir a uma confusão entre um juízo de certeza com uma fundada suspeita, p. 49.

³²⁵ João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 193 e distinguindo igualmente as duas investigações, Hélio Rodrigues, “Gabinete de Recuperação de...”, p. 66 e 67. Na jurisprudência, *vide* *Ac. STJ de 25/02/2015*.

absoluto e que, em determinados casos, a prova apresentada e os factos demonstrados podem impor ao arguido uma justificação, sob pena dessa “indiciação de prova” implicar como certo um facto que lhe é desfavorável. Isto é, o TEDH reconheceu, de uma perspetiva processual, que pode haver situações em que a prova reunida pela acusação, conjugada com os factos demonstrados, exigem uma explicação do arguido, sob pena de, articulados com as regras da experiência, se admitir, para além da dúvida razoável, como certo um facto que o desfavorece³²⁶.

Porém, de forma a obviar a esta possível “confusão” entre processos, certos autores defendem que somente uma separação entre os mesmos permitiria garantir o pleno respeito pela imparcialidade imposta ao tribunal - a própria dualidade de *standards* probatórios pode contribuir para as dificuldades em estabelecer fronteiras entre os procedimentos³²⁷. Ora, se João Conde Correia³²⁸ entende que a autonomia intraprocessual entre as questões é suficiente para evitar os riscos de contaminação entre o processo principal e a questão acessória, considerando que os juízes são capazes de separar as questões, Pedro Caeiro³²⁹ defende que deve ser o juiz penal a analisar ambas as questões, por se encontrar na posição adequada para “(...) avaliar a consistência da natureza do crime praticado com a probabilidade da existência de uma atividade criminosa do mesmo género, suscetível de gerar o património incongruente”, evitando decisões incoerentes. Já Augusto Silva Dias³³⁰ defende que o mecanismo deve ser estruturado enquanto incidente processual enxertado, decorrendo de forma paralela ao processo principal, sendo decretado aquando da sentença condenatória.

Ou seja, determinados autores defendem que uma solução passa por estruturar o mecanismo como um incidente processual autónomo (de natureza civil ou administrativo-

³²⁶ O TEDH fala em “prima facie case”, definindo tal expressão como *a case consisting of direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved*. Como afirmam Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, está em causa valorar, de forma negativa, o direito ao silêncio do arguido”, *Recuperação de activos...*, p. 246.

³²⁷ Como afirma Damiano da Cunha, a cisão processual é fulcral, com especial destaque nos julgamentos efetuados por tribunais de júri, afirmando ainda que apenas essa separação impede a confusão entre o crime *sub judice* e a atividade criminosa presumida... *ob. cit.*, p. 45 e ss, nota 16.

³²⁸ João Conde Correia, “Presunção de proveniência...”, p. 215. Neste sentido, Hélio Rodrigues e Carlos Rodrigues, defendem que o tribunal deve organizar, separada e autonomamente, a prova de cada uma dessas realidades na audiência de julgamento, *ob. cit.*, p. 237. Já o TC parece aceitar o decurso simultâneo dos processos, ocorrendo de forma sucessiva e sem necessidade de um procedimento autónomo.

³²⁹ Pedro Caeiro, “Sentido e função...”, p. 312 e 313. No mesmo sentido, Érico Fernando Barin, “Alargar a perda alargada...”, p. 73.

³³⁰ Augusto Silva Dias, “Criminalidade organizada e...”, p.41

fiscal) após o trânsito em julgado³³¹. Porém, outros autores entendem que o instituto deve ser efetivamente autónomo, através de uma separação clara entre os processos, embora por razões de lógica processual e coerência, o mecanismo apenas possa operar após a condenação³³² (ainda que pudessem ser aplicadas medidas como o arresto) – neste sentido, somente decidida a questão principal é que seria possível discutir a questão patrimonial.

Ou seja, estamos perante dois procedimentos autónomos, mas que se encontram intimamente conexados, sendo desencadeados pelo mesmo facto – a existência de indícios da prática de um dos crimes do catálogo do art. 1º da Lei nº 5/2002.

Porém, estas dúvidas parecem derivar sobretudo de impulsos do que de uma correta reflexão. Neste sentido, recorde-se que impende sobre o juiz o dever de motivação da sua decisão, ou seja, o tribunal encontra-se obrigado a fundamentar autonomamente as razões que conduziram à condenação, através da apresentação dos elementos de prova em que assentou a sua convicção ainda que, na verdade, toda a decisão implique uma certa margem de subjetividade. Do mesmo modo, na declaração de perda, o tribunal deve igualmente justificar porque razão decidiu que a presunção não se verifica, apresentando igualmente as provas nesse sentido, se for o caso³³³. Como afirma Maria do Carmo Silva Dias³³⁴, estando

³³¹ Assim, Damião da Cunha defende que a decisão relativa à perda deve ser objeto de fundamentação e de recurso autónomo, *ob. cit.*, p. 47. No mesmo sentido, Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade parecem defender a necessidade de o regime ser remetido para uma fase pós-sentencial do processo, de forma a retirar a inerente carga sancionatória e evitar que o arguido seja obrigado a proferir declarações que o podem prejudicar no processo principal ou até no procedimento de perda, “Recuperação de activos...”, p. 33 e 34, nota 21. Contra, Augusto Silva Dias, defendendo a natureza penal da medida entende que, nesse caso, a medida perderia ligação ao crime e ao contexto organizado em que fora praticado e, conseqüentemente, a sua natureza penal. Porém, defende que a perda alargada é decretada num momento em que a condenação ainda não transitou em julgado, de forma a permitir estender o direito ao recurso a esta medida e que tal não seria possível se a medida somente viesse a ser aplicada depois do trânsito em julgado da condenação, posição que não nos parece aceitável, *ob. cit.*, p. 40 e ss. Na jurisprudência, o Ac. STJ de 14/03/2018 considerou que a decisão de perda não é suscetível de recurso para o Supremo, uma vez que não se traduz numa decisão condenatória.

³³² Na doutrina estrangeira, Vervaele afirma que o procedimento de confisco, em diversos países, é decretado do processo penal propriamente dito, tratando-se de um processo em duas fases, no seio ou não do processo penal, ainda que não se refira especificamente à perda alargada, “Les sanctions de confiscation en droit penal...”, p. 40.

³³³ Damião da Cunha refere que, cumpridos os deveres que incumbem ao MP e ao juiz e demonstrando que cada uma das questões fora resolvida adequadamente de acordo com a ordem natural do processo, os riscos de parcialidade serão mínimos, *ob. cit.* p. 45 e 46 e nota 17. José Souto de Moura, referindo a posição de Hassemer, ainda que a propósito da presunção de inocência, recorda que a parcialidade do juiz é um fenómeno dinâmico e que aumenta consoante maior for a convicção do juiz quanto à culpabilidade – todavia, está em causa uma consequência inevitável do processo de convicção, “A questão da presunção...” p. 36. Neste sentido, João Conde Correia recorda o entendimento de certos autores que afirmam que “as zonas menos centrais do princípio estão mais expostas à ponderação concreta com interesses colidentes, beneficiando, por isso, de uma tutela mais relativizada”, *Da proibição do...*, p. 118 - neste sentido, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação...*, p. 51 e 52.

³³⁴ Maria do Carmo Silva Dias, “Perda alargada prevista na...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 105.

em causa institutos com diferente natureza e, sobretudo, com diferentes finalidades, essa diferença deve ser possível de vislumbrar na própria fundamentação de cada um deles, de forma a permitir avaliar que os pressupostos de cada processo não foram confundidos ou subvertidos. Não obstante, reiteramos que sempre poderá haver o risco de confusão entre os processos.

Por último, e a propósito da relação entre os rendimentos não declarados e o direito ao silêncio, como salientam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade³³⁵, o facto de o direito ao silêncio e o direito à não-autoincriminação não constituírem direitos absolutos significa que os mesmos podem ser objeto de restrição em certas situações, desde que o princípio da legalidade se encontre respeitado e essa restrição seja necessária e proporcional, nos termos do art. 18º/2 da CRP. Assim, no que nos interessa, a existência de um dever de cooperação perante a Administração Tributária, nos termos do art. 59º da LGT parece assumir relevância, uma vez que, nestes casos, a restrição fundamentar-se-ia no cumprimento de certas obrigações legais. Assim, se o património incongruente resultar de rendimentos lícitos não declarados, está em causa uma responsabilidade do agente que, em princípio, parece não deve poder recorrer ao direito ao silêncio como forma de obviar a uma situação que resultou da violação de uma obrigação legal que sobre si, previamente, impendia - o dever de declarar os rendimentos³³⁶. Neste sentido, a restrição a tal direito estaria justificada.

Assim, e em síntese, o entendimento dominante postula que “no processo principal deve ser julgada – com todas as garantias de defesa – a questão penal e no processo acessório deve ser discutida – com as necessárias especificidades, nomeadamente facilidades probatórias – a questão patrimonial”³³⁷.

A jurisprudência do TEDH parece seguir esta linha de orientação. Assim, este Tribunal atribui igualmente relevância a certas garantias processuais que devem acompanhar as presunções de que os bens resultam de atividades criminosas: no *Ac. Phillips c. Reino Unido*, e como referido, entendeu que a presunção em causa não violava o direito ao processo equitativo, consagrado no art. 6º/1 da CEDH: por um lado, a medida não pretende declarar

³³⁵ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade, “Poderes de Supervisão...” in *Supervisão, direito ao silêncio...*, p. 44 e 45.

³³⁶ Maria do Carmo Silva Dias defende que qualquer pessoa que detém património tem todas as condições para explicar a sua origem, desde logo pelas exigências tributárias impostas pelo Estado, devendo os cidadãos contribuir para clarificar a sua situação patrimonial, *ob. cit.*, p. 88.

³³⁷ João Conde Correia, *ob. cit.*, p. 53 e 54.

qualquer culpabilidade do arguido, mas permitir a determinação do montante a confiscar; por outro lado, no caso, mostravam-se assegurados os direitos de defesa, nomeadamente o direito um processo judicial com audiência pública, notificação prévia do seu objeto e possibilidade de produção de prova documental e oral, com vista ao afastamento da presunção, de forma a permitir ao agente demonstrar que os bens resultavam de uma atividade, que não o tráfico de droga. Além disso, o juiz tinha a possibilidade em não aplicar a presunção, quando a mesma pudesse conduzir a um sério risco de injustiça³³⁸.

Na mesma linha, no Ac. *Grayson e Barnham c. Reino Unido*³³⁹, recordou a sua orientação relativamente à utilização de presunções no âmbito de confisco e afirmou que não considera que a inversão do ónus da prova em relação a crimes relacionados com o tráfico seja incompatível com o princípio do processo equitativo, desde que ao arguido sejam concedidas as garantias previstas no art. 6º da CEDH, permitindo-se que o mesmo ilida essa presunção – estão em causa questões, cuja justificação não é complicada, dado conhecimento do agente em relação às mesmas. Do mesmo modo, no Ac. *Bongiorno e outros c. Itália*³⁴⁰, o Tribunal reconheceu que o exercício do contraditório, a possibilidade de constituição de advogado e a possibilidade de objetar e apresentar as provas no seu interesse significa que os respetivos direitos de defesa foram respeitados; além disso, a decisão dos tribunais italianos não assentou em meras suspeitas, mas numa avaliação objetiva dos factos do caso (e não de forma arbitrária), encontrando-se, portanto, cumpridas as exigências de uma efetiva tutela jurisdicional.

5. O modelo acusatório e o princípio da investigação

O processo penal português, nos termos do art. 32º/5 da CRP, estrutura-se num modelo acusatório, integrado e mitigado por um princípio de investigação a cargo do tribunal, embora não esteja em causa um modelo acusatório puro, uma vez que a fase de

³³⁸ Jorge Godinho entende que o TEDH, a propósito da exigência de um processo equitativo, efetuou uma análise em concreto (e não *in abstracto*) e, por isso, essa decisão, nesta parte, não é suscetível de generalização. Tal significa que não existe uma aceitação, sem mais, de qualquer regime assente em presunções e consequentes ónus da prova, “Brandos costumes...”, p. 1353 e ss.

³³⁹ Nos parágrafos 46 a 48, o TEDH desenvolve a sua argumentação de forma semelhante ao Ac. *Phillips c. Reino Unido*.

³⁴⁰ Ac. *Bongiorno e outros c. Itália* de 05/01/2010, parágrafos 46 e ss.

inquérito é regida pelo princípio do inquisitório, a cargo do MP³⁴¹. Assim, e como aludido, embora a perda alargada seja discutida no decurso do processo penal, não existe consenso de que esse facto implique, necessariamente, a sua natureza penal. No entanto, cumpre saber se esse princípio da investigação tem aplicação, de modo a que o juiz não se encontre estritamente vinculado pela presunção, podendo officiosamente, averiguar a origem do património, com vista ao apuramento da verdade - situação que não é igualmente unânime.

No Ac. nº 392/2015, o TC pronunciou-se pela não violação do princípio da estrutura acusatória, afirmando que, para além de no processo principal, o agente continuar a beneficiar de todas as garantias de defesa em processo penal, não se vê de que forma é que existe um desvio ao modelo acusatório quando o arguido, no incidente da perda, necessitar de demonstrar a licitude dos bens para obstar à perda alargada. A doutrina maioritária, ao considerar que o mecanismo não reveste a natureza penal, parece excluir qualquer questão neste âmbito³⁴². Ainda que assumisse tal carácter, a separação entre o julgador e acusador, a necessidade de o julgamento ser precedido de uma acusação que delimite o objeto do processo e a necessidade de apresentação do ato de liquidação por parte do MP, que define os limites da intervenção do tribunal neste procedimento, depõem no sentido de não existir qualquer violação do dito princípio.

A formulação do legislador parece excluir qualquer intervenção autónoma do juiz – o regime parece construído de forma a que, verificando-se os respetivos pressupostos, entra em funcionamento a presunção, cabendo ao juiz decidir se esses requisitos se encontram provados; cumprindo-se essa prova, o juiz aprecia se foi efetuada prova contrária dos mesmos. Desta forma, o juiz estaria limitado à prova que fora produzida em tribunal³⁴³,

³⁴¹ Para alguns desenvolvimentos sobre o modelo acusatório, *vide* Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da...*, p. 522. Guedes Valente, *Processo Penal...*, p. 75 e ss.; Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 54 e 55; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada...*, p. 359 e 360; José Souto de Moura “A questão da presunção...”, p. 44 e 45; Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação...*, p. 17 a 19 e Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, p. 56 e ss e 78.

³⁴² Neste sentido, João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 119 e 120; Duarte Rodrigues Nunes, “Admissibilidade da...”, p. 61 e 62. Não obstante, João Conde Correia refere a necessidade de a liquidação e os pressupostos do confisco serem acompanhados pelas respetivas normas jurídicas aplicáveis, pois apenas a junção destes elementos permite cumprir as “exigências mínimas subjacentes ao princípio do acusatório (...)”, consagrado no art. 32º/5 da CRP e concretizado no art. 283º/3 do CPP, *ob. cit.*, p. 140.

³⁴³ Jorge Godinho, *ob. cit.*, p. 1344. Noutro sentido, Lourenço Martins defende a intervenção officiosa do tribunal, “Luta contra o...”, p. 49 e 50. Jorge Dias Duarte afirma que, apesar do estabelecimento da presunção do art. 7º/1, “devem ser tomadas em devida linha de conta as regras da experiência comum”, “Lei nº 5/2002...”, p. 152, nota 30.

mantendo, por isso, apenas liberdade quanto à sua apreciação, excluindo-se a sua intervenção oficiosa.

Assim, se face ao processo principal, o tribunal se encontra incumbido de fundamentar a razão pela qual condenou o arguido, demonstrando a prova em que assentou a sua convicção, na questão relativa à declaração da perda alargada, o tribunal deve poder não aplicar a presunção fundamentando as razões pelas quais entendeu que a mesma não se verificava – no entanto, não está em causa uma decisão discricionária, devendo ser objeto de uma motivação reforçada.

Deste modo, não deixa de ser curioso que o legislador tenha referido, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 94/VIII, as soluções britânica ou italiana - o direito britânico impõe que o *criminal lifestyle* tenha de ser provado (contrariamente ao que sucede entre nós), presumindo-se daí a origem criminosa do património; já no direito italiano, o MP e o arguido assumem posições distintas, pois enquanto no direito português, ao MP cabe a tarefa de realização da descoberta da verdade e de realização da justiça (atuando quer no interesse da acusação, quer da defesa), no direito italiano, o MP e o arguido, em audiência de julgamento, assumem o estatuto de partes adversárias face ao processo principal (ainda que o juiz não assuma uma total passividade, desde logo adotando uma posição de defesa dos direitos fundamentais), pelo que a questão relativa à perda alargada constitui uma extensão da própria estrutura do processo penal³⁴⁴.

Por isso, parece-nos que deve ser conferido ao juiz uma avaliação autónoma do caso, tendo em outros dados, para além dos constantes do processo, porque o não cumprimento do ónus de provar a licitude do património não implica, sem mais, a sua proveniência ilícita. Por isso, parece-nos que, assentando o estabelecimento de presunções em regras de experiência comum, o tribunal não se encontra dispensado da realização da tarefa de descoberta da verdade e de assegurar que o arguido dispõe de meios para contrariar a presunção. Ou seja, entendemos que as regras da experiência, expressas na presunção, não podem vincular o juiz, nem deve este atribuir-lhe um valor absoluto.

Todavia, as questões relativas ao modelo acusatório não se esgotam na aplicabilidade ou não do princípio da investigação. Deste modo, e como referimos, a fase de inquérito é dominada pelo MP - estamos perante um órgão autónomo de administração da

³⁴⁴ Damião da Cunha, *Perda de bens a favor...*, p. 52. Já não parece ser assim relativamente à fase de inquérito, pois uma leitura conjugada dos arts. 326º e 358º do CPP italiano permite concluir que a atuação do MP deve pautar-se por imparcialidade e objetividade, cabendo-lhe a investigação “tanto a favor como contra o arguido”.

justiça, atuando de acordo com critérios de legalidade e objetividade, nos termos do art. 219º/1 CRP, art. 53º/1 CPP e art. 1º e 2º da Lei nº 47/86 de 15 de outubro. Assim, a sua atuação pauta-se pela imparcialidade, pois o MP não é parte processual, nem deve atuar como tal, pelo menos no sentido “(...) de que não possui um interesse necessariamente contraposto ao do arguido”³⁴⁵. Todavia, se na questão principal, o MP atua de acordo com tais critérios, enquanto órgão de justiça, no procedimento tendente à perda alargada, esta magistratura parece atuar, sobretudo, como parte interessada, assumindo o estatuto de adversário do arguido, de forma a reprimir os ativos ilicitamente por ele detidos³⁴⁶. Além disso, a grande amplitude da presunção estabelecida pelo legislador parece desfavorecer fortemente o arguido, porque ao MP cabe somente calcular o valor incongruente através da liquidação (a menos que se reconheça a necessidade de demonstração de indícios da atividade criminosa, repartindo de forma mais equilibrada esses “ónus”)³⁴⁷. Desta forma, o MP parece assumir e atuar de acordo com um estatuto que não se encontra previsto legal e constitucionalmente.

6. Outros possíveis problemas

Contrariamente ao que se encontra estabelecido em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, o legislador português não estabelece qualquer regulamentação para os casos em que as atividades criminosas de onde, presumivelmente adveio o património, se encontrarem prescritas ou já tenham sido objeto apreciação por um tribunal, culminando numa sentença de absolvição³⁴⁸. Porém, na verdade, a relevância desta questão depende da posição que se adote quanto à necessidade de demonstração de uma atividade criminosa.

³⁴⁵ Jorge de Figueiredo Dias, “Ónus de alegar e...” RLJ, nº 3474, p. 140.

³⁴⁶ Neste sentido, Damião da Cunha, *ob. cit.*..., p. 41 e 42. Neste sentido, por exemplo, *vide* Jorge dos Reis Bravo, “Criminalidade contemporânea...”, p. 129 e 130. Contra, Pedro Caeiro “Sentido e função...”, p. 296, que defende estar em causa um procedimento *suis generis* (não se tratando, como tal, de processo penal), recordando a posição de Damião da Cunha que entendia que a diferente natureza do processo permite igualmente que o MP tenha uma posição e função distinta, *ob. cit.*, p. 312 e 316.

³⁴⁷ Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 41 e 42.

³⁴⁸ Por exemplo, o art. 127º *bis* do CP espanhol estabelece que a perda alargada não será declarada quando as atividades criminosas de onde resultou o património se encontrarem prescritas ou tenham sido objeto de absolvição ou se *resolución de sobreseimiento* com efeitos de caso julgado. Neste sentido, de forma a evitar decisões contraditórias, o legislador espanhol mostrou-se mais ponderado, tornando o regime mais compatível com os direitos fundamentais. Quanto a esta questão, *vide* Margarita Torres, “La regulación del comiso...”, p. 252. A este propósito, *vide* o já mencionado Ac. *Geerings* c. Países Baixos.

Na doutrina, Pedro Caeiro³⁴⁹ defende que o regime da perda alargada não pode ser aplicado a vantagens patrimoniais que se presumem obtidas através de uma atividade criminosa se esta já foi objeto de julgamento noutro processo penal e terminou com uma sentença absolutória (ainda que devido à falta de prova para lá da dúvida razoável), embora considere que a solução pode não ser a mesma relativamente a factos pelos quais o agente tenha sido acusado no mesmo processo, mas não se provaram para lá da dúvida razoável. No mesmo sentido pronuncia-se Maria do Carmo Silva Dias³⁵⁰, que entende que, nestas situações, é necessário ter particular atenção às circunstâncias de cada caso, de forma a evitar a criação de incoerências no sistema jurídico, “ignorando-se ou desvalorizando-se eventuais decisões anteriores”.

A Proposta que antecedeu a Diretiva 2014/42/UE, no seu art. 4º, afirmava que não seria possível “(...) proceder ao confisco alargado quando essas atividades criminosas semelhantes não [pudessem] ser objeto de processo penal por este ter prescrito ao abrigo do direito penal nacional”, excluindo igualmente a possibilidade de se proceder ao confisco do produto de alegadas atividades criminosas em relação às quais o agente já fora absolvido em processo anterior ou noutras situações em que seja aplicável o princípio *ne bis in idem*. Porém, esta redação proposta não foi transposta para a versão final – na verdade, a versão definitiva da Diretiva 2014/42/UE mostrou-se bastante mais contida do que a sua proposta inicial³⁵¹.

Neste sentido, o ponto chave da questão parece fundar-se na (des)necessidade de demonstração de uma atividade criminosa de onde terão resultado as vantagens. Assim, de acordo com a doutrina que postula a desnecessidade dessa demonstração, esta questão não assume relevo, pelo que é indiferente que haja crimes prescritos ou absolvidos, em virtude de não se proceder à averiguação de qualquer atividade criminosa; contudo, a necessidade dessa demonstração parece implicar que existência de factos relativamente aos quais o agente fora absolvido possa impedir a declaração de perda do património incongruente, de forma a permitir o respeito por decisões anteriores, mantendo a respetiva coerência. Desta forma, a aceitação desta posição implica retirar as respetivas consequências. Por isso, na ótica do MP, essa exigência poderia colocar em causa a eficácia da medida, pelo que essa

³⁴⁹ Pedro Caeiro, *ob. cit.*, p. 321. A este propósito, *vide* João Conde Correia, *Da proibição do...*, p. 143.

³⁵⁰ Maria do Carmo Silva Dias, “Perda alargada prevista na...” in *O novo regime de recuperação de...*, p. 108.

³⁵¹ Como afirma Hugo Luz dos Santos, a decisão no Ac. *Varvara c. Itália* parece ter contribuído para essa situação, “O Acórdão do TEDH...”, p. 108 e ss.

magistratura seria tentada a evitar demonstrar a origem criminosa, ainda que indiciariamente, tendo em conta as consequências que daí podem derivar.

Por outro lado, os casos de prescrição suscitam igualmente dúvidas, uma vez que, na realidade, não está em causa julgar qualquer crime de onde podem ter advindo as vantagens em causa – apenas está em causa restabelecer uma situação patrimonial de acordo com o direito; todavia, e como referem diversos autores, a paz jurídica do arguido deve ser igualmente tutelada, obstando ao exercício punitivo estadual sem limites.

Relativamente à decisão de arquivamento do inquérito, é necessário saber o fundamento do mesmo: assim, se a decisão se fundou no facto de não terem sido recolhidos indícios suficientes que permitissem submeter a causa a julgamento, não se afigura que o mecanismo não possa ser aplicado; porém, se o fundamento do inquérito se fundar no facto de não ter verificado nenhum crime ou de o arguido não o(s) ter praticado ou de o procedimento não ser legalmente admissível, já existem maiores dúvidas quanto à sua aplicação.

Por outro lado, a não aplicação retroativa das normas constitui outra garantia com vista à compatibilidade da perda alargada com a CEDH. Assim, o TEDH considera que apenas é possível proceder à perda do produto do crime depois da entrada em vigor da norma que prevê essa possibilidade - era precisamente esta situação que estava em causa no *Ac. Welch c. Reino Unido*. Neste, o TEDH avaliou a compatibilidade do confisco previsto no direito inglês com o princípio da legalidade, para efeitos do art. 7º da CEDH. No caso concreto, estava em causa a introdução de um regime de confisco alargado que permitia a perda de bens adquiridos através de atos criminosos ocorridos anteriormente. O Tribunal, da conjugação de diversas circunstâncias, concluiu pela existência de indícios de um regime punitivo e, como tal, a possibilidade de aplicação retroativa da medida implicaria violação da CEDH³⁵². Na decisão, o TEDH referiu que natureza atribuída à perda não depende da sua qualificação no direito interno, assinalando que os fins preventivos e punitivos podem coexistir e que a severidade da medida não constitui critério decisivo³⁵³. Assim, considerou que a natureza penal do instituto resultava da conjugação de diversos elementos, incluindo

³⁵² Damião da Cunha refere que, ainda que não se conferisse natureza penal à medida, tal não implica a conclusão imediata de que a mesma não deva respeitar os princípios de um “direito sancionatório de carácter punitivo”, *Perda de bens a favor...*, p. 20 e 21, nota 6. Quanto à aplicação do princípio da legalidade no momento em que a Lei nº 5/2002 entrou em vigor, vide Jorge Godinho, “Brandos costumes...”, p. 1347.

³⁵³ O Tribunal aplicou, assim, os critérios de *Engel*, parágrafos 31 e 32.

a liberdade concedida ao juiz para levar em consideração o grau de culpa do agente e a possibilidade de aplicação de pena privativa da liberdade, em caso de incumprimento por parte do condenado³⁵⁴. Assim, o Tribunal considerou que o agente deve ter conhecimento das consequências legais que podem derivar da prática de um facto e, como tal, opôs-se a essa aplicação retroativa. Deste modo, esta decisão do TEDH assume relevância, porque revela que a natureza do instituto se encontra dependente das características que rodeiam o seu procedimento³⁵⁵.

³⁵⁴ Ac. *Welch* c. Reino Unido, parágrafo 33.

³⁵⁵ Neste sentido, Hélio Rodrigues “O confisco das vantagens...” in *O novo regime de recuperação...*, p. 45.

Conclusão

Efetuada a análise do regime da perda de bens a favor do Estado prevista na Lei nº 5/2002 é o momento de tecer as devidas considerações. As conclusões a que chegámos foram fruto de um ponderado e refletido estudo, sobretudo tendo em conta o facto de estarmos a “navegar em terrenos pantanosos”, uma vez que está em causa um regime, ainda hoje, controverso a diversos níveis.

É inegável que o mundo contemporâneo impõe a necessidade de mecanismos que impeçam que os agentes usufruam das vantagens alcançadas ilicitamente – assim, sobre o Estado impende a tarefa de prevenção da criminalidade, mas também impedir a consolidação dos efeitos que resultam dessa criminalidade. A resposta estadual deve ser coerente. Como observamos, a privação dos lucros obtidos ilicitamente ultrapassa uma dimensão nacional. Neste sentido a União Europeia tem adotado diversos diplomas nesta temática, com destaque para a Diretiva 2014/42/UE que, como vimos, não foi adequadamente transposta para o ordenamento jurídico nacional e que pode comprometer os objetivos que a mesma se dispõe a alcançar. O direito internacional e o direito europeu estão em sintonia, uma vez que reconhecem a necessidade de facilidades probatórias no combate a esta atuação da criminalidade.

Como referido, a insuficiência dos mecanismos estaduais em provar a concreta origem de um dado bem conduziram à introdução de regimes mais flexíveis, em termos probatórios. É neste âmbito que a opção pelo regime da perda alargada traduz uma necessidade, enquanto forma de combate à criminalidade organizada e, sobretudo, económico-financeira.

Assim, demonstramos que a perda alargada se encontra dependente da verificação de certos pressupostos e, como vimos, cada um parece suscitar problemas diferentes: assim, e desde logo, a lista taxativa de crimes do art 1º, aos quais o regime é aplicável, não parece obedecer a critérios lógicos de seleção, podendo desvirtuar o próprio fundamento da medida. Todavia, se ainda compreendemos que existem crimes que não são lucrativos, mas que se podem encontrar associados à prática de outros crimes lucrativos (que parece ter sido a lógica adotada pelo legislador), consideramos que o mecanismo apenas deve reportar-se a crime que estejam previstos no catálogo, estejam ou não em conexão com o crime *sub judice*. Não faz sentido submeter ao regime bens presumidamente resultantes de atividades que o legislador, de forma expressa, não pretendeu abranger. Por outro lado, e intimamente

conexionado com esta questão, prende-se com a demonstração da existência de uma atividade criminosa anterior, enquanto pressuposto da medida. Nesse sentido, como referimos, defendemos a necessidade dessa demonstração. Este pressuposto adicional parece conferir uma maior legitimidade à medida e um papel mais preponderante a própria condenação, pois parece precipitado que a condenação por um certo crime permita inferir, sem mais, a existência de uma atividade criminosa que originou a incongruência patrimonial. Apenas desta forma se assegura o respeito pelo *ratio* do instituto e confere um certo grau de certeza relativamente à origem ilícita dos bens. Por isso, e como demonstrámos, a exigência deste pressuposto influencia o funcionamento do regime, a vários níveis.

A presunção de ilicitude do património reporta-se ao valor que se apresenta incongruente, após a liquidação efetuada pelo MP. No entanto, entendemos que, na verdade, o ponto de partida deve assentar no reconhecimento da ilicitude do património total, incumbindo ao arguido afastar a mesma, nos termos do art. 9º/3.

Além disso, a Lei nº 5/2002, ao introduzir uma presunção legal, originou o estabelecimento de uma inversão do ónus da prova que deve ser justificado e legitimado. No entanto, a aceitar-se a natureza penal do mecanismo, as duas realidades parecem incompatíveis. A consagração da inversão do ónus da prova nesta Lei, como vimos, resultou da tendência internacional e europeia, em tornar as regras de prova mais flexíveis, mas não podemos esquecer que os textos internacionais alertavam para a necessidade de compatibilidade dessa introdução com os princípios internos – e não parece ter sido o caso do legislador português. Como referimos, existe doutrina que defende ser inevitável aceitar que este tipo de medidas implique um desvio a determinados princípios constitucionais, desde que o seu núcleo essencial não seja atingido. No entanto, aceitar esta argumentação pode abrir portas ao arbítrio e vulnerar os direitos fundamentais do cidadão, que constituem a base de qualquer Estado de Direito.

Além disso, abordamos o *standard* de prova exigido pela Lei. Obviamente que exigir-se o critério probatório penal seria incoerente, porque privaria a perda alargada de qualquer efeito prático. Porém, aceitar o padrão probatório civilístico parece-nos insuficiente, dado o potencial de lesividade do mecanismo. A própria Diretiva 2014/42/UE parece igualmente postular um reforço do *standard* probatório civilístico, por razões de proporcionalidade, embora tal nos pareça remeter para uma outra questão teórica, com reflexos práticos – a de saber a que critério corresponderia esse *standard*.

Analisámos igualmente a compatibilidade da perda alargada com diversos princípios constitucionais. Se entendemos que o direito de propriedade e o princípio da culpa não parecem sair beliscados com este regime, outras considerações impõem-se a propósito de outros princípios. Nesse sentido, consideramos que, embora o princípio da presunção de inocência tenha o seu campo de aplicação paradigmático no processo penal (e, neste caso, relativamente ao processo principal), a perda alargada trata-se uma consequência dessa mesma condenação e, por isso, ainda se integra no mesmo. Ainda que o núcleo duro da presunção de inocência não seja atingido, já que o agente foi condenado, o mecanismo ainda se encontra na órbita e em conexão com o processo principal. Assim, pelo menos teoricamente, o mencionado princípio é afetado, a partir do momento em que existe, a confirmar-se, uma presunção que, indiretamente, gira em torno de uma suspeita de outros crimes de onde resultou esse património desconforme e que impõe que a questão seja discutida pelo agente no estatuto de arguido (e não de condenado) – desta forma, o agente discute o procedimento como presumido culpado do processo principal e, por isso, parece haver violação do mencionado princípio. Por outro lado, e em relação ao direito ao silêncio, é verdade que parece existir uma certa compressão do mesmo, uma vez que o arguido pode ser “obrigado” a falar e, ao fazê-lo, pode comprometer-se em algum dos processos. No entanto, parece-nos que estamos perante uma questão sobretudo teórica, pois o julgador deve fundamentar cada uma das suas decisões e, desse modo, permite-se um controlo das mesmas e conhecer as razões que o levaram a decidir de dada forma. Por último, o respeito pelo modelo do acusatório implica que o juiz não se encontre estritamente vinculado à presunção, podendo decidir diferentemente, ainda que os seus pressupostos se verifiquem. Porém, consideramos que este modelo pode ser colocado em causa, em virtude da indefinição quanto à intervenção do MP que, de forma clara, atua de acordo com o estatuto de “adversário” do agente, ainda que o mesmo não se encontre consagrado na Lei ou na CRP.

Assim, o regime da perda alargada, ao pretender impedir a manutenção de benefícios patrimoniais alcançados ilicitamente, pode ainda constituir um meio de reforçar as finalidades das penas, uma vez que se atinge o agente no ponto fulcral da criminalidade económico-financeira: o lucro. Porém, o regime atual enferma de vários problemas, que o legislador poderia ter solucionado aquando da transposição da Diretiva 2014/42/UE, efetuando uma completa reformulação do regime e efetuando uma adequada transposição

do diploma europeu, que se apresenta mais compatível com os direitos fundamentais e permite alcançar os mesmos objetivos.

Por conseguinte, não pretendemos afirmar a desnecessidade de mecanismos com estas finalidades – não existem dúvidas de que os mecanismos clássicos se mostram obsoletos no combate às novas formas de criminalidade. Na verdade, entendemos é que o legislador deve proceder a uma remodelação do regime, de forma a torná-lo mais compatível com os diversos princípios de um Estado de Direito democrático, uma vez que o legislador parece ter criado uma lei e inserido um regime que não se mostra claro em diversos aspetos, deixando a cargo do intérprete as soluções por si pretendidas. Neste sentido, a segurança jurídica, um dos pilares de um Estado de Direito, é colocada em causa.

Além disso, traduzindo-se a perda alargada num mecanismo fortemente limitador de direitos fundamentais, a sua aplicação deveria ser pautada por essas exigências de certeza e segurança jurídica, desde logo, considerando que ainda está em causa o exercício do *ius puniendi* estadual. Assim, está em causa um regime que possui um largo potencial de eficácia, mas cuja regulamentação incipiente impede uma aplicação do mesmo de acordo com o Direito – verdadeiramente, um regime que suscita grandes dificuldades práticas na sua aplicação não é compatível com uma medida como a que esta em causa, dada a sua potencial agressividade. Como tal, a não inconstitucionalidade do regime parece-nos comprometida, sendo preferível criar um regime novo, de forma cuidada e ponderada, que se adegue aos direitos e princípios constitucionais, através de uma separação efetiva entre o processo principal e o processo relativo à perda alargada.

Desta forma, o regime em vigor continuará a suscitar dúvidas, mantendo as diversas orientações doutrinárias e dificultando um adequado e legítimo combate a esta criminalidade. A atuação da criminalidade permanece em evolução e, por isso, o seu combate deve acompanhar essa evolução. Porém, de uma coisa estamos certos: necessidade não equivale, sem mais, a legitimidade.

Bibliografia:

AA. VV. *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da lei que a transpôs*, (coord. Maria Raquel Desterro Ferreira; Elina Lopes Cardoso; João Conde Correia), Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1ª Edição, 2018.

Actas da Comissão de Revisão do Código Penal, Instituto Nacional de Criminologia, 1993.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* Universidade Católica Editora, 4ª Ed., 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3ª Ed., 2015.

AMARAL, Jorge Pais do. *Direito Processual Civil*, Almedina, 14ª Ed. 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa e, ANTUNES, Maria João. “Da apreensão enquanto garantia processual da perda de vantagens do crime”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146, Nº 4005, julho-agosto 2017, p. 360 a 370.

BANDIERA, Edoardo. “Osservazioni in ordine all’accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca Assenza di prova ed efficacia dell’accertamento patrimoniale”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2018. Disponível em: http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/bandiera_1_18.pdf.

BARIN, Érico Fernando. “Alargar a perda alargada: o Projeto Fénix”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, nº 16, outubro-dezembro 2013.

BARON, Luca. “Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d’insieme”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2018. Disponível em: http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/baron_1_18.pdf.

BRAVO, Jorge dos Reis. “Criminalidade contemporânea e discurso de legalidade. Breve itinerário crítico sobre o quadro normativo de prevenção e combate à criminalidade organizada”, *Polícia e Justiça – Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*, III Série, nº 8, julho-dezembro 2006, p. 73 a 147.

BRAVO, Jorge dos Reis. “Criminalidade económico-financeira e organizada: um desafio sem resposta? Para um conceito estratégico de prevenção e combate à criminalidade económico-financeira e organizada”, *Revista do CEJ*, nº 16, 2º semestre 2011, p. 151 a 201.

CABIALE, José Antonio Díaz. “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>.

CAEIRO, Pedro. “A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1067-1132.

CAEIRO, Pedro. “Sentido e função do instituto de perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº1, janeiro-março 2011.

CAIRES, João Gouveia de. “O regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem” in AA VV., *Direito Penal Económico e Financeiro*, (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: 2012.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão*, Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes e, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, Coimbra Editora, 4ª Ed., 2014.

CORREIA, João Conde. *Da proibição do confisco à perda alargada*, INCM, Lisboa, 2012.

CORREIA, João Conde. “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014”, *Julgar online* 2014.

CORREIA, João Conde. “Reflexos da Diretiva 2014/42/UE (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito português vigente”, *Revista do CEJ*, nº2, 2º semestre 2014, p. 83 a 112.

CORREIA, João Conde. “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015”, *Revista do Ministério Público*, Ano 37, 145, janeiro-março 2016, p. 207 a 221.

CORREIA, João Conde. “A recuperação dos ativos dos crimes contra a economia e a saúde pública (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro)”, *Revista do Ministério Público*, 146, abril-junho 2016, p. 47 a 76.

CORREIA, João Conde. “‘Non conviction based confiscations’ no direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?”, *Revista Julgar*, nº 32, maio-agosto, 2017, p. 71 a 95.

CORREIA, João Conde. “Gabinete de Recuperação de Ativos: a pedra angular do sistema português de confisco”, *Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, outubro 2017, p. 46 a 63.

CORREIA, João Conde. “O confisco e a “fixação do enriquecimento ilícito” in *Estudos Projeto ETHOS corrupção e criminalidade económico-financeira*; Procuradoria-Geral da República, 1ª Ed. Lisboa, 2018, p. 249 a 274.

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”, *Julgar online*, 2014.

CORREIA, João Conde e, RODRIGUES, Hélio Rigor. “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários”, *Julgar Online*, janeiro de 2017.

CUNHA, José Damião da. *Perda de bens a favor do Estado – Artigos 7.º - 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, 2002.

CUNHA, José Damião da. *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira – a Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro de 2002*, Universidade Católica Editora, 2017.

DIAS, Augusto Silva. “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito” in *2º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, 2010.

DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Ónus de alegar e de provar em processo penal?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 105, nº 3473 e 3474, 1972-1973, p. 125 a 128 e 139 a 143, respetivamente.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. “A criminalidade organizada. Do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 71, março-abril 2008, p. 11 a 30.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Processo Penal Português: problemas e perspectivas” in AA. VV., *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 805 a 819.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Penal Português – Parte Geral II. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 4ª reimpressão, 2013, p. 617 a 639.

DIAS, Jorge de Figueiredo e, ANDRADE, Manuel da Costa “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas” in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, 2009, p. 11 a 56.

DIAS, Maria do Carmo Silva. “Enriquecimento ilícito/injustificado”, *Revista Julgar*, nº 28, janeiro-abril 2016, p. 281 a 313.

DUARTE, Jorge Dias. “Lei nº 5/2002 de 11 Janeiro - breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, *Revista do Ministério Público*, Ano 23º, nº 89, janeiro-março 2002, p. 141 a 154.

GARCIA, M. Miguez e, RIO, J. M. Castela. *Código Penal: Parte Geral e Especial com notas e comentários*, 2ª Ed., Almedina, 2015, p.457-468.

GASPAR, António Henriques. “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Direito Penal e Direito Processual Penal)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº1, janeiro-março 2002, p. 281 a 299.

GODINHO, Jorge Godinho “Brandos costumes? O Confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002 de 11 janeiro, arts. 1º e 7º a 12º)”, in *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes), Coimbra Editora 2003.

GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português anotado e comentado*, Almedina, 18ª Ed., 2007.

HAMER, David A. “The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, No. 1, p. 142, 2007; University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 07-08. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1005784>.

JUNIOR, Alceu Corrêa. *Confisco penal – alternativa à prisão e aplicação aos delitos económicos*, IBCCRIM, São Paulo, 2006.

KOOIJMANS, Tijs. “The Burden of Proof in Confiscation Cases: A Comparison between the Netherlands and the United Kingdom in the Light of the European Convention of Human Rights”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 18, 2010, p. 225 a 236.

LAMAS, Ricardo. “O recebimento indevido de vantagem Análise substantiva e perspectiva processual”, *Revista do Ministério Público*, nº 126, abril/junho 2011, p. 65 a 154.

LÓPEZ, María Luisa Villamarín. “Inversion de la carga de la prova y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1, 2017, p. 94 a 105. Disponível em: <http://www.ree-uv.es/index.php/sumarios/2017/n-extraordinario-monografico-1-2017/86-inversion-de-la-carga-de-la-prueba-y-presuncion-de-inocencia-desde-una-perspectiva-europea>.

Magistrados do Ministério Público do DIAP distrital de Coimbra. “Sigilo Bancário e fiscal, no domínio da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro” in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004.

MARQUES, Paulo Silva. “O confisco ampliado no Direito Penal português”, *Lusíada*, Série II, nº10 1º e 2º semestre, 2012, p. 293 a 317.

MARTINS, Lourenço. “Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico”, *Revista do Ministério Público*, Ano 128, nº 111, julho-setembro 2007, p. 37 a 55.

MAUGERI, Anna Maria. “La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione Europea tra garanzie ed efficienza: un work in progress” in *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 1/2015, p. 300 a 336. Disponível em: https://www.penalecontemporaneo.it/foto/3260DPC_Trim_1_2015.pdf#page=306&view=Fit.

MAUGERI, Anna Maria. “La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all’evasione fiscale?” in *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 2/2014, p. 191 a 217 Disponível em: https://www.penalecontemporaneo.it/foto/2396DPC_trim_2_2014.pdf#page=196&view=Fit.

MAUGERI, Anna Maria. “Confisca (Diritto Penale) in *Enciclopedia del Diritto*, Ano VIII, p. 185 a 225. Disponível em: <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

MILONE, Sofia. “La confisca allargata al banco di prova della ragionevolezza e della presunzione di innocenza”, 2018. Disponível em: <http://www.la legislazione penale.eu/la-confisca-allargata-al-banco-di-prova-della-ragionevolezza-e-della-presunzione-di-innocenza-sofia-milone/>.

MIRANDA, Jorge e, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005.

MOURA, José Souto de. “A questão da presunção de inocência do arguido”, *Revista do Ministério Público*, Ano 11, nº 42, p. 31 a 47.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco alargado de vantagens provenientes da prática de crimes – Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional”, *Julgar online*, fevereiro de 2017.

OLIVARES, Gonzalo Quintero “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recaptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>.

PANZERI, André de Almeida. “A sanção de perda de bens no direito penal económico – análise comparativa dos modelos português e brasileiro”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 13, 52, janeiro-fevereiro 2005.

PATTO, Pedro. “Decreto lei n.º15/93, de 22 de janeiro” in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, [coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque, José Branco, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011. p. 481-555.

PEREIRA, Júlio. “O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal”, *Polícia e Justiça*, n.º 8, julho-dezembro 2006, p. 43 a 71.

PEREIRA, Rui. “A criminalidade económica: perspectivas dogmáticas e desafios político-criminais”, *O Direito*, Almedina, Ano 138º, 2006 I, p. 155 a 168.

PEREIRA, Victor de Sá e, LAFAYETTE Alexandre. *Código Penal anotado e comentado – legislação conexa e complementar*”, Quid Iuris Sociedade Editora, Lisboa, 2008.

RODRIGUES, Cunha. “Os senhores do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 1º, janeiro-março, p. 7 a 29.

RODRIGUES, Anabela Miranda. “Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa”, *Revista do Ministério Público*, 151, julho-setembro, 2017, p. 11 a 34.

RODRIGUES, Hélio Rigor. “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *Revista do Ministério Público*, Ano 34, 134, abril-junho 2013, p. 189 a 244.

RODRIGUES, Hélio Rigor. “Gabinete de Recuperação de Activos – o que é, para que serve e como actua?”, *Revista do CEJ*, nº1, 1º semestre 2013.

RODRIGUES, Hélio Rigor. “A acusação e a vertente patrimonial do crime: da perda clássica à perda ampliada e arrestos correspondentes – uma proposta de solução”, *Revista do Ministério Público*, 152, outubro-dezembro 2017, p. 187 a 206.

RODRIGUES, Hélio Rigor e, RODRIGUES, Carlos. *Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira. Viagem pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, maio de 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?””, *Scientia Iuridica – Revista De Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIII, nº 334, janeiro-abril 2014, p. 85 a 116.

SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal I*, Editorial Verbo, 5ª Ed., 2008.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. “Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente” in *Revista Julgar*, nº2, 2007, p. 203 a 215.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. “A proposta de lei sobre o Gabinete de Recuperação de Activos (um passo no caminho certo)”, *Revista do CEJ*, nº 14, 2º semestre 2010, p. 183 a 192.

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”, *Julgar online*, 2009.

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, *Julgar online*, março de 2016.

SIMONATO, Michele “Extended Confiscation of Criminal Assets: Limits and Pitfalls of Minimum Harmonisation in the EU”, *European Law Review*, Sweet & Maxwell, Vol. 41, nº 5, outubro 2016, p. 727 a 740.

SIMONATO, Michele. “Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains”, *Era Forum*, Vol. 18, issue 3, 2017, p. 365 a 379. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-017-0485-0>.

TESO, Ana E. Carrilo del. “La Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE: decomiso ampliado y presunción de inocencia”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1 2017. Disponível em: <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2017/n-extraordinario-monografico-1-2017/92-la-directiva-2014-42-ue-sobre-el-embargo-y-el-decomiso-de-los-instrumentos-y-del-producto-del-delito-en-la-ue-decomiso-ampliado-y-presuncion-de-inocencia>.

TORRES, Margarita Roig. “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI (2016), p. 199 a 279. Disponível em: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3028>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal – Tomo I*, Almedina, 3ª Ed. 2010.

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”, *Revue de Science criminelle et de droit pénal*

compare (1), janeiro-março 1998, p. 39 a 56. Disponível em:
<https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/5019>.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2000.

Jurisprudência:

➤ Nacional

Ac. TC nº 695/95, processo nº 351/95. Relator - Cons. Vítor Nunes de Almeida.

Ac. TC nº 202/2000, processo nº 823/96. Relator - Cons. Paulo Mota Pinto.

Ac. TC nº 336/2006, processo nº 901/05. Relator - Cons. Benjamim Rodrigues.

Ac. TC nº 294/2008, processo nº 11/08. Relator – Cons. Carlos Fernandes Cadilha.

Ac. TC nº 101/2015, processo nº 1090/13. Relator - Cons. Maria Lúcia Amaral.

Ac. TC nº 392/2015, processo nº 665/15. Relator – Cons. João Cura Mariano.

Ac. TC nº 476/2015, processo nº 1163/14. Relator – Cons. João Cura Mariano

Ac. do STJ nº 6/95, processo nº 43490 in Diário da República – I Série-A, nº 298 de 28/12/1995

Ac. STJ de 27/09/2006, processo nº 06P2802. Relator – Henriques Gaspar.

Ac. STJ de 24/10/2006, processo nº 06P3163. Relatado por Santos Carvalho.

Ac. STJ de 13/12/2006, processo nº 06P3664. Relator – Oliveira Mendes.

Ac. STJ de 28/05/2008, processo nº 08P583. Relator – Raúl Borges.

Ac. STJ de 12/11/2008, processo nº 08P3180. Relator – Armindo Monteiro.

Ac. STJ de 20/11/2008, processo nº 08P3269. Relator – Santos Carvalho.

Ac. STJ de 20/01/2010, processo nº 18/06.GAVCT.S1. Relator – Oliveira Mendes.

Ac. STJ uniformizador de jurisprudência 7/2011, processo nº 456-08.3GAMMV – FJ.

Ac. STJ de 29/02/2012, processo nº 999/10.9TALRS.S1. Relator – Santos Cabral.

Ac. STJ de 05/07/2012, processo nº 171/10.8JALRA-A.C1. Relator – Armindo Monteiro.

Ac. STJ de 25/02/2015, processo nº 1653/12.2JAPRT.P1.S1. Relator – Oliveira Mendes.

Ac. STJ de 14/03/2018, processo nº 22/08.3JALRA.E1.S1. Relator - Lopes da Mota.

Ac. TRC de 16/06/2010, processo nº 6/07.9GTCBR-A.C1. Relator – Paulo Guerra.

Ac. TRC de 22/10/2014, processo nº 31/12.8GAACN.C1. Relator – Alice Santos.

Ac. TRC de 03/12/2014, processo nº 22/09.6ZRCBR-B.C1. Relator – Isabel Silva.

Ac. TRC de 08/11/2017, processo nº 326/16.1JACBR.C1. Relator – Orlando Gonçalves.

Ac. TRE de 07/04/2015, processo nº 8/14.9GDPTG.E1. Relator – António Latas.

Ac. TRE de 06/12/2016, processo nº 1388/14.1T9SNT-A.E1. Relator – Ana Barata Brito.

Ac. TRG de 17/05/2010, processo nº 3/08.7FIVCT.G1. Relator – Fernando Monterroso.

Ac. TRG de 19/06/2017, processo nº 928/08.0TAVNF-AD.G1. Relator – Teresa Baltazar.

Ac. TRG de 25/03/2019, processo nº 103/14.4TACBT.G1. Relator – Teresa Coimbra.

Ac. TRL de 28/09/2010, processo nº 24/09.2P5LSB-A.L1-5. Relator – Jorge Gonçalves.

Ac. TRL de 01/02/2011, processo nº 1071/09.0JDLSB.L1-5. Relator – Margarida Blasco.

Ac. TRL de 03/03/2011, processo nº 31/06.7ZCLSB-AL1-9. Relator – Fátima Mata-Mouros.

Ac. TRL de 08/10/2014, processo nº 152/12.7 JFLSB-B-L1. Relator – Adelina Barradas de Oliveira.

Ac. TRL de 16/09/2015, processo nº 48/12.2PEPDL.L1-3. Relator – Margarida Ramos de Almeida.

Ac. TRL de 18/06/2018, processo nº 2706/16.3T9FNC.L1-5. Relatado por Cid Geraldo.

Ac. TRL de 11/12/2018, processo nº 872/16.7JFLSB-D.L1-5. Relator – Cid Geraldo.

Ac. TRL de 04/04/2019, processo nº 1487/17.8T9FNC.L1-9. Relator – Almeida Cabral.

Ac. TRP de 13/02/2002, processo nº 0111117. Relator – Heitor Gonçalves.

Ac. TRP de 05/11/2008, processo nº 0814979. Relator: Maria do Carmo Silva Dias.

Ac. TRP de 13/05/2009, processo nº 28/02.6TAVFL.P1. Relator - Maria do Carmo Silva Dias.

Ac. TRP de 30/09/2009, processo nº 15/09.3GACHV.P1. Relator - Artur Oliveira.

Ac. TRP de 18/11/2009, processo nº 688/08.4TAMAI-A.P1. Relator -Jorge Gonçalves

Ac. TRP de 02/03/2011, processo nº 49/09.8PTVNG.P2. Relator – Paula Guerreiro.

Ac. TRP de 25/05/2011, processo nº 106/08.8GBAMT.P1. Relator – Maria Leonor Esteves.

Ac. TRP de 14/09/2011, processo nº 271/11.7TASTS-A.P1. Relator – Artur Oliveira.

Ac. TRP de 28/03/2012, processo nº 86/08.0GBOVR.P1. Relator – Eduarda Lobo.

Ac. TRP de 13/03/2013, processo nº 44/11.7PEMTS.P1. Relator – Artur Oliveria

Ac. TRP de 14/05/2014, processo nº 550/13.9PAOVR.P1. Relator – Neto de Moura.

Ac. TRP de 11/06/2014, processo nº 1653/12.2JAPRT-A.P1. Relator – Neto de Moura.

Ac. TRP de 17/09/2014, processo nº 1653/12.2JAPRT.P1. Relator – Maria Deolinda Dionísio.

Ac. TRP de 03/12/2014, processo nº 793/13.5PAVNG-A.P1. Relator – Fátima Furtado.

Ac. TRP de 15/04/2015, processo nº 539/11.2PBMTS-AB.P1. Relator – Elsa Paixão.

Ac. TRP de 30/09/2015, processo nº 736/03.4TOPRT.P2. Relator – Vítor Morgado.

Ac. TRP de 07/10/2015, processo nº 197/10.1JAPRT.P1. Relator – Nuno Ribero Coelho.

Ac. TRP de 16/03/2016, processo nº 2376/14.3TDPRT-D.P1. Relator – Elsa Paixão.

Ac. TRP de 07/12/2016, processo nº 12/13.4GAPNF-D.P2. Relator - Lígia Figueiredo.

Ac. TRP de 12/07/2017, processo nº 490/10.3IDPRT.P2. Relator - Maria Luísa Arantes.

Ac. TRP de 23/05/2018, processo nº 448/16.9T9VFR-T.P1. Relator – Alexandra Pelayo.

Ac. TRP de 30/05/2018, processo nº 2039/14.0JAPRT-D.P1. Relator - Francisco Mota Ribeiro.

Ac. TRP de 11/04/2019, processo nº 2808/13.8TAVNG-E.P1. Relator – Elsa Paixão.

Ac. TRP de 11/04/2019, processo nº 3304/17.0T9PRT.P1. Relator – Maria Dolores Silva e Sousa.

➤ **Jurisprudência do TEDH:**

Ac. *Salabiaku* c. França de 07/10/1988, *application* nº 10519/83.

Ac. *Welch* c. Reino Unido de 09/02/1995, *application* nº 17440/90.

Ac. *Murray* c. Reino Unido de 08/02/1996, *application* nº 18731/91.

Ac. *Phillips* c. Reino Unido de 05/07/2001, *application* nº 41087/98.

Ac. *Van Offeren* c. Países Baixos de 06/07/2005, *application* nº 19581/04.

Ac. *Geerings* c. Países Baixos de 01/03/2007, *application* nº 30810/03.

Ac. *Grayson e Barnham* c. Reino Unido de 23/09/2008, *application* nº 19955/05 e 15085/06.

Ac. *Bongiorno e outros* c. Itália de 05/01/2010, *application* nº 4514/07.

Ac. *Varvara* c. Itália de 29/10/2013, *application* nº 17475/09.

Ac. *Gogitidze* c. Geórgia de 12/05/2015, *application* nº 36862/05.

➤ **Jurisprudência estrangeira:**

Ac. da *Corte Costituzionale*, nº 18/1996.

Ac. da *Corte Costituzionale*, nº 33/2018.

Legislação e documentos:

➤ Internacionais

Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.

Convenção da ONU contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000.

Convenção da ONU contra a Corrupção de 2003.

Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime de 1990.

Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo de 2005.

Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime.

Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro de 2005 relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.

Decisão- Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006 relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda

Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014

Estratégia da União Europeia para o início do novo milénio de 2000.

Exposição de motivos da *Ley Orgánica* 1/2015, de 30 de março, que efetuou modificações na *Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime n° 03/2012 de 4 de dezembro de 2012.

Plano de Ação contra a criminalidade organizada de 1997.

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia - COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD).

40 Recomendações do GAFI na versão de 2012.

➤ **Nacionais**

Código Penal Português.

Código de Processo Penal Português.

D.L. 15/93 de 22 de janeiro, que prevê a legislação de combate à droga.

Lei n° 5/2002 de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

Lei n° 5/2006 de 23 de fevereiro, que estabelece o regime jurídico das armas e munições.

Lei n° 45/2011 de 24 de junho, relativo ao Gabinete de Recuperação de Ativos.

Lei n° 72/2015 de 20 de julho, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2015-2017.

Parecer do Banco de Portugal relativo à Proposta de Lei n° 51/XIII/2ª.

Parecer da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª.

Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados nº 11/2017 relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª.

Parecer da Ordem dos Advogados relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª

Parecer do Ministério Público relativo à Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª.

Parecer e Relatório da CACDLJ relativo à Proposta de Lei nº 94/VIII.

Parecer solicitado a José de Faria Costa pela Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga de 1998.

Proposta de Lei nº 94/VIII – estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

Proposta de Lei nº 51/XIII/2ª Altera o regime de congelamento e de perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transpondo a Diretiva n.º 2014/42/UE.

Relatório e parecer da CACDLG relativo à Proposta de Lei nº 94/VIII.